

TÂNIA MARA FONSECA MENDES AFONSO

REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS

**UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DOS JULGADOS DOS
TRIBUNAIS BRASILEIROS EM SEUS ASPECTOS
RELATIVOS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

MESTRADO EM DIREITO

**UNIFIEO - CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
OSASCO, SP**

2005

TÂNIA MARA FONSECA MENDES AFONSO

REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS

UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DOS JULGADOS DOS
TRIBUNAIS BRASILEIROS EM SEUS ASPECTOS
RELATIVOS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

MESTRADO EM DIREITO

UNIFEO-CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
OSASCO, SP

2005

T
A199r
2005

TÂNIA MARA FONSECA MENDES AFONSO

REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS

***UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DOS JULGADOS DOS
TRIBUNAIS BRASILEIROS EM SEUS ASPECTOS
RELATIVOS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA***

MESTRADO EM DIREITO

UNIFIEO – Centro Universitário FIEO
OSASCO, SP
2005

TÂNIA MARA FONSECA MENDES AFONSO

REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS

UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS EM SEUS ASPECTOS RELATIVOS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUDAMENTAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração a “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, dentro do projeto “Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais” inseridos na linha de pesquisa “Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”, sob orientação da Professora Doutora ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY

UNIFIEO – Centro Universitário FIEO
OSASCO, SP
2005



CDU T

PHA A 199.2

0725

ASS. 30.00

BANCA EXAMINADORA:

Luís Carlos de Castro
Regina Tereza de Almeida
e *Luís*

Para

**Profa. Rosa Nery,
"ouro de mina" do Direito,
não foi apenas orientadora,
é exemplo de vida,
exemplo de pessoa digna,
impossível imaginar o mundo jurídico
sem esta história.**

**meu filho Marco Antonio,
pelo apoio necessário a tantas
reformulações que a vida nos
obrigada a fazer.**

**Nilio
grande incentivador nesta
longa empreitada,
Se não fosse seu constante
apoio e sua fé na vida
Jamais teria chegado até aqui!**

RESUMO

A análise sociojurídica da reparação dos danos morais sob a luz da proteção dos direitos fundamentais, faz-se necessária porque esse fenômeno, seja causado pelo sofrimento ou angústia, vividos na desolação enfrentada pelo homem em seu eterno viver, e que sempre estará a mercê de sofrer um prejuízo em sua esfera íntima, evidencia-se, assim, como uma das tarefas mais árduas enfrentadas pelos juízes: fixar a reparação para tais danos. Não é fácil quantificar em número e em cifras, o que poderia representar essa dor, assim, desde 1912 até o presente, o prudente arbítrio do juiz tem sido o norteador na fixação de tais reparações. Importante assim discutir e analisar os efeitos e os parâmetros considerados nessa tarefa no decorrer dos anos. Quais critérios seriam o mais justos na avaliação da lesão causada pelos danos morais?

O Direito ao construir princípios e regras que visam tutelar a dimensão existencial da pessoa modulada pela codificação apresenta dificuldades insanáveis, por vezes, para ofertar um discurso jurídico no qual as idéias de pessoa como "sujeito" e como "indivíduo" guardam em si diversas conotações no tempo e no espaço. O conceito "sujeito" ou "pessoa" guarda amplo aspecto subjetivo, que por vezes necessita ultrapassar significações reveladoras que revestem a própria idéia de "pessoa" para "pessoa humana", e neste contexto de danos à moral vislumbra-se a obrigatoriedade desta re-significação do termo "pessoa". A predominância do conceito técnico de "sujeito", "pessoa", "direitos da personalidade", traçados em tramas semânticas que acabaram por confundir os julgadores, reproduziu-se nesta conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da idéia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do Direito. O caminho que levará os juízes a ofertarem a tutela jurisdicional à pessoa humana, protegendo-a em sua unidade existencial com relação a lesão à sua moral, forçosamente passará pela conceituação de "dignidade da pessoa humana", como princípio jurídico que irá permitir designar e conceber não apenas o "ser humano enquanto pessoa", mas a "humanidade da pessoa", para que possa a lesão à sua moral ser reparada de forma justa.

ABSTRACT

The social-juridical analysis of compensation to moral damages under the light of fundamental rights protection is necessary because this phenomenon, caused by suffering or anguish lived in the desolation faced by man in his eternal being, and that will be always at the mercy of taking a damage in his intimate sphere, becomes evident, then, as one of the most hardly tasks faced by the judges: fix the compensation to such damages. It isn't easy to quantify a sum of what would represent this pain. So, since 1912, the prudent will of the judge has been the guider in the fixing of such repays. Then it's important to discuss and analyze the effects and parameters considerate in this task in the years to come. Which criteria would be fairer in the valuation of the harm caused by the moral damages?

The Right, when building principles and rules that seek to teach the existential dimension of the modeled person by the codification, shows unsolvable problems, sometimes, to offers a juridical speech in which the ideas of person as "subject" and as an "individual" take themselves connotations of time and space. The concept "subject" or "person" takes a large subjective aspect, that sometimes needs to trespass revelation meanings that build the same idea of "person" to "human person", and in this context of moral damages it can be seen the need of this re-significance of the term "person". The predomination of the technical concept of "subject", "person", "personality rights", built in semantic trams that ended by misunderstanding the judges, reproduced itself in this conception, the market logic, which conducted to the existential devaluation of the juridical idea of person, to make it a mere instrument of the Right technique. The path that will take the judges to offer the juridical guidance to the human being, protecting it in its existential unit, related to the damage to its moral, will necessarily pass through the making of the "human person dignity" conception, as a juridical principle that will allow to designate and concept not only the "human being as still a person", but also the "humanity of the person", so that the damage to its moral can be repaired in a fair way.

SUMÁRIO

RESUMO.....	III
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1	
DANO MORAL - DIREITO DE PROTEÇÃO RELACIONADO AO DIREITO DE DIGNIDADE EM SITUAÇÕES QUE PREJUDICAM OS DIREITOS HUMANOS.....	5
CAPÍTULO 2	
OS PRIMEIROS JULGADOS DE 1912 A 1960: AO TRIBUNAL CABERIA A DEFINIÇÃO LIVRE E NÃO VINCULADA DAS NORMAS E DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS PARA REPARAR OS DANOS MORAIS?	14
CAPÍTULO 3	
1960 à 1980 - MOMENTO DE DECIDIR - O RACIOCÍNIO REVELADO NA PRÁTICA COMO SUCEDÂNEO DA AMPLITUDE E DA INDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE DANO MORAL.....	53
CAPÍTULO 4	
JULGADOS CONTEMPORÂNEOS - DANO À MORAL EM SUA CORRESPONDÊNCIA AO PREJUÍZO DA UNIDADE DA NATUREZA HUMANA.....	87
CAPÍTULO 5	
DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	111
CAPÍTULO 6	
FATOS CONTROVERSOS - A DECISÃO JUSTA E A POSTURA DO JULGADOR EM SEU MOMENTO HISTÓRICO - CONSENSO OU CONTRA SENSO?.....	126
III- CONCLUSÃO.....	140
IV - BIBLIOGRAFIA.....	146
V - TEXTOS RETIRADOS DA INTERNET.....	154

I. INTRODUÇÃO

Muitas dificuldades que a jurisprudência enfrenta atualmente quanto à exata interpretação dos fenômenos que se relacionam com a indenização dos danos morais, têm gênese em diversas interpretações jurisprudenciais ao longo dos últimos anos de prestação do Direito no Brasil.

A temática relacionada com a indenizabilidade de tais danos sempre foi polêmica; inúmeras obras tentam desvencilhar as limitações fixadas, a doutrina e a jurisprudência tentam vislumbrar e explicar cada caso julgado sob uma ótica que satisfaça a finalidade do Direito enquanto sistema que disciplina as relações entre as pessoas em proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhes são inerente, conforme afirma Vicente Rao¹.

A proposta do presente trabalho é para tentar responder à seguinte questão: que método(s), e que consciência dele(s), terão os nossos tribunais superiores sempre que são chamados a "aplicar" – e portanto, a interpretar – um conceito de difícil determinação como dano *moral*?

A abordagem sociojurídica de algumas jurisprudências selecionadas ao longo de mais de cem anos, irão auxiliar a compreensão jus filosófica das razões pelas quais ainda não se tem uma perfeita caracterização dos fenômenos jurídicos e das suas soluções nessa seara.

Apenas na última década o conceito de *dano moral* parece harmonizar-se com o conceito de direitos fundamentais, e assim definir seu conteúdo com maior apropriação, levando-se em consideração a sua imprescindibilidade para a vida digna dos seres humanos.

Neste condão o estudo da reparação aos danos de ordem moral em sua verificação da prestação jurisdicional no decorrer de diversas décadas, traz ínsita a idéia de sua prévia interpretação, já que antes de se aplicar a norma ao caso concreto de prejuízo moral, aquela deve ser interpretada.

¹ RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3ª. ed. Atualizada por Ovidio Rocha Sandoval. Ed. RT, 1991, volume I, p.31

Percebe-se que o parâmetro do direito positivo, para elucidar os fundamentos que justificam a superposição entre a justiça e o direito, torna-se algumas vezes estéril para enfrentar os conhecimentos dos fatos sociais e suas relações com o contexto social e jurídico, e em outras encontra guarida para que possa ser compreendido o papel múltiplo que a vida social carrega em si, e onde o direito é obrigado a penetrar.

A análise do discurso judicial, da doutrina, e dos demais áreas onde atuam os operadores do direito faz-se utilizando alguns julgados do período de 1912 até os dias atuais, buscando o conhecimento acerca dos argumentos lógicos e dos valores que levaram os tribunais a indenizar ou não os danos morais, e a forma e o fundamento que o fazem.

A verificação da construção jurisprudencial e dos critérios adotados, como condicionante desses julgamentos, permitirá uma análise e uma visão da definição de moral utilizada pelo julgador de modo a perceber o fenômeno social dos danos morais e o efeito desse discurso na realidade.

Através desse panorama histórico pode-se chegar a uma melhor compreensão de que forma o Direito, e aqui entende-se a efetivação jurisdicional, capta a realidade que produz e reproduz os fenômenos, neste trabalho especialmente relacionados com os danos de ordem moral.

A metodologia empregada na pesquisa foi a coletânea de diversos acórdãos, que ressaltassem os pontos controversos de maneira clara e sintética, e mister se faz esclarecer que ao selecionar certo acórdão e uma determinada passagem, estaria desde já, de alguma maneira, tomando-se uma posição sobre ele: escolhe-se um trecho, e não outro, porque, com base numa primeira intuição pretendeu-se descortinar naquele, e não neste, elementos relacionados com a questão debatida, determinantes para o seu esclarecimento.

Registra-se que não haverá citação de passagens inteiras dos acórdãos selecionados, limitando-me a trechos que, se afiguram mais aptos a ilustrar as questões aqui propostas.

Por fim ressalta-se que seria útil apontar, neste trabalho, as passagens mais importantes das decisões judiciais apreciadas, na medida em que a sua

presença permitirá simultaneamente iluminar e justificar as conclusões adiante expostas.

A apresentação das referidas passagens permitirá também, tornar o enunciado das conclusões um pouco mais claro e consistente, na medida em que se tornará desnecessário fazer referência acerca do propósito da discussão de cada uma delas, do acórdão e da respectiva passagem concreta a que se reporta, o que prejudicaria a clareza e a sequência da exposição.

Não se pretende esgotar o assunto, nem teria este espaço e este trabalho a pretensão de fazê-lo, por estar além das possibilidades intelectuais da autora, mas de forma humilde contribuir para lançar alguma luz a este assunto tão polêmico.

O trabalho dividi-se em tópicos, procurando facilitar a compreensão do desenvolvimento da abordagem jurisprudencial do tema escolhido.

O 1º. Capítulo analisa o dano moral sob o aspecto da reparabilidade e dos direitos fundamentais, assim como da influência da Constituição, que vem abarcar o conjunto de situações que oferecem aos direitos da personalidade, principalmente em seu viés de danos morais, possibilidades ao judiciário de auferir seu valor e sua amplitude.

No 2º. Capítulo o enfoque está direcionado sobre as primeiras décadas do século passado, de 1912 a 1960, onde se analisa a posição do Supremo Tribunal Federal em consonância com a relação estrutural de um modo de produção capitalista, nascente no Brasil, no interior do qual as relações sociais irão assumir um perfil necessariamente estereotipado pelos efeitos das mudanças estruturais do processo de transição da política agrária para a industrial, em curto espaço de tempo.

O 3º. Capítulo traz o enfoque de 1960 a 1980, profícuo, em mudanças estruturais, uma vez que o regime político sofre o abalo do golpe de Estado em 1964, e assim leis e decretos são criados visando reprimir manifestações contrárias ao governo, surgindo nesse período a Lei das Telecomunicações e a Lei de Imprensa, usadas como parâmetros para arbitrar os danos morais.

No 4º. Capítulo se verificará o período de 1980 até os dias atuais, com atenção especial a alguns aspectos da indenizabilidade dos danos morais na

construção das verdades judiciais que, em seus discursos jurídicos, presentes na doutrina e na realidade analisadas, como critério de julgamento, poderão apresentar fatores de discriminação ou não, quanto ao uso de uma lei civil sobrestando a Constituição.

No 5º. Capítulo será feita uma análise sobre o dano moral do consumidor, pela importância deste tema, embora recente em sua legislação, mas que já lançou progresso no conceito de dano moral.

No 6º. Capítulo será traçado um paralelo entre julgados de épocas diferentes, traçando fatos controversos em forma de quadros comparativos com a finalidade de se entrever os fundamentos que levam nossos Tribunais a defender as mesmas idéias, embora separados por quase um século.

Concluindo pode-se inferir que a análise sociojurídica dos fenômenos de reparação dos danos morais pelos tribunais possibilita o entendimento de muitas dificuldades ainda presentes nos dias atuais, sobre o modo de reparar tais danos, que vieram do século passado, e persistem nesse árduo caminho seguido pelos juízes até os dias atuais. A partir do conceito de pessoa jungido de atributos como dignidade e humanidade, entrelaçados pelos direitos fundamentais, e sua concretização em cada momento histórico em face de cada problema concreto, através da atividade dos tribunais (auxiliados pelas reflexões doutrinárias) que um tal conceito ganhará corpo, se concretizará, e irá sendo construído.

CAPÍTULO 1

DANO MORAL - DIREITO DE PROTEÇÃO RELACIONADO AO DIREITO DE DIGNIDADE EM SITUAÇÕES QUE PREJUDICAM OS DIREITOS HUMANOS.

"O juiz não pode ser alguém neutro, porque não existe a neutralidade ideológica, salvo na forma de apatia, irracionalismo ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e menos ainda de um Juiz."

(Eugênio Raúl Zafaroni)

A ausência de um conceito claro do que é um dano moral faz com que haja múltiplas dificuldades em defini-lo, pois, parte da doutrina compreende o dano moral como prejuízo que tem efeito extrapatrimonial, e outra parte afirma que o dano extrapatrimonial só pode ser definido em oposição ao patrimonial.

De acordo com esse critério, os irmãos Mazeaud² afirmam que é a lesão que afeta a um direito extrapatrimonial, sendo que na mesma linha de raciocínio encontram-se autores como Eduardo Zannoni³ e Adriano de Cupis⁴, que não se referem ao direito senão ao interesse, definindo o dano extrapatrimonial como o dano derivado que não pode ser açambarcado pelo dano patrimonial por ter objeto diferente, como o interesse não-patrimonial; assim, guarda uma relação estreita e necessária com um bem não-patrimonial.

Esta posição é criticada por parte da doutrina que considera essencial dar uma definição ao dano moral que atenda sua natureza, e não por via de exclusão; assim, vê no dano moral uma consequência economicamente sem valor e que pode ser identificado como as perturbações injustas das condições normais do

² MAZEAUD, Henry y Leon. Tunc Andre. *Tratado Teorico y Practico de La Responsabilidad Civil Delictual y Contratual*. Tomo I, Vol. 1, Tomo 3, Vol. 1. Ediciones Juridicas Europa-America. Buenos Aires, 1961, p. 362.

³ ZANNONI, Eduardo. *El dano en la Responsabilidad Civil*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 7.

⁴ DE CUPIS, Adriano. *El daño*. Teoria General de la Responsabilidad Civil Bosh Editorial, Barcelona, 1975, p. 122.

sujeito lesionado, conforme afirma Jaime Santos Briz⁵, quando o dano afeta principalmente os direitos da personalidade, podendo afetar também outros direitos incluindo os direitos de família, por exemplo.

Alguns autores defendem a assertiva de que o dano moral pode ser definido como dano extrapatrimonial, no qual se destaca Louis Josserand⁶.

René Savatier⁷, por seu turno, afirma que o dano moral pode ser definido como qualquer sofrimento do homem que não envolva o campo pecuniário, mas, que também pode ser definido como um atentado à sua reputação, ao seu pudor, à sua segurança, ao seu amor-próprio, à sua integridade, à sua inteligência, à sua autoridade legítima, à sua tranqüilidade, e às suas afeições.

Esclarece ainda que essas violações da dignidade humana, quando atingem a esfera do judiciário mostram o risco de inviabilidade de entender o fenômeno da vida, como algo inconcluso e complexo, em permanente transformação, sujeito a uma dinâmica que não é conhecida, e que demonstra essa vertente quando se verifica a dificuldade do julgador ao penetrar nessa seara.

Para Mazeud e Mazeud⁸ a questão é antiga; uma vez que o sentimento de honra, sendo parte dos elementos do patrimônio moral era defendido desde tempos antigos, remontando à época da vingança privada, e que desde então, os afrontamentos à honra eram castigados mais severamente do que os danos materiais.

Em que pese toda a dificuldade da doutrina nessa controvérsia acerca do dano moral, outros aspectos adquirem maior relevo: a natureza e os diversos confinamentos insertos nesse fenômeno.

⁵ BRIZ, Jaime Santos. *Responsabilidad Civil Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1986, p. 150.

⁶ JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I. *Teoria General de las Obligaciones*. Ediciones Juridicas Europa-America. Boch y Cia Editores, Buenos Aires, 1950, p. 19.

⁷ SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. 2.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. Tomo I, p. 15.

⁸ MAZEAUD et MAZEAUD, H e L.. op. cit. pgs. 293 e 297.

Para Renato Scognamiglio⁹, o problema é singularmente árduo. Considera o detentor de um caráter anômalo dentro da instituição do campo da teoria de dano e suas notórias implicações, e nesses moldes, não é possível determinar a essência e os limites do dano moral sem ter em conta o alcance efetivo do dano em sentido próprio e também do seu significado.

O problema assim, não estaria em simplesmente esclarecer o conteúdo teórico, uma vez que não se trata de satisfazer por essa via as exigências para a exata determinação do dano moral, mas procurar saber como os tribunais darão um valor preciso à previsão normativa, e como distinguirão seguramente entre o dano genericamente previsto em lei.

O ser humano sempre buscou através dos instrumentos jurídicos a proteção a sua personalidade, entendida aqui como "fenômeno sociológico" porque consiste no fato de serem "agidos e vividos" pelos indivíduos.

Deste modo, a sociedade que é um grupo organizado, uma certa repartição de papéis que preexiste às pessoas e no interior dos papéis, há os problemas das atitudes, uma vez que cada um desempenha o seu papel de acordo com a sua atitude pessoal.

Cada um assume seu papel em relação a sua posição social e conforme as regras e costumes, e em função de sua personalidade, de seus direitos e deveres percebendo-se como sujeito desta síntese de compromissos e de papéis que ultrapassam e submergem a sua personalidade como um feixe de atitudes e de modelos que se atualizam e se interagem, num conjunto de ações e reações, porque se atentarmos ao fator sociológico afirmaremos que ser é ser percebido nesta teia de comunicação e tentar que o outro nos veja tal qual gostaríamos de ser em nosso ideário.

A dificuldade de estabelecer parâmetros para abalizar os danos morais está definitivamente explicitada na teoria esposada por Rosa Nery¹⁰ quando demonstra que a "ofensa" ao direitos da personalidade significa uma ruptura da

⁹ SCOGNAMIGLIO, Renato. *El daño moral*. Publicacion de La Universidad Externado de Colombia. Bogota, D. E., 1962, traduzido do italiano con el titulo de IL DANNO MORALE (Contributo allá Teoria Del Danno Extraccontractuale) en la Rivista di Diritto Civile, Padova, Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Anno III, N. 3 – Maggio-Giugna 1957. Primera Edición. 1962, p. 12.

¹⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p.135

unidade da natureza da pessoa, já que pessoa para o direito é o ser em sua plenitude em sua inteireza de existir, e assim sendo a ofensa a moral da pessoa não se refere apenas a ofensa do ser mas da humanidade.

A grandeza e a primazia do ser humano que o fazem o fulcro do Direito, nem sempre encontram facilmente caminhos que possam trazer a lume a natureza humana em sua realidade sagrada, conforme a autora Rosa Nery¹¹ bem coloca, ao orientar as vicissitudes pelas quase passam os direitos da personalidade.

Neste diapasão Claus-Wilhelm Canaris¹² aponta para os direitos da personalidade, nos caminhos pelos quais passaram, e que quase sempre esbarraram na dificuldade de se encontrar um mecanismo viável de tutela jurídica, quando da ocorrência da lesão.

Sendo assim, seria certo afirmar que a partir da metade do século XX, com o reconhecimento dos direitos humanos, e também com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais da pessoa humana, nasce realmente a possibilidade de construir-se analiticamente uma teoria de danos morais com bases políticas, filosóficas relacionada com as idéias de justiça, moral e igualdade, que viriam a proporcionar ao judiciário a tranqüilidade para auferir um valor material aos danos morais?

Pelo estudo da história, percebe-se que as classes foram se transformando devido às mudanças sociais e econômicas ocorridas nas primeiras décadas do século XX. As famílias da elite criavam laços com outras camadas menos favorecida da população, ampliando desta forma a rede de parentesco e o relacionamento social.

Percebe-se que ao indenizar os danos morais, nos primeiros julgados que se têm notícia em revistas jurídicas especializadas do País, a importância do chefe de família foi crucial para que os Ministros do Supremo considerassem a perda do chefe da família, um prejuízo de afeto e cuidados extremados para com

¹¹ *Op. Cit.* p.139

¹² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Ed. Portugal, 2002.p.101

o lar e a família, um dano para as relações de parentesco que simbolizava a desintegração daquele núcleo familiar.

Neste ponto com razão a profa. Rosa Maria Nery¹³ afirma que

“A Família constitui-se em alargamento das esferas das pessoas. O reconhecimento da personalidade humana impõe uma conexão com o reconhecimento da Família”

Assim sendo o judiciário começa a orientar-se pelo perfil emblemático da existência humana no seio familiar, pela realidade que o Direito persegue e que tão dificilmente conseguiria claramente conhecer em um período longínquo, se não partisse do conceito de que os titulares dos direitos não seriam mais os indivíduos, pensado em si mesmos, mas vistos em seu agrupamentos humanos, ou seja em sua família.

Nas esferas econômica, política, social e jurídica, a família já desempenhava papel importante, tanto que reflete na forma como a moral era percebida, de natureza essencialmente vital para a continuidade do lar doméstico, e por conseguinte, da rígida estrutura doméstica, sendo certo que a perda do chefe de família era vista pelos juízes como fator desagregador desse importante núcleo social.

A moral portanto nesta época possuía contornos claros em relação ao grupamento familiar, e os próprios julgadores enquanto “chefes de família” identificavam-se com esta situação de dor e o sofrimento da falta do pai, e assim o projeto social dessa época era conhecido tanto pelos juízes como pelas pessoas, evocando assim o plano coletivo nos reflexos dos casos individuais.

Os juízes não tinham dúvidas sobre o que conseguia efetivamente atingir uma família socialmente estruturada, de tal importância para o País; basta pensar que a família como empresa central participante, foi a força motriz no desenvolvimento econômico do País, de empreendimentos, como pro exemplo a instalação das ferrovias, da política de imigração, das oligarquias, no início do século XX.

¹³ Op.Cit. p.162

No decorrer dos anos, o fenômeno da indenizabilidade dos danos morais pouco mudou seu aspecto de fundamentação, a transformação deu-se no aspecto da identidade entre o descompasso das transformações sócio-culturais, à crescente crise de valores, os desejos e as carências mais íntimas do ser humano, que começaram a exigir sutilmente uma nova qualidade de vida e com ela novos valores intrínsecos.

Com a capitulação constitucional do conceito pertinente aos *direitos fundamentais* cumpre trazer à lume o ensinamento do professor Willis Santiago Guerra¹⁴ a respeito desta assunto, ao afirmar que a teoria dos direitos fundamentais é ainda uma teoria que engatinha e necessita ser repensada e assumida em sua integralidade, uma vez que desenvolvemos esta teoria a medida que pesquisamos, e nesta esteia coloca:

"A primeira dimensão em que devem se realizar os estudos da Teoria dos Direitos Fundamentais é dita 'analítica', sendo aquela onde se burila o aparato conceitual a ser empregado na investigação, num trabalho de distinção entre as diversas figuras e institutos jurídicos situados em nosso campo de estudo. Uma segunda dimensão é denominada 'empírica', por ser aquela em que se toma por objeto de estudo determinadas manifestações concretas do direito, tal como aparecem não apenas em leis e normas do gênero, mas também – e, principalmente – na jurisprudência. Finalmente, a terceira dimensão é a 'normativa', enquanto aquela em que a teoria assume o papel prático e deontológico que lhe está reservado, no campo do direito, tomando-se o que com maior propriedade se chamaria de doutrina, por ser uma manifestação de poder, apoiada em um saber, com o compromisso de complementar e ampliar, de modo compatível com suas matrizes ideológicas, a ordem jurídica estudada"

Nesta verve os direitos fundamentais concretizaram o positivismo jurídico com relação aos danos morais, e os reconhece como verdadeiro fenômeno jurídico. Em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que

¹⁴ GUERRA, Willis Santiago. *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p.25

referiam-se aos direitos à liberdade e igualdade, o que representou um verdadeiro salto de síntese dialética nos julgados de nossos tribunais com relação ao balizamento dos danos de ordem moral, já que o documento universal aboliu a dicotomia liberdade e igualdade e reuniu num mesmo documento os direitos políticos, civis, econômicos, sociais, e culturais, afirmando assim a indissociabilidade dos direitos fundamentais, e este perfil reflete-se nos julgados da época em nossos tribunais.

Viu-se implicada no princípio do Estado de Direito uma idéia de proteção ou garantia dos direitos fundamentais e de vinculação dos poderes públicos ao direito privado, e que visa *a verdade e a justiça*. O objetivo primeiro do Estado de Direito é identificado como a criação e manutenção de uma situação jurídica *materialmente justa*, que, tendo *como pedra de toque a salvação da dignidade do homem como pessoa*, é dominada por uma idéia de igualdade.

Por isso, diz-se, o mesmo princípio do Estado de Direito impõe que as leis sejam instrumentos de realização do *bem comum*, entendido este sempre na perspectiva do respeito pela dignidade humana. Os direitos da personalidade, são sem sombra de dúvida direitos integrantes do regramento sobre o ser e do devir subjetivos, é um direito fundamental para a realização prática que pode ser chamado de *princípio da dignidade humana*.

Os conceitos constitucionais, e aqui já refere-se a intimidade, a moral e imagem própria estão ligados, atrelados aos direitos referentes à proteção da vida privada e da dignidade pessoal.

Mister se faz lembrar que a intimidade está muito mais relacionada às vertentes subjetivas, porque muitas vezes estão contempladas em relação direta à vida pessoal, ao círculo restrito de amizade, amorosas e familiares, enquanto que o conceito que o direito nos traz de vida privada está interligado com o relacionamento social mais abrangente da pessoa, nas suas relações econômicas, comerciais, trabalhistas, enfim duas esferas que muitas vezes se complementam.

Hoje percebe-se que o compromisso do Estado Democrático de Direito é harmonizar interesses individuais e públicos, é dar guarida à três esferas que

convivem de forma indissociável: esfera pública, privada e coletiva, e nesta cadência seria crucial colocar o ensinamento do professor Guerra¹⁵:

"Essa concepção 'procedimental' da Constituição se mostra adequada a uma época como a nossa, apelidada já de 'pós-moderna', em que caem em descrédito as 'grandes narrativas', legitimadoras de discursos científicos e políticos, não havendo mais um fundamento aceito em geral como certo e verdadeiro, a partir do qual se possa postular 'saber para prever'. Radicaliza-se, assim, a inversão da perspectiva temporal em que se legitima o direito, com a introdução, nos sistemas políticos modernos, de uma constituição, quando o juridicamente válido o é não mais porque se encontra argumentos num passado, histórico ou atemporal (ordem divina, estado de natureza ou outra coisa do tipo), para justificá-lo. Ao contrário, como aponta Niklas Luhmann, a partir de uma constituição se dá uma 'abertura para o futuro' na forma de legitimar-se o direito, o qual passa a 'prever as condições de sua própria modificabilidade e isso juridicamente, acima de tudo, através de regras procedimentais'"

Segundo a premissa acima, somente assim a Constituição consegue abarcar o conjunto de situações que irá oferecer ao juiz a possibilidade de auferir valor e verificar a amplitude da lesão aos direitos da personalidade em seu viés de danos morais, já que estão de forma clara definidos juridicamente como inato à pessoa em sua lei maior.

Trata-se, na verdade, de definir juridicamente a Constituição como um sistema de normas abertas, onde percebemos um conjunto de regras e princípios legítimos sob a ótica das expectativas dos mais diferentes atores sociais.

Nestes moldes podemos compreendê-la como um pacto, um contrato com força normativa vinculante e que dirige as ações humanas, no mesmo momento em que estabelece um diálogo com os acontecimentos do mundo, com estes fatos à volta, e somente desta forma, teria a possibilidade de vislumbrar o diálogo da normatividade universalizante com relação aos danos morais com as

¹⁵ Op.Cit.p.11 e 12

informalidades cotidianas e tópicas de um meio social revelado pelo século XXI, com todas suas dissonâncias.

Desta forma o tribunal ao afirmar que se há o dano a moral, mesmo para o mais humilde dos cidadãos, não pode mais ficar temeroso de lhe atribuir um valor real, como já afirmado por Pedro Luis Neto Lobo¹⁶.

“A defesa dos direitos fundamentais não se confunde com a regra imposta pela economia e nem pela mídia. Esta ocorre em ambiente onde aqueles direitos não são respeitados, enquanto a proteção dos direitos humanos é corolário do Estado Democrático de Direito”

O que se pode concluir é que da indenização dos danos morais decorre o princípio de que a todo e qualquer direito de personalidade deve caber o maior grau de proteção do ordenamento jurídico, ou seja, aquele grau de proteção que assiste aos direitos fundamentais, já que os direitos de personalidade são inerentes à própria pessoa, não podendo, por isso, ser postergados por qualquer modo, sob pena de se negar o papel da pessoa como figura central da sociedade e do Direito em especial.

¹⁶ LOBO, Pedro Luiz Netto. *Danos Morais e Direitos da Personalidade*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 119, 31 out. 2003. <http://www1.jus.com.br/doutrinal/texto.asp?id=4445>

CAPÍTULO 2

OS PRIMEIROS JULGADOS DE 1912 A 1960: AO TRIBUNAL CABERIA A DEFINIÇÃO LIVRE E NÃO VINCULADA DAS NORMAS E DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS PARA REPARAR OS DANOS MORAIS?

"A inteligência dos juristas e dos homens de Estado – a inteligência que é a única que vê de verdade, consoante S. Agostinho – tem-se revelado incapaz de resolver o problema angustiante ou, ao menos, de tornar suportáveis os males que informam a atual organização das sociedades"

(Orozimbo Nonato)¹⁷

Até as primeiras décadas do século passado, o dano moral era considerado irreparável para a maior parte dos doutrinadores e dos juízes, que não entreviam a possibilidade, por mais remota que fosse de se indenizar a dor.

Na análise da nossa jurisprudência, do início do século XX, distinguimos as normas do direito positivo para enfrentar o conhecimento dos fatos sociais e suas relações em determinado contexto social.

Percebemos assim que o dano moral começa a ser invocado dentro de determinado contexto social, onde os valores e interesses podem ser captados como um critério puramente econômico; e, no decorrer da análise, o estudo da reparação dos danos morais irá ofertar uma ferramenta que possibilitará uma melhor compreensão do papel do judiciário neste panorama de cunho essencialmente positivista.

¹⁷ In "Revista Forense". Volume 66, pgs. 295/304.

Como salienta Felipe de Souza Mattos¹⁸, a matéria de danos morais é de difícil solução, e sequer consegue levar o juiz a ter fórmulas seguras e justas para estar exercendo a função de abalizador fiel da ciência normativa.

A par disso, a análise dos julgados de uma determinada época permite auferir o momento histórico, as transformações sociais que estavam ocorrendo, enfim, dar a perceber com clareza o estágio do desenvolvimento humano.

Iniciamos pelo julgado datado de 1913¹⁹, onde o Supremo Tribunal Federal, composto pelos Ministros H. do Espírito Santo (Presidente), M. Murinho (relator), Oliveira Ribeiro, Canuto Saraiva, Pedro Mibielli (vencido com relação à indenização dos danos morais) Sebastião de Lacerda (vencido), G. Natal e Amaro Cavalcanti, J. L. Coelho e Campos (vencido), Enéas Galvão (vencido) e Pedro Lessa, em Agravo de Instrumento de nº. 1.723, condenaram uma estrada de ferro a pagar aos herdeiros de uma pessoa vitimada por desastre ocorrido nas suas linhas, além dos danos materiais, também o dano moral os herdeiros sofreram.

Os Ministros desde então já discutiam sobre as dificuldades encontradas de abalizar o dano moral, sujeitando-o a um valor econômico, e ante a sua impossibilidade, não poderiam ficar sem reparar um direito lesado.

Nesta jurisprudência entrevemos o conceito e o panorama social, já que os juízes estavam preocupados em repor a pecúnia perdida com força de trabalho do membro de uma organização celular da sociedade, a família; assim procuravam se pautar em soluções harmônicas e sintonizadas com a realidade da vida das pessoas. E mais: a preocupação de resguardar o interesse jurídico somado o fato de ver no Direito Privado, que já estava em pleno desenvolvimento pelos trabalhos adiantados do Código Civil, tendo como expoentes Pontes de Miranda e Clóvis Bevilacqua, um sistema de regras que viria impor limites para a defesa da pessoa contra o arbítrio do Estado, conforme nos ensina Rosa Nery²⁰.

Neste acórdão fica demonstrado a sua importância para o estudo realizado, já que afirma a posição dos juízes como guardiões da harmônica convivência social, uma vez que não se vislumbra nenhum tipo de tecnicismo jurídico no que

¹⁸ MATTOS, Felipe de Souza. In *A reparação dos danos e o novo Código de Processo Civil*. In Revista dos Tribunais, Volume 127, pgs. 311/315.

¹⁹ Revista dos Tribunais. Volume 11. pgs. 35/37.

²⁰ Op.Cit., p.92

se refere ao problema crucial, do qual se ocupa neste trabalho, já que o julgado escolhido focou a decisiva questão da reparação dos danos morais cumulados com os materiais, sobressaindo assim a tendência filosófica dos juízes enquanto intérpretes dos fenômenos jurídicos como fato, ou seja inseridos neste conjunto normativo, e valor, como acontecimento que convém ao corpo social:

pautava-se pela luta incipiente de garantia aos direitos dos cidadãos, erigido com o propósito de estabilidade e paz social; a alegada e invocada segurança jurídica das relações sociais, não podia ser interpretada sem observar que a parte derrotada pelos fatos e pela posição social também tem esse mesmo direito à segurança jurídica.

Considerou-se, então, que seja garantida uma sobrevivência condigna aos herdeiros, e que deve o legislador, para tutela do valor supremo dos direitos da pessoa sacrificar o direito do Estado, na medida do necessário e, se tanto for preciso, mesmo totalmente, não permitindo que a realização deste direito ponha em causa a subsistência da pessoa lesada pelas empresas que o representem.

Faz-se ainda notar que o direito mínimo de subsistência, embora constitucionalmente salvaguardado, não pode ser definido em termos válidos para todos os tempos, uma vez que é historicamente situado.

Doutrina exatamente idêntica foi seguida, a propósito do mesmo assunto, na Apelação Civil de n. 7.675²¹ de 1914, onde o Presidente do Tribunal Xavier de Toledo, aufere indenização por danos morais pela perda de um animal, no caso uma besta, dizimada pelo veículo que inutilizou-a, sendo animal que prestava serviços a um simples trabalhador rural.

A ação foi julgada pelo juiz de Itapira, Dr. Manuel Augusto de Ornellas, que, resumidamente em sua sentença considerou estar plenamente provado que a besta, foi realmente inutilizada, coforme prova do exame de corpo de delito, e considerando que o autor dos fatos estava em marcha acelerada em plena Avenida Rio Branco, suficientemente larga, mesmo assim apanhou o animal parado à margem, ofendendo o direito do apelante, e nesses moldes haveria de ser julgado culpado pelo ato lesivo, conforme as doutrinas de Espínola in "Direito

²¹ In Revista dos Tribunais. Volume 12. pgs. 161/163.

Civil Brasileiro”, Vidal in “Cours de Droit Crim” e Carvalho de Mendonça in “Contratos”, Carlos de Carvalho in “Nova Conosl.”, Sourdat in “Traité de la Resp.” e Teixeira de Freitas in “Cons. das Leis Civis”, analisando sob este enfoque:

“a reparação dos danos considerando que ao dano patrimonial muitas vezes se liga ao dano moral, e que pode recair tanto sobre a pessoa moral, como sobre a pessoa corpórea e pessoa cívica, e assim, o interesse moral tem um sentido amplo e abrange todos os interesses de afeição, dedicação e estima, pelo que, além do valor do animal, podia também, o autor pedir o valor da afeição ou estima, e finalmente estando provada a intenção do autor, julgar pelos princípios jurídicos aplicados à espécie, procedentes à ação”

O Tribunal confirmou a sentença, contra o voto do Sr. Ministro Moretz-Sohn, que a julgava improcedente.

Interessante observar que o Tribunal pronunciou-se acerca da consagração constitucional de um direito fundamental sobre a pessoa, aqui vista com atributos especiais e multifacetados.

Admitiu ser defensável que um tal direito possa ver-se garantido pela Constituição apenas, já que ainda não havia Código Civil, e por não querer abdicar de encontrar um fundamento constitucional para esse direito da pessoa, como bem salienta, e por não conseguir reconduzi-lo diretamente ao conteúdo de qualquer dos direitos expressamente enunciados pela Constituição, acabou por elevar o princípio da pessoa humana a fonte direta e imediata de direitos fundamentais.

Assim o fez, de fato, ao ter por seguro que o direito há que ser julgado extraído do princípio da direito da pessoa humana, que se revela vector estrutural da própria Constituição, já referenciados, a relação entre os princípios do Estado de Direito e da pessoa humana, mas, curiosamente, numa posição que não se pode ver retratada em nenhum outro acórdão dos anos posteriores .

Nota-se nesse diapasão a valoração do dano moral, no qual o referencial de indenização partia do pensamento do homem do início do século, que vivia em uma economia de mercado incipiente e se achava sitiado pelo amplo setor de

subsistência, e por seu turno o julgador, que também pode ser visto como produto daquele momento histórico, e que entrevia o prejuízo da vítima, porque vivenciava e conhecia tais condições sociais, intelectuais, comerciais e políticas, somado ao fato do amplo leque de doutrinas utilizados, clara torna-se a postura destes juízes no período estudado.

Ao analisar as situações, procuravam sempre a regra mais adequada, elaborando, segundo uma escala de valores no criterioso momento de avaliar, uma fórmula, uma tese, que dê sustentação a indenização dos danos morais, mesmo que não se tenha naquele momento histórico, um sistema lógico e homogêneo que permita tornar possível reparar a lesão moral da pessoa.

Nesta mesma época, em 1913²², a Revista dos Tribunais, traz notícias referentes aos tribunais estrangeiros, e pela primeira vez, aponta um julgado em Illinois, na sua Corte Suprema, declarando que o pedido de indenização por danos morais devido a ferimentos que o autor recebeu na explosão de uma mina, acarretando-lhe sofrimentos e tormentos, é demasiado vago para compreender as perdas pelos sofrimentos morais, que necessariamente resultam dos ferimentos corporais.

Aqui percebe-se que a discussão em torno da reparação dos danos morais vai sofrer grande influência das teses novas contrárias à reparação dos danos morais, não apenas as que se desenvolvem no exterior, mas também as teses de doutrinadores nacionais como é o caso de Clóvis Bevilacqua, pela sua influência no mundo jurídico nacional, já que é autor do Código Civil Brasileiro que está sendo criado e prestes a ser promulgado, e mais, o panorama histórico com suas mudanças institucionais, de transição de regime, enfim, os tribunais brasileiros espelham exatamente esta situação de caos ou de pluralismo metodológico (conforme a posição mais negativa ou mais positiva acerca da reparação dos danos morais).

Uma das características essenciais que podem ser assinaladas neste período consiste na verificação de que, ao contrário do que por vezes aconteceu em outros julgados, as correntes metodológicas não se sucedem temporalmente

²² Revista dos Tribunais. Volume 7. p. 145.

numa lógica de substituição de umas por outras, antes convivem no mesmo horizonte cronológico, paralelamente.

Os agentes jurídicos, ao serem confrontados com a necessidade de encontrar uma solução para um problema jurídico concreto, no caso deste trabalho, de reparar o dano moral, não se limitam a apreender e, conseqüentemente, a aplicar um único método proposto por uma certa tendência metodológica.

Antes pelo contrário, recolhem elementos metodológicos de correntes diversas, sem que a recepção das teses de uma, evidenciada, por exemplo, em determinado ponto de uma decisão judicial ou de uma lei, signifique, por si só, a rejeição das outras.

Nota-se até que, muitas vezes no mesmo acórdão, não só coexistem correntes diferentes, como essa coexistência acaba por traduzir-se em influência recíproca, mesmo que não explícita. A utilização de conceitos e modos de raciocínio próprios de uma certa tendência ganha sentido, é iluminada e complementada pelo aproveitamento das formas de pensar e decidir típicas de uma outra corrente.

Assim, para exemplificar a tese esposada acima, traz-se a colação o acórdão de 1914, onde o Ministro Pedro Lessa²³, discute a questão do dano moral, terminando o Supremo Tribunal Federal naquele ano, em não só admiti-lo como estabelecer um critério prático para sua indenização.

Nota-se que quanto ao dano moral são ainda maiores as dificuldades encontradas pela doutrina assim como para a jurisprudência na fixação de um conceito de ampla aceitação, especialmente em virtude do pensamento daqueles que se pautavam pela impossibilidade da indenização desta modalidade de dano.

Vale a menção do pensamento de José de Aguiar Dias²⁴, que esclarece muito bem o rumo dos julgadores da época neste sentido:

"Com os danos não patrimoniais, todas as dificuldades se acumulam, dada a diversidade dos prejuízos que envolvem e que de comum só têm a característica negativa de não serem patrimoniais."

²³ Revista dos Tribunais. Volume 8. pgs.180/182.

²⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 7ª Edição, Editora Forense, Volume II, p. 812

Pronunciando a sua decisão sobre o assunto, ressaltando inclusive esta dificuldade apontada por Aguiar Dias, o Ministro Lessa assevera, no acórdão ora trazido à lume, que o dano moral não tem como expressão antitética o dano econômico. Este é o que se pode sempre avaliar, reduzir-se a um parâmetro em dinheiro, ao contrário, o dano moral, não tem essa expressão.

Cita ainda um exemplo:

A dor física sofrida por uma pessoa em consequência de um acidente qualquer, também é um dano moral. Assim, dano moral é também a privação imposta aos filhos com a falta de apoio moral dos seus pais, e o mesmo ocorre com a esposa que perde seu marido. Um profissional que perde sua clientela, sua honra, sua reputação, sofre dano moral, e neste ponto pode muito bem ter um parâmetro econômico mensurável de seu prejuízo, mas, assim deixa de ser um dano moral.

No caso julgado, a mulher perdeu seu marido, e em liquidação de sentença pede que avalie o dano moral e o dano material. Os peritos avaliaram o ganho mensal, e tudo que ele poderia receber em certo número de anos, calculando-se a média de vida que ainda podia viver.

Para avaliação do dano moral, entenderam os peritos que pelo conforto moral que este lhe dispensava, pela sua direção e consideração social, representava uma soma de bens morais de que foi a mulher privada com sua morte, avaliando essa perda em uma quantia determinada.

O Ministro Lessa ainda entrevê a dificuldade de se abalizar economicamente um bem moral, e atendendo a doutrina estrangeira, principalmente a italiana, e a jurisprudência dos tribunais, os quais chama de "tribunais mais adiantados", reconhece o direito a esses bens morais e a necessidade de obrigar os que violam tais direitos a um ressarcimento que é antes destinado a reconhecer e consagrar o direito, que tem homem de ser protegido em sua integralidade, do que a uma justa indenização.

Opiniões contrárias, como as dos Ministros Muniz Barreto, Coelho e Campos, Pedro Mibielli, Sebastião de Lacerda e Enéas Galvão, fizeram-se presentes naquele acórdão.

Para Muniz Barreto o dano moral *era inestimável e não pode nem ser arbitrado e nem ser concedido.*

Já o Ministro Galvão estendeu-se e afirmou que o dano moral só pode ser indenizado se traz conseqüências de prejuízos de ordem econômica. No caso, está sendo indenizado dano puramente moral.

Continua sua oposição afirmando *que país algum do mundo define essa espécie de dano, sendo certo que até os publicistas vacilam diante da defesa de elementos que permitem reparar tais danos.*

Exemplifica apontando o Código Social Japonês, *onde se encontra disposição dando o direito a satisfação de dano moral quando este é reclamado pelo pai, mãe ou filho da vítima. Já na jurisprudência, quer na Itália, quer na França, quer na Bélgica, os juizes ainda confundem danos morais com danos materiais, e simbolicamente indenizam os danos morais.*

A indenização e seus reflexos no campo da moral, continua o Ministro Galvão, *se tornaria escandaloso, como pondera os tribunais franceses.*

Nos tribunais belgas os magistrados fixam indenizações atendendo a reflexos puramente patrimoniais, e ainda assim são vacilantes, arbitrários.

A compreensão de toda esta doutrina e jurisprudência proclamada pelos julgadores para não repararem os danos morais não é um processo puramente receptivo, é sempre antes do mais a compreensão de si mesmo por parte do sujeito que compreende. Só entrando ele mesmo, enquanto julgador e pessoa, no horizonte de compreensão, com toda a tradição de que é portador, que conseguiremos perceber a fundamentação de sua decisão "intuitiva" inicial que ele toma ao contactar com o caso.

Ora, esta consciência do peso da tradição, da herança cultural no modo de decidir do sujeito aplicador do direito está bem presente em muitos dos acórdãos estudados, e inclusive neste carreado a este trabalho, especialmente quando se apela à "publicistas" e "aos tribunais mais adiantados", acentuando o carácter

historicamente situado do Brasil enquanto “colônia” a necessidade de “concretização histórico-cultural” mais evoluída.

Rebatendo esta postura, o argumento usado pelo Ministro Lessa é de que a expressão “dano” pode significar dano material ou dano moral, ou ambos, mas nem na doutrina e nem na jurisprudência encontram-se regras precisas para determinar os meios de calcular-se essa indenização, e quais as pessoas que a ela tem direito.

Aliás, para o Ministro Lessa não seria contraditório defender a superação de um modelo rígido de separação entre criação (entenda-se atividade legislativa) e aplicação (leia-se resolução dos problemas jurídicos concretos com base em leis previamente elaboradas) do direito, para depois vir sustentar que tal separação já se torna possível ao realizar a relação entre a aplicação do direito e o trabalho “doutrinário” crítico sobre essa mesma aplicação.

Seja como for, ainda que, por vezes os tribunais não tivessem consciência de estar seguindo determinadas linhas de raciocínio identificáveis com esta ou com aquela corrente metodológica, o certo é que o faziam por não serem obviamente imunes ao ambiente cultural que os rodeavam, por serem, também eles, simultaneamente, motores de uma determinada evolução da cultura jurídica e receptores de influências e tradições que os precedem e os ultrapassariam.

É, pois, inevitável que os tribunais espelhem, de forma mais ou menos explícita, mais ou menos consciente, o ambiente jurídico-cultural vivido numa determinada época.

Assim, o Ministro Lessa era profundamente crítico para sua época, e no acórdão escolhido, acima referido, chega a afirmar que para aquela família vitimada, compõe-se em ridícula compensação judiciária o que o Tribunal pretendia como reparação.

Ressaltava que:

quem procura o judiciário deve ser movido pela dor, mas, não é esse sofrimento o único motivo para intentar-se tal demanda, pois detrás há um interesse secundário. Se para indenizar um dano é preciso prova, então quanto aos danos morais, que não possuem meios de avaliação, tomam-se irreparáveis.

Esta ótica do Ministro Pedro Lessa de perceber além das estruturas a convivência das normas entre si e dos princípios gerais que regem o Direito, havendo de se pôr sempre em favor da vítima que sofreu o dano moral não prospera no Supremo, e assim ao analisar-se os julgados dos anos 20 e seguintes, teremos como tônica dominante a máxima de que no sistema jurídico brasileiro são inadmissíveis as indenizações por danos morais, apenas em casos especiais onde acarrete prejuízos de ordem econômica, porque neste caso a decisão do juiz será fruto de um raciocínio lógico e irrefutável.

Registra-se ainda que, com base na apreciação jurisprudencial que oferta este período poderíamos ou não tomar uma posição acerca da questão de saber se o assinalado pluralismo metodológico deve ser visto como uma realidade essencialmente benéfica e estimuladora do desenvolvimento da cultura jurídica, ou se, pelo contrário, o panorama descrito revela apenas um quadro de total desorientação metodológica, um caos em que a coexistência no mesmo horizonte cronológico de variadas tendências se vem a traduzir num sincretismo redutor.

O problema concreto, fulcro deste trabalho, o da verificação da indenização dos danos morais pelos tribunais brasileiros, em seu balanço geral pode ser considerado positivo.

Parece que o pluralismo metodológico acaba por retomar, embora de uma perspectiva completamente diferente, a "humildade científica" que de certo modo caracterizava o positivismo jurídico científico do século XIX.

Assim, ao invés de se ter a pretensão de encontrar um método único, supostamente apto a guiar o aplicador do direito na resolução de qualquer caso, reconhece-se que os problemas jurídicos podem ser abordados de diversos ângulos e que o caminho para a sua solução não é único nem linear.

Temos neste período o Ministro Pedro Lessa, juiz sensível ao seu momento histórico, de tal sorte que antevia a família como local onde o ser humano se faz e se refaz em sua história, representando assim o papel máximo para a continuidade daquela célula social, e sua morte significaria fatalmente a desagregação de toda sociedade, como ressaltava incansavelmente em seus julgados, mas, a sua influência era timidamente sentida a ponto dos julgados em sua maioria inviabilizar a indenização por danos morais.

A justificativa era: a impossibilidade de auferi-los, devido a subjetividade dos critérios a serem observados, e também a situação vexatória de trazer a público assuntos de interesse íntimo, além da possibilidade de locupletamento, e assim, conforme se tem registrado, a guisa de exemplo, outro julgado ilustra o que está sendo afirmado, já que no embargo de nº. 18.816²⁵ da Capital de São Paulo, o relator Ministro Urbano Marcondes, e o presidente Ministro Achilles Ribeiro, excluíram a indenização por danos morais em acidente da Companhia Paulista de Estradas de Ferro, afirmando por maioria de votos que não se conhecia do dano moral, pois não havia qualquer demonstração de prejuízos econômicos dele derivado, pelos motivos descritos anteriormente.

Importante salientar que com a expansão das ferrovias, os acidentes aumentam devido ao risco provocado por este novo meio de transporte, e isso reflete nos julgados de meados dos anos 20 e 30 do século XX.

Nesta época encontrou-se julgamentos que passaram a ter como fundamento legal a norma contida no artigo 159 do Código Civil, combinada com as regras da Lei n. 2681 de 1912, como por exemplo, os Embargos cíveis de n. 2.117, de 1934²⁶, onde se tem a aplicação do artigo 17 da Lei de n. 2681:

EMENTA: "Responsabilidade Civil – Transporte de passageiros por estrada de ferro – Baldeação em trecho interrompido – Desastre – Presunção de Culpa – Aplicação do art. 17 do decreto legislativo n. 2681, de 1912. (...) Dano Moral – Perda do filho de tenra idade – Indenização negada – Votos vencidos. A empresa de transporte, que fornece outros meios de condição ao passageiro para atingir o termo da viagem contratada responde por desastre ao ocorrido e a sua culpa ainda continua presumida nos termos do direito especial regulador do assunto. Tratando-se de reparação de danos, na indenização, que dever a mais ampla possível, incluem-se os honorários de advogado, embora não pedidos expressamente, por estarem incluídos nas despesas necessárias da lide. (...) *É susceptível de reparação pecuniária o dano moral sem repercussão no patrimônio do autor*".

²⁵ In Revista dos Tribunais. Volume 91. p. 131.

²⁶ In Revista dos Tribunais. Volume 127. pgs. 598/611.

Pode ser afirmado que esse fenômeno de acidentes ferroviários ocorridos, principalmente na zona rural, forçou o legislativo a impor um limite legal, com a Lei de 1912, conhecida como "a lei da Estrada de Ferro", uma legislação sofisticada para um País como o Brasil naquele momento histórico, mas que devido ao quadro conjuntural, digeriu a medida nos meandros da responsabilidade civil, de caráter objetivo, de forma a equilibrar as relações sociais, o que veio de certa forma cooperar para tornar "susceptível" de indenização os danos de ordem moral, conforme o acórdão acima referido, mas que irá mostrar-se insuficiente para oferecer base de sustentação para reparação dos danos morais.

A "lei das estradas de ferro" para muitos juristas era um mal necessário, pois a modernização do País exigia uma legislação que salvaguardasse os interesses coletivos, sem desprezar os interesses individuais, e que sua onerosidade fosse a menor possível, para a manutenção dos serviços industriais em ritmo crescente no Brasil, como afirma Felipe de Souza Mattos²⁷.

Na Apelação de nº. 4.012²⁸ de 14 de dezembro de 1948, o Relator Desembargador Martins Teixeira do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, afirma que pelo Decreto 2.681 de 1912, jurisprudência passou a entender que todo transporte de estrada de ferro será responsável pelos desastres ocorridos em suas linhas férreas.

Assim, a morte do filho menor, como nos fatos do julgamento da apelação referida, que entregava ao pai determinada importância e a este despendia em alimentá-lo, deveria ser reparado como dano material quanto à perda do filho, que era reconhecidamente vista como uma dor moral, não importando para o pai em prejuízo econômico, razão pela qual deixou o Tribunal de reparar os danos nesse sentido, e apenas repararia em termos morais.

Nesta conjuntura histórica encontraremos o Tribunal de Apelação baiano discorrendo sobre a Lei 2.681/12, amalgamado na doutrina de Clóvis Bevilacqua e Carvalho de Mendonça, e na jurisprudência do Supremo, dando foros de objetividade à responsabilidade da Estrada de Ferro, quanto à obrigação de

²⁷ op. cit., p. 311.

²⁸ In Revista dos Tribunais. Volume 126. pgs.138/139.

indenizar as despesas materiais, referentes à morte do viajante, firmando a visão conjuntural onde vislumbrava-se a família como empresa doméstica.

Afirma o Tribunal através de seus juízes Angelo Martinelli, Bandeira Tosta e Moysés Almeida²⁹, que o núcleo familiar é semelhante a uma pequena empresa artesanal, onde cada membro tinha uma função específica:

"(...) A ocorrência desastrosa, em meio termo a viagem, não podia deixar de ter acarretado despesas extraordinárias para o chefe de família, tendo-se em vista que um acontecimento inesperado dessa natureza constitui a mais radical desorganização do lar, não podendo deixar de produzir um grande abalo no patrimônio do chefe da família. Por outro lado, a vítima era um auxiliar eficiente de seu marido nos encargos da manutenção da própria família, com os proventos obtidos com a instalação de um 'atelier' de costuras, ficando o marido privado desse auxílio. É verdade que o marido tem obrigação de sustentar a mulher, mas se esta exerce uma profissão lucrativa pode dispor livremente do produto de seu trabalho e a vítima empregava o seu rendimento no auxílio da manutenção de seu lar e nem se diga que sendo obrigação do marido, o concurso que ela prestava não é amparado pela lei, no caso de ressarcimento dos prejuízos causados por terceiros culposos de eventos que ocasionaram a cessação desse concurso por parte da vítima. Seria uma injustiça que esse dano não fosse indenizável que a parte sofredora por culpa de outrem fique à mercê da imprevidência justamente daquele que se compromete conduzi-lo, bem como aos membros de sua família, de um a outro ponto das suas linhas, são e salvos (...)"

Está claro no acórdão e, pode ser percebido sem dúvidas, que a desigualdade social do homem e mulher na relação conjugal daquele tempo, como afirma Friedrich Engels³⁰, refletia-se na desigualdade legal, herança esta da opressão econômica vivida pela mulher, e assim descrita pelo autor:

²⁹ In Revista dos Tribunais, Volume 127, pgs. 598/611.

³⁰ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Editora Civilização Brasileira, 1975, Rio de Janeiro, pgs. 79/82. "As coisas mudaram com a família

Nos exatos parâmetros identificados por Engels, estabelece o Tribunal baiano essa relação peculiar da família, ao afirmar que *“a vítima era auxiliar eficiente do seu marido”*.

O perfil econômico da mulher como membro dessa indústria caseira, ilustra fielmente a doutrina apregoada pelo autor, onde afirmava que a mulher no seio da família recém saída do sistema de produção artesanal para o capitalismo nascente, seria apenas a pessoa encarregada de cumprir o seu dever no interior estrutural da divisão de serviço privado doméstico.

A posição de Engels³¹ quando cita Morgan é exata ao concluir que:

“A única coisa que se pode responder é que a família deve progredir na medida em que progrida a sociedade, que deve modificar-se na medida em que a sociedade se modifique (...) A família é produto do sistema social e refletirá o estado cultural desse sistema.”

O dano moral, colorindo-se dos aspectos descritos acima, era percebido como dano a esse sistema econômico familiar; tanto é verdade que esse trecho da decisão jurisprudencial não desampara essa colocação ao insistir no fato de que

“o concurso que ela prestava não é amparado pela lei (...) seria uma injustiça que esse dano não fosse indenizável”.

Tomando por base a jurisprudência que vai se firmando com o Embargo do Tribunal da Bahia, os julgados sobre o dano moral quanto à perda do filho, são interpretados pelos juízes como sofrimento no seu patrimônio, sob o aspecto de algum prejuízo³² material mas com reflexo no campo da moral.

Aqui deve ser registrado o papel do juiz na construção da decisão judicial ao aprimorar um sistema jurídico onde cria, através de suas conclusões e raciocínios argumentativos, um aparato para abordar um fenômeno jurídico novo.

patriarcal e, ainda mais, com a família individual monogâmica. O governo do lar perdeu seu caráter social (...) O governo do lar se transformou em serviço privado; a mulher converteu-se em primeira criada, sem mais tomar parte da produção social”.

³¹ op. cit., p. 91.

³² op. cit., p. 605.

Neste sentir, comentando-se o acórdão do Tribunal baiano, em voto vencido o Ministro Oscar Dantas afirma, que se a lei prescreve, em caso de morte a indenização, que ficaria então ao arbítrio do juiz determinar como se daria esta reparação, e referindo-se inclusive à questão da educação do menor que ficou sem o seu pai, essa reparação deveria acudir inclusive a educação básica, como a "*civilidade e a delicadeza*" e consubstanciaria assim a educação não apenas em necessidade física, mas, principalmente na prática de usos e costumes da sociedade, o que deve ser compreendido como parte da moral, e assim o dano moral é indenizável.

Ressalta-se neste registro que o juiz elaborou uma tese para compreender a realidade diante da valorização da dignidade da pessoa humana, imprimindo uma direção que fundamenta de forma irrefutável, a importância do ser humano na ciência jurídica, uma vez que só existe o Direito em função da pessoa, e se completa quando tutela a dignidade da vida desta pessoa.

Neste sentido, a jurisprudência brasileira principia a ver o dano moral ainda que de forma acanhada, mesclada com perda econômica, um tênue prejuízo interno, mas, um prejuízo certo, determinado pelas circunstâncias, embora ainda continue a negar a indenização, pela impossibilidade de detectar empiricamente esse dano íntimo.

No julgado em primeira instância presidida pelo Juiz José Augusto de Lima³³, em 06 de outubro de 1930, sobre demanda de indenização por danos morais tendo por base a prisão ilegal de um rapaz, em 14 de abril de 1929, no distrito de Guaianaz, onde os policiais haviam o deixado por quatro horas na rua, sendo então humilhado pelos policiais de modo sarcástico, expondo-o desta forma, conforme relato nos autos, à desconsideração pública mediante os passantes, prejudicando desta forma a sua reputação.

O Juiz argumenta que embora sejam a doutrina e a jurisprudência divididas não poderia deixar de julgar se houve ou não prejuízo de ordem moral neste caso, e que não deixaria de fazê-lo apenas pela dificuldade de avaliação, e valendo-se dos ensinamentos de Carvalho de Mendonça, afirmou que nada equivale ao mal moral e aos sofrimentos dele decorrentes, e o dinheiro

³³ In Revista dos Tribunais. Volume 81. pgs. 166/169.

desempenharia para aquele jovem uma função de satisfação ao lado de sua função de equivalência patrimonial.

Concluiu o magistrado que a função do dinheiro é meramente satisfatória, já que a dor não pode ser medida, mas, seus efeitos materiais podem ser atenuados.

Passando a julgar os fatos ocorridos, deu como improcedente, já que acontecido em estrada erma e em meio rural, onde não poderia causar dano algum à reputação do autor, e se esse fato ecoou, o fez no meio das relações do autor, modesto roceiro, e nesse diapasão não houve reflexo de prejuízos de ordem patrimonial, razão pela qual julgou improcedente o pedido.

Vislumbra-se neste julgado que o Poder Judiciário padecia por vezes de instabilidade institucional, fruto do reflexo do momento histórico, das influências e formações infra-estruturais que naqueles idos não permitia ao judiciário ser independente, o que significava submetê-lo ao poder centralizador, e desta forma dependente dos detentores do poder político e econômico, e assim não conseguia por vezes efetivar os direitos humanos e muito menos os direitos fundamentais, quando violados.

Em que pese o quadro acima, no final dos anos 40 o então Ministro Orozimbo Nonato³⁴, era opositor da visão de cunho essencialmente econômico para sustentar a reparação dos danos morais, e sendo assim travava intenso debate judicial contra os próprios membros do Tribunal, para demonstrar este perfil apresenta-se abaixo alguns trechos de um dos julgamentos que como participante, a princípio era sempre "voto vencido":

EMENTA "Dano moral – "pecunia doloris" – responsabilidade civil – Não é indenizável o dano moral - voto vencido do ministro Orozimbo Nonato: Todo dano é indenizável e desta regra não se exclui do dano moral - agosto de 1948. Relator: Ministro Lafayette de Andrada (...) Dona Amália Pontes Jucá demandou a Cia. Força e Luz Nordeste do Brasil, com fundamento nos arts. 159, 1.518 e 1537 do Cód. Civil, combinados com os arts. 396 e 397 do mesmo Código, pleiteando indenização pela morte do

³⁴ In Revista Forense. Volume 127, pgs. 397/400.

filho menor, Alberto, de 13 anos de idade. O Juiz em primeira instância julgou a ação procedente, em parte, mandando pagar o luto da família, honorários de advogado na base de 20%, juros de mora e custas. O Tribunal de Apelação confirmou a sentença, nesses termos”.

O Ministro Nonato durante toda sua permanência no Supremo Tribunal Federal, defenderá que não é possível determinar a essência e os limites dos danos morais, sem ter em conta o alcance efetivo do dano no sentido que lhe é próprio e também em seu significado, que pode atribuir-se nesses casos como um remédio reparador.

Assim, o Ministro Nonato, conseguiria desenvolver uma visão clara do problema, visão esta que o Tribunal não tinha até então, porque suas decisões pautavam-se na premissa de que não se tratava de satisfazer por essa via simples, exigências de caráter teórico, mas, na necessidade de uma exata determinação do dano moral, que haveria de permitir uma distinção segura com os danos genericamente previstos em lei.

O Supremo Tribunal Federal negava essa postura e afirmava, sob outros fundamentos que os danos morais só poderiam ser auferidos se guardasse estreita e "visível" relação de cunho eminentemente econômico.

Para ser "visível" era preciso que tivesse acentado em fato incontroverso, como por exemplo, a perda de um filho.

Os anos que se seguiram até meados da década de 60 mostram que o dano moral atrelado à dor da família na perda de um membro é a tônica dominante.

Sabe-se que o desenvolvimento dos sistemas jurídicos, como diz H. L. A. Hart³⁵, é influenciado pela opinião moral, e o inverso, que os padrões morais também são profundamente influenciados pelo direito, de modo que muitas normas jurídicas refletem principalmente as normas morais.

Ao tomar a dor da perda de um ente familiar como parâmetro para incorporar uma base constitutiva à indenizabilidade dos danos morais, o sistema jurídico pátrio vai agregando novas técnicas jurisdicionais, mesmo que ocorra

³⁵ HART, H. L. A. *Derecho y Moral*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1962, pgs. 10/11.

impossibilidade de previsão quanto a forma de se conceder a mais ampla indenizabilidade, passou-se a aceitar nestes casos a prova de perda de acréscimo patrimonial, baseada nas regras gerais da experiência comum, ou seja, em critérios flutuantes, cuja principal característica é a previsibilidade.

José de Aguiar Dias, que ao lado de Orozimbo Nonato³⁶ então presidente do STF, manifestavam-se completamente a favor da indenizabilidade do dano moral, não eram indiferentes aos valores reais e as conseqüências que derivavam desses valores:

"(...) 3.c - Negou conhecimento do Recurso o procurador Geral da República Luís Gallotti em 5 de julho de 1948, pois anteviu que o acórdão gaúcho apresentado seria somente jurídico e no mesmo sentido teria a Procuradoria Geral da República sempre opinado. (p.399) 3.d. - Voto do Sr. Ministro Lafayette de Andrade (relator): "(...) Na espécie, ficou provado que a vítima, menor de 13 anos, não exercia qualquer profissão, nenhum serviço remunerado praticava. Ao contrário, como ginásial, era mantido por sua mãe, sem prestar mesmo auxílio à família. Razão, portanto para não se poder exigir a reparação do dano moral na espécie, o que não recuso em outros casos, aceitando a lição do insigne Clóvis. (...) O acórdão, assim atendeu à lei e à prova dos autos, mandando pagar o luto da família, honorários de advogado, juros da mora e custas". (grifos do autor) (pgs. 398/399) Voto do Sr. Ministro Hahnemann Guimarães: "Sr. presidente, no caso não se tratou de dano moral. O que se pretende é que o menor, vítima do acidente, constituiria uma expectativa de lucros futuros ou de proventos pecuniários futuros, expectativa frustrada. O dano moral, evidentemente, no caso, seria inadmissível. O direito comum adotou com dificuldade a chamada 'pecunia doloris', a reparação do sofrimento físico, como a adotou o nosso Cód. Civil, no artigo 1538, p. 2º, quando a mulher solteira, ainda capaz de casar, ficar deformada pelo acidente, pelo ato ilícito. Concede-se, aí, a reparação de um dano que não é moral, mas o preço da dor, a 'pecunia doloris'. O nosso Cód. Civil admite, por exemplo, a reparação do dano moral em outro artigo, quando se trata da mulher

³⁶ op. cit. p. 400.

agravada em sua honra. Fora dos casos especificados em lei não é possível admitir a 'pecunia doloris', nem a reparação do dano moral. (...) Voto a favor do ressarcimento dos danos morais – O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente): “O problema da reparação do dano moral tem dificuldades desconhecíveis. Via de regra, não é admitida entre nós essa espécie de indenização. As resistências ainda se mostram, neste particular, consideráveis e poderosas. O acórdão dado como divergente nesse particular não torna muito nítido o dissídio quanto à indenização do dano moral. Antes que tudo, convém decantar o problema de elementos estranhos. Se o dano moral tem repercussões no patrimônio do indivíduo, o problema toma aspecto diverso. A indenização aí não é pelo dano moral e não há nesse caso, o reconhecimento de um “preço da dor”, senão verificação de diminuição patrimonial em consequência de fato. O problema aparece com nitidez quando se trata de dano “puramente moral”. Este é que é o problema tormentoso, em que os autores dissentem, sendo que deles há, e eminentemente, como Gabba, que negam a possibilidade dessa indenização. E surgem em Gabba, na hipótese, não infirmam a tese de reparabilidade do dano moral. Data venia, dou provimento. (...)”.

A determinação do direito devia ser concebida para o Ministro Nonato, como um processo interpretativo. A ordem jurídica não deveria ser constituída apenas por regras mas também por princípios, princípios esses que, ao contrário do que havia sucedido no tempo do positivismo, teriam força vinculativa face a justiça e ao Estado de Direito.

Tais princípios auxiliaram o Ministro Nonato, sobretudo nos casos de reparação de danos a moral, e conseguiu naquela época encontrar a solução juridicamente correta, inclusive resolvendo o conflito colocado pela doutrina dominante daquele período, além de se opor à postura de Gabba contrária a reparação, em contraposição com aquela esposada dos doutrinadores da lavra de Demogue e VonThur, que permitiram ao Ministro extrair a tessitura da unidade de sentido, que lhe fornece as diretrizes para a resolução do problema jurídico concreto.

A forma de raciocínio desenvolvida pelo Ministro Nonato, foi aquela que menos se evidenciou no conjunto dos acórdãos analisados, e neste condão

vislumbra-se a impossibilidade de se lidar com um princípio – o do direito da pessoa humana à reparação de uma lesão à sua moral – que é, porventura, um conjunto de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados por excelência.

O legislador pátrio ao consagrar (reconhecer) que a pessoa é o fundamento de toda a ordem jurídica brasileira não deu ao intérprete e ao aplicador do direito um conceito de conteúdo rigorosamente definido e suscetível de fornecer soluções para os casos concretos através de um mero raciocínio horizontal.

Desde logo, porque, como também o demonstram os acórdãos analisados, o princípio de que deve ser reparado os danos à moral só ganha pleno sentido e alcance práticos quando articulado com outros princípios públicos e privados, além de também somar-se com os diversos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

A contribuição dos ensinamentos deixados pelo Ministro Orozimbo Nonato³⁷, em relação ao reconhecimento do dano à moral, com envolvimento jurídico determinando o perfil humano vivo, protegendo os direitos fundamentais do cidadão, não deixa nenhuma dúvida de que conseguiu construir através de suas decisões o retrato fiel do que é o ser humano para o Direito e, por conseguinte, da proteção jurisdicional que os direitos fundamentais impõem:

“(…) sua argumentação é simples, mas terminante. Com efeito, não há, no Cód. Civil, qualquer distinção que permita a exclusão do dano moral como lesão de direito ressarcível. Já o temos demonstrado longamente e, a propósito do art. 1.537 do Cód. Civil, deixamos evidenciado que oferece mero critério para estimação dos danos e não princípio para o dever de reparação. Estranhamos, data venia, no voto do doutíssimo Hahnemann Guimarães, a distinção entre reparação de dano moral e pecunia doloris. Ou estamos muito enganados, ou são a mesma coisa. Efetivamente, dano moral é, rigorosamente, o que tem origem “na natural reação que opomos contra a ofensa, ou por mortificar o corpo, modificar-lhe a beleza, turbar a paz, lesar a honra, obscurecer a estima, comprometer a felicidade” (Minozzi). É a repercussão, dizemos nós, no plano subjetivo, da ofensa que

³⁷ op. cit. p. 398.

sofre, de forma que dano moral, isto é, sofrimento causado pela lesão de qualquer bem, pode existir, tanto ao lado do dano patrimonial como dependente deste. Dor e, portanto, preço da dor, expressões de fundo nitidamente subjetivo, que caem no domínio do dano moral. Discriminar reparação do dano moral da pecunia doloris, nos põe desautorizados pela concepção exata dos termos, pela noção a que servem e coincide. Como dano a moral se define lesão indenizada pela pecunia doloris no direito alemão (ver Ficher, "A Reparação dos Danos no Direito Civil", pág. 243, citando W. Stobbe-Lehmann, Windscheid-Kipp maneira nenhuma, como identificar a pecunia doloris: é pura e simples reparação de dano patrimonial".

Percebe-se nessa época, que o termo dano moral é visto pelos tribunais, como um conceito muito amplo e geral, e à medida que se permitia uma inserção, tendente a melhorá-lo e ampliá-lo, ainda assim, os juízes não se inclinavam a percebê-lo como lesão a um bem, que produz um efeito multiplicador pelo caráter difuso que a moralidade carrega em si mesma.

Nos moldes vistos, os juízes dos anos 50, insistiam na visão de perceber com a máxima claridade o direito dentro de sua rigidez legal.

Tal preocupação deve-se ao fato que nos julgados por danos morais são examinados e interpretados sob a ótica dual, uma ruptura entre o que é e o que deve ser o direito, quando na obscuridade dos fatos íntimos, ao aplicá-lo a um caso ocorrido na realidade, cujo significado é totalmente discutível, mas que não deixa de figurar para o Direito como sujeito, e esta vertente não é de fácil construção para os tribunais brasileiros daquela época.

Como alcançar nesse patamar, que pode ser considerado um sistema de direito, um padrão homogêneo que permitirá a unificação da resposta jurisprudencial a um problema que envolve a privacidade humana?

Esta questão permeará os tribunais superiores por muitas décadas ainda.

Podemos resumir os anos 30 e 40 como sendo um período marcado por modificações consistentes no Judiciário, abalado que encontrava-se por grandes

reformas estruturais³⁸, como por exemplo, a suspensão das garantias individuais e a exclusão da apreciação judicial dos atos do governo, sendo que diversos ministros do STF foram aposentados, e o Governo Provisório reduziu para onze o número dos ministros e por seu turno, a Constituição de 1934 mantém esse número.

Quanto à evolução material, histórica, percebe-se que as modificações materiais são rápidas e constantes, e cada vez mais aceleradas, e somente quando o nível material é ameaçado é que se consegue perceber uma lesão ao direito.

No tocante à moral em si, esta evolui de forma lenta, porque independe de imposições externas ao ser humano; assim, a balança do moral e patrimonial desequilibra, e isso reflete nos julgados, faz da consciência do juiz o tormento na busca da proteção dos direitos do homem, na aferição de um dano de natureza íntima e fundamental.

Felipe de Souza Mattos³⁹, escrevendo um artigo em 1938 na "Revista dos Tribunais", afirma que a reparação de dano é realmente uma matéria difícil de ser enfrentada pelos juízes e não há outra alternativa segura a não ser arbitrar a reparação usando o equivalente pecuniário prejudicado pelo dano; infere ainda que legislar sobre esse assunto "*desafia até os mais competentes em todas as partes do mundo*", e que é impossível a organização de um estatuto, de um conjunto de regras seguro.

A par da segunda grande guerra mundial e da promessa do Presidente Getúlio Vargas de uma constituinte para 1945, que acaba não ocorrendo, o Ministro do Supremo, José Linhares, assumiu o governo com a deposição do então presidente Getúlio Vargas.

No ano de 1946 é realizado uma nova Constituição, mais liberal, onde assim retrata o artigo 141

³⁸ Revista do Tribunal de Justiça Estado de Sergipe - Aracaju, nº 25, jul/dez 2000 - Publicação Oficial, pgs. 51/59.

³⁹ MATOS, Felipe de Souza. *A reparação dos danos e o novo Código de Processo Civil*. In Revista dos Tribunais, Volume 127, p. 311.

"a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

O Poder Judiciário brasileiro procura adaptar-se às estas novas exigências da época, buscando manter a uniformidade na aplicação das leis, ressaltando nos julgados que deveria ser indenizado os danos, sendo que os de ordem moral, pela dificuldade de apreensão, não tinham meios de ser auferidos, e ficou dividida a jurisprudência como bem salienta o Ministro do STJ Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite⁴⁰.

Afirma o Ministro Leite que a dificuldade sentida pelos julgadores é devida ao elemento abrangente da lesão não-patrimonial, da distinção entre o dano material e o dano moral, que por seu turno não decorre da natureza do direito, mas "do efeito da lesão" e de sua repercussão sobre o lesado.

Nesse patamar, aponta o Ministro Costa Leite a preocupação, desde o início do século passado, com a interpretação acerca dos danos morais. Afirma assim que os juízes mostraram-se sempre refratários nesse sentido, o que fez sobressair uma visão restritiva e sem nenhuma criatividade, prevalecendo na maioria dos julgados, a inquietude da consciência dos juízes ao serem obrigados a dar preço à dor.

O Ministro Costa Leite ainda assevera que, neste período, apesar de ter-se uma doutrina emergente que já defendia a indenização por danos morais, a resistência dos tribunais fazia sombra na medida que os juízes não gostavam de julgar tais casos, lembrando que Aguiar Dias ao prefaciá-la obra de Wilson Melo da Silva sobre danos morais, faz uma crítica mordaz aos juízes da época, comparando-os "*aos juizes de paz do escritor Martins Pena*".

Analisando um julgado de 14.7.1950, acórdão de n. 17141⁴¹, perceberemos que já se fala em dano moral e consequência destes prejuízo, que constitui uma situação posterior de gravame que geraria a necessidade da reparação da situação lesada, procurando assim demonstrar que há nexos de causalidade

⁴⁰ LEITE, Paulo Roberto Saraiva da Costa. *Dano Moral no Direito Brasileiro*, in www.teiajuridica.com.br

⁴¹ DJ. 14.07.1950, p. 119.

adequada ligando o evento lesivo e a situação de carência antecipatória de indenização sob a forma pecuniária.

EMENTA: "Para ser julgada procedente a ação de indenização, cumpre fique provado o dano da própria ação; a prova do "quantum" do dano é que pode ser feita na execução. Embora não haja prestação alimentar exigível pelo falecimento de uma criança, há indenização pelas despesas de tratamento, funeral e luto. Distinção entre dano moral e conseqüências do dano moral. Vítima com 11 anos e que já auferia renda do seu trabalho. Indenização devida" (...)O SR. MINISTRO LUIZ GALLOTTI – (...) Argumenta-se que somente houve dano moral e que este não é indenizável. Mas, há a distinguir entre dano moral e conseqüência do dano moral. Não é a morte do menor, o sofrimento, a dor que se indeniza, mas, a privação de um auxílio eventual, que essa existência, ora perdida, poderia prestar à sua genitora. O art. 1.537 n.º II do Cód. Civil reza: "na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia".....Ora, a lei dizendo a quem o defunto os devia prestar, indica claramente "dever" resultante da obrigação legal, de prestar alimento. Esse dever existe, é precípua entre pais e filhos e portanto, existindo a obrigação legal, existe correlatamente a obrigação de indenizar. Resulta daí automaticamente o nexo de solidariedade para firmar a responsabilidade civil. A lei não diz - a quem prestasse, mas sim "a quem devia prestar".(...) Audiência publ. Acórdão 9-8-50 - 1.ª Turma Relator: Min. Luiz Gallotti RE n.º 17.141 – Bahia.

Confirma-se nessa esteia que na verdade a indenização continua sendo para a reparabilidade de danos patrimoniais.

Pode-se perceber, conforme coloca Judith Martins-Costa⁴², que na articulação da idéia de dano, entendida como um elo estreito entre sujeito e o meio social, entre o valor que é dado ao ser humano e às suas relações sociais na sua vida diuturna, de cunho marcadamente econômico, que a pessoa será sempre vista como sujeito titular de um patrimônio, e não de um bem interno,

⁴² MARTINS-COSTA, Judith. In *Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação*. Texto apresentado no Colloquio Internazionale L'Unificazione del Diritto in America Latina: Principi e Regole Comuni in Materia di Responsabilità Estracontrattuale, Roma, junho de 2000.

privado, íntimo, e isso é o empecilho para perceber os danos morais desligado da esfera patrimonial.

Nessa ótica infere-se que a ressonância teórica das questões acerca da regulamentação dos danos morais é empecilho, pois, sua própria aplicabilidade prática de remédio reparador está subordinada à possibilidade de determinar o que é e como afeta cada pessoa.

O dano moral sendo subjetivo, é tormentoso mensurá-lo para que se possa liquidá-lo.

Na metade do século passado o Ministro Serpa Lopes⁴³ engrossando as fileiras de juízes que admitem a indenização por danos morais, afirma que julgar os danos morais em sentido estrito não é julgar "ultra petita". Este argumento era usado para servir de escudo à muitas críticas que recebia pelo modo pouco ortodoxo dos seus julgados.

Exemplo deste perfil pode ser apreciado no acórdão, trazido a colação deste trabalho, referente à apelação de n.º 5.805⁴⁴, onde a Empresa Internacional de Luxo Ltda. foi demandada tendo em vista que em uma de suas viagens foi responsável por acidente que ceifou a vida de um menor, sendo que seu pai, em razão do abalo sofrido com a perda de seu filho, necessitou abandonar sua carreira militar, e por este motivo ingressou com indenização por danos materiais e morais.

O Ministro Serpa Lopes ao proferir seu voto, evoca justamente como ponto central da questão, a intimidade lesionada, afirmando não ver obstáculos que possam fazer com que um tribunal não reconheça a existência de um dano moral, e que diferentemente dos danos patrimoniais os danos morais não necessitam de provas específicas, e aí sim reside a dificuldade de compô-lo, mas não de provar sua existência.

Critica então a posição dos tribunais brasileiros de não indenizarem as "*lesões dos sentimentos de pura afeição*", uma vez que essa situação se coloca

⁴³ In Revista Forense, Volume 130, p. 139.

⁴⁴ In Revista Forense, Volume 130, p. 139.

de maneira "vazia" de qualquer repercussão material, e baseia-se na doutrina estrangeira para fundamentar a indenizabilidade de tais danos.

Reconhece nesse registro, o Ministro Serpa Lopes, que o direito protege não apenas os interesses materiais e pecuniários, mas outros interesses do homem que vão além desses interesses materiais, e sendo assim, o dano moral impõe uma indenização pela natureza da garantia assegurada pela lei.

Ressalva ainda que em Milão, um ano antes, a Corte de Apelação julgou em prol da ressarcibilidade dos danos morais, mesmo que estes sequer tenham algum reflexo no âmbito patrimonial, com o comentário favorável de Biagio Bruggi, que frisou ser a restrição do ressarcimento dos danos morais ao caso visível de um prejuízo patrimonial, uma incidência de conseqüências totalmente injustas e absolutamente absurdas.

Assim, no decorrer de sua justificativa de voto, o Ministro Lopes tomou por base a doutrina de Adriano De Cupis, referindo-se à sua obra "Il danno", para sustentar que a ressarcibilidade dos danos morais é uma exceção à regra que a patrimonialidade seja constituída como "normalidade", e antevê que a jurisprudência está oscilando entre julgados favoráveis à compensação dos danos morais e outros ainda com tese contrária.

Nessa percepção cita o Relator Desembargador Sabóia Lima, como expoente dos Tribunais superiores, que reconhece o direito à indenização pelo dano moral, mencionando seu parecer quanto a um julgado onde a vítima de tais danos sofreu por ter sido ofendida em seus sentimentos de afeto a um carneiro, quando presenciou a sua abertura antecipada com remoção e extravio dos ossos, lançados em vala comum.

Como Adriano de Cupis⁴⁵ afirma, o juiz ao abalizar o objeto intrínseco do dano não patrimonial, deverá servir-se de todos os elementos que cuidam em provar a esse respeito, e dos quais possa dispor, uma vez que as provas podem dar-lhe mais subsídios, isto é, elementos mais ou menos consistentes, aproximados, considerando que a natureza de tais danos não é passível de provas concretas para fazer vir à tona uma medida pecuniariamente traduzida em

⁴⁵ DE CUPIS, Adriano. *El daño - Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Boch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1975. p. 559.

dinheiro, e desta maneira está fazendo a mesma comparação quando se indeniza um dano material.

A ressarcibilidade de tais danos só será possível se feita por meio do "*exercício da faculdade da justa valoração do juiz*".

Merece destaque este acórdão pela forma como o conflito é solucionado, verificando-se neste viés o trabalho criador do juiz, que etende o fenômeno jurídico assumindo uma forma de pensar de cientista jurídico, cuidadoso em encontrar critérios de avaliação tanto na doutrina, como mencionada no acórdão referido, dos autores italianos Biagio Bruggi e Adriano De Cupis, além da jurisprudência pátria, formulações de regras que permitiriam compreender a realidade de forma mais justa possível.

Em 1947, a 6ª. Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao dar provimento ao recurso de Apelação de n. 9.650⁴⁶ reformou a decisão do juiz "a quo" que julgou procedente a reparação de dano moral de Guilhermano Aragonez de Faria contra o "Diário da Noite S.A.", porque este teria publicado fato falso acarretando-lhe:

"profundo dano moral, do qual decorrem efeitos patrimoniais consistentes na necessidade de enfrentar despesas respeitáveis para seu tratamento, impossibilitando-o durante meses de ir trabalhar"

O Relator Desembargador Henrique Fialho amalgamado no positivismo jurídico enfrenta a questão; a uma, repudiando a indenizabilidade de danos morais por não estarem contemplados em lei, e a duas, por não ter produzido provas de que houve realmente prejuízo de ordem material.

Aqui merece atenção a afirmação realizada pela autora Rosa Nery⁴⁷ quando analisa o trabalho de criação do juiz ao proferir uma decisão acerca de um caso concreto, onde afirma que há uma inerente dificuldade de superar as "crises do envelhecimento" de um direito que existe, sem que haja o rompimento que viria superar o *anacronismo* entre a lei e a vida, esta vista como sistema em mutação.

⁴⁶ In Revista Forense, Volume 129, 1950, p. 472.

⁴⁷ Op. Cit., p.66

Nessa mesma época o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁴⁸, através de sua 1ª. Câmara Civil dava provimento a outro recurso sobre a reparabilidade do dano moral, sobre o fato de que um Clube social não poderia eliminar seu membro sem motivo justificado, pois lhe acarretaria humilhação que abalaria o conceito íntimo diante dos outros e da sociedade, diminuindo aos olhos dos que o conheciam, abalando-lhe o nome e conceito no meio em que vivia.

Desta forma os julgamentos vão se posicionando de forma diferente, rompendo com dogmas e percebendo a pessoa em sua integralidade.

Analisando até dez anos antes, pode-se ver que a indenização aos danos morais é defendida por juízes de cunho profundamente naturalista, uma vez que para os positivistas o império da lei obriga sob seu manto o repúdio absoluto do regramento e da aplicação legal a casos não previstos em lei.

Em 1938, o julgamento na 4ª. Câmara Civil do Tribunal de São Paulo foi, por votação unânime, contra a indenizabilidade de danos morais sofridos pela família de Annibal Cajado, contra o Banco do Estado de São Paulo, apelação de n.º 1.020⁴⁹, em virtude do chefe de família, respeitado funcionário do Banco, ter sido preso injustamente, por ordem do próprio Banco, como estelionatário. Após provada sua inocência, Annibal, "*acabrunhado*" pelas "*torturas morais decorrentes de sua prisão*", veio a falecer vítima de uma "*paralisia geral progressiva*".

O Tribunal não vislumbrou danos morais, e muito menos, a relação da morte do funcionário do Banco com o evento, uma vez que o mesmo morreu vitimado por sífilis; sendo que também não restou provado que ficou sem emprego à "*mercê da má repercussão, no nosso meio, de sua prisão*".

Afirmou-se que a atitude do Banco não foi ilícita, uma vez que qualquer pessoa que se sinta prejudicada pode indigitar à polícia a suspeita do autor de um delito. No caso analisado, o Banco não chegou a oferecer queixa para a autoridade judiciária e tão-somente à autoridade policial deu a queixa, razão pela qual não se configura "*queixa no sentido jurídico ao rigor da lei*", portanto o Banco não havia causado qualquer dano, seja para a vítima, seja para sua família, não devendo portanto ser obrigado a indenizar.

⁴⁸ In Revista Forense, Volume 126, 1949, p. 497.

⁴⁹ In Revista dos Tribunais, Volume 113, p. 738.

Nesse mesmo período, o Tribunal de Alagoas também nega a indenização por dano moral, a João Gomes de Andrade Jambo, porque no dia 17 de outubro de 1931, ao embarcar no ônibus da "Companhia Força e Luz do Nordeste", foi "arrancado" do mesmo pela manobra efetuada por preposto da ré.

Afirmam os julgadores, que estava devidamente demonstrado que o atropelamento sofrido pelo réu é de responsabilidade exclusiva da empresa de transporte e, portanto, deveria esta responder por danos conseqüentes, uma vez que não cumpriu sua missão de transportar são e salvo o passageiro ao ponto de seu destino, conforme a legislação vigente.

Quanto aos danos morais, estes não são indenizáveis segundo o direito posto, de caráter positivista, não admitindo outras interpretações.

Percebe-se aqui que o juiz, na sua atividade interpretativa, traz sempre algo de si mesmo, da cultura e da tradição em que se insere, preenchendo dessa maneira o conteúdo da norma, dando, no fundo, continuidade ao seu processo formativo.

As relações sociais cada vez tornam-se mais complexas, e o papel do judiciário, mais do que nunca, está revestido de uma importância extraordinária, maior do que a da doutrina, conforme colocação de Felipe Navia Arroyo⁵⁰, que antevê na postura dos tribunais, uma posição de destaque nas conseqüências da aplicabilidade do direito.

Em matéria de dano moral, os julgados dos tribunais, têm sido o termômetro que mede a exigência social de proteção dos direitos individuais, segundo as aspirações e anseios da sociedade em um determinado momento de sua história, porque mesmo diante da impossibilidade do direito de conter uma regulamentação de toda conduta humana, o juiz percebe a necessidade de estabelecer certos mecanismos integradores.

Seguindo essa linha de raciocínio, percebe-se que nos anos que seguiram aos de 1950 aparecem com mais freqüência julgados onde se admite a

⁵⁰ ARROYO, Felipe Navia. *Estudio Sobre El Daño Moral*. Editorial Elocuencia, 1979, Bogotá, pgs. 89/155.

reparabilidade do dano moral, mesmo que atrelado ao prejuízo patrimonial, como o acórdão de n. 42723, julgado em 08.01.1960⁵¹, em cuja ementa assim admite os danos morais:

"Se repercute na economia popular, causando prejuízo, há que o responsável responder pelas indenizações de direito".

A preocupação do restabelecimento da situação da vítima que foi prejudicada pelo dano, ainda é vista sob o aspecto estritamente econômico, unido ao dano patrimonial de tal forma que se avalia o dano em conjunto, sem apreciar o dano moral e seus evidentes prejuízos de caráter moral.

Paulo Dourado Gusmão⁵², que em 1950 era membro do Ministério Público da Justiça do Distrito Federal, salientava que o apego à segurança jurídica em detrimento da justiça, aliada ao objetivo de tentar limitar a interpretação do juiz ao analisar um caso concreto, fazia com que a lei produzisse efeito contrário ao aumentar de forma considerável a atuação do julgador, que amalgamado no artigo 5, da Lei de Introdução ao Código Civil, deteria o poder de conceituar e interpretar o direito através de uma ótica individual e assim, aplicar a norma segundo esses parâmetros.

Nesse condão salientava que o conteúdo interpretativo variaria com o tempo em função da ideologia dominante da época, pois, ao atender a finalidade social ao interpretar a lei, o juiz estaria colocando em permanente transformação a vontade da norma para que pudesse atingir o objetivo social a que ela se endereça.

Atentando-se aos julgados da metade do século passado percebe-se uma preocupação constante do judiciário, em relação a reparabilidade dos danos morais e em sua interpretação, principalmente em não extrapolar os limites legais, conforme atesta Gusmão.

O Ministro Relator Arthur Marinho⁵³, do Tribunal Federal de Recursos, ao esclarecer seu voto, asseverou que se sentia no dever de "*prestigiar um estado*

⁵¹ CD JUIS, op. cit.

⁵² GUSMÃO, Paulo Dourado. *A interpretação da lei no Direito Positivo brasileiro*. In RT, março de 1950. p. 43.

⁵³ In Revista Forense, março de 1950, p. 126.

adiantado do direito" sobre a reparação de um mínimo para o dano moral, que embora preconizado e reconhecido pela doutrina, não encontrava ainda guarida total no judiciário brasileiro.

Nessa cadência, o Ministro Marinho⁵⁴, explica em seu voto a favor do reconhecimento e, por conseguinte, da indenizabilidade dos danos morais, inferindo que:

"quando alguma lei especial faz arremesso no tempo e legitima uma indenização (...) eu me sinto no dever de prestigiar esse estado adiantado de direito (...) a explicação que devo, não como divergência de fato ou o que for, mas como situação em que me coloco com perfeita consciência do que pretendo votar".

Diante das normas e da própria consciência de ser juiz, ao saber que é seu dever proteger o direito e a moral, esse direito que permite ao homem sobreviver de forma melhor, o julgador permanecia diante de um instituto jurídico que não é controlado e definido por um conjunto de normas e regras que possibilitem a imposição, a aplicação da lei no caso concreto, de forma tranqüila e pacífica, sem entrar em confronto com os princípios do direito e da jurisprudência dominante.

Como o Direito é uma ciência de fatos humanos, e estes são inúmeros em suas formas de manifestarem-se, os juízes sentem esse fardo pesar-lhes ao serem obrigados pela função que exercem, a portarem-se sempre de forma justa e fiel na interpretação da lei, em confronto diuturno com fatos inumeráveis para que a justiça cumpra sua tarefa essencial, conforme afirma Fernando Arrieta Charry.⁵⁵

Os anos 50 e 60 foram marcados por diversos processos no âmbito dos danos morais, de forma mais variada; e nesse patamar, já tomando como apoio, os julgados dos anos anteriores dos Ministros Lafayette de Andrada e Orozimbo Nonato, incentivadores e estudiosos das medidas que permitiam reparar os danos morais.

⁵⁴ op. cit., p. 127.

⁵⁵ CHARRY, Fernando Arrieta. In *Revista Judicial República de Colômbia*, Palácio da Justicia, Santa Marta, número 40, Colômbia, 1994, p. 186.

Neste período principiam as demandas de danos morais oriundos das relações comerciais, como por exemplo, no recurso extraordinário de n.º 17592⁵⁶, em que Antídio Almeida Junior interpôs demanda contra o Banco Hipotecário e Agrícola de Minas Gerais, por danos morais causados por protesto indevido de um título de crédito.

O tribunal, através do Relator Ministro José Linhares, afirma que os artigos 159 e 1531 do Código Civil não foram violados, e o decreto n.º 2044, artigo 20, que disciplina o Direito cambial sequer chegou a ser questionado, posto que em tal caso discute-se a responsabilidade civil em razão de dano, e nessa cadência, afirmou o Ministro, a citação do acórdão carreado ao recurso não passou de uma "*citação imprecisa*".

O Ministro Linhares afirma ainda em seu voto que, a responsabilização civil de casos correlatos, já havia sido decidida anteriormente, como, por exemplo, no Recurso Extraordinário 12.039, por danos morais, uma vez que o Tribunal mineiro decidiu exatamente nos moldes do Supremo; embora tenha havido o voto vencido do Ministro Orozimbo Nonato, que reconheceu ser na doutrina um problema "*tormentoso*" quanto à questão dos danos morais, e deveria ser julgado de forma a concretizar-se em lei:

"tanto que o projeto de leis e obrigações teria nele sido inserido" e arremata "a maior dificuldade para o ressarcimento de dano moral é a falta de correspondência no critério para avaliação patrimonial".

Ressalta-se nesse ponto a dificuldade de estabelecer uma tônica comum dos julgados do Supremo ao assentarem jurisprudência sobre os prejuízos materiais como reflexo dos danos morais.

Os julgadores ficavam sem uma representação exterior tangível pelo fato de estarem tratando de sentimentos, cuja manifestação como dor, sofrimento, pesar, tristeza, não podiam ser constatados e valorados objetivamente, além do que, apresentam diversos graus de intensidade de pessoa para pessoa; e nessa cadência, os julgados apresentavam votos inibidos no momento de usar o livre-

⁵⁶ Home Page oficial do STF www.stf.gov.br - jurisprudência (inteiro teor)

arbítrio e estimar de forma prudente, com base nas circunstâncias de cada caso, uma reparação pecuniária.

O Recurso Extraordinário de n.º 1714⁵⁷ traz um pedido de indenização patrimonial e moral pleiteado por atropelamento e morte de filho menor.

O Ministro Luiz Gallotti, ao proferir seu voto, afirmava que a indenização para ser julgada procedente precisaria que fosse provado nos autos o dano, e que os acórdãos divergentes juntados afirmassem que o dano moral em si não é indenizável, o que se indeniza na verdade é a "*privação de um auxílio eventual*" que este filho pudesse vir a prestar à família, porque o sofrimento, a dor ao se perder um filho é completamente irreparável.

Fundamenta que o preceito contido no artigo 1537, inciso II do Código Civil, determina apenas a indenização de uma prestação alimentícia a quem o defunto os devia, ressaltando-se assim como dispositivos legais enfrentados, os artigos 76 e 159 do Código Civil.

Diante desse dilema quanto à reparação pela perda de um filho, não havia como negar que havia dor e havia o sofrimento de um pai, as circunstâncias dos fatos já falavam por si, e ao juiz incumbiria a missão de determinar que esse interesse seja protegido e seu dano seja indenizado.

Contempla-se ainda no Recurso Extraordinário de n.º 19272⁵⁸, julgado em setembro de 1952, o caso de vítima de um acidente de bonde que teve a perna amputada, ao pleitear a indenização por danos morais, o que Ministro Relator Mario Guimarães, justificando seu voto contrário a reparabilidade de tais prejuízos, afirmou que dar um dote à autora, sob a alegação que está sendo dada uma indenização por dano moral, é desobedecer aos parâmetros impostos legalmente.

Baseando seu parecer no artigo 1538, parágrafo 2º. do Código Civil, para justificar seu repúdio a reapração dos danos morais, afirmou que a lei não acolhe a finalidade que se entrevia nos autos, sendo firme a lei em estabelecer que se a mulher for solteira ou viúva, ainda capaz de casar, e encontrar-se aleijada ou com

⁵⁷ Home Page Oficial do Supremo Tribunal Federal. www.stf.gov.br

⁵⁸ Home Page Oficial do Supremo Tribunal Federal. www.stf.gov.br

deformidade que torne isso impossível, daí sim, teria o direito a um dote; caso em que a autora, já sendo casada, não precisa dessa indenização, porquanto não se vislumbrou na espécie o dano moral causado pela perda de sua perna.

Vê-se que ao interpretar os danos morais pela perda da integridade física o juiz não dialogava com as regras, mas fazia cumpri-la de forma mecânica sem buscar novas alternativas e sem inovar.

Os danos morais oriundos de lesões deformantes eram vistos como danos puramente patrimoniais, posto que não se via nenhum sofrimento interior imposto à pessoa, que perdia parte de seu corpo. Neste sentido o Ministro Orozimbo Nonato utilizando de todo esforço em interpretar a lei de forma a reparar os danos morais, e em permanente discussão com seus pares, formava um sistema de interpretação baseado em doutrina nacional e estrangeira na esperança de convencer seus pares, desta nova alternativa dentro deste sistema rígido, que não se adaptava as mudança sociais e que não conseguia superar o anacronismo de leis que comprometiam o objetivo do Direito, enquanto guardião da justiça.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DEFORMIDADE FÍSICA - FALTA DE PREJUÍZO PARA A VITIMA - NÃO INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 18.316 - DISTRITO FEDERAL (Embargos) Ementa: Responsabilidade civil; a indenização está subordinada a juros simples a partir do evento. Deformidade de que não resultou prejuízo para a vítima, não é indenizável. Acórdão Vistos, etc. Relatório O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO – (...) dispondo-se a compensar o caso estético sofrido pela vítima do acidente ora recorrente, portador de uma marcha claudicante, a sentença, que o acórdão confirmou, já houvera por bem computar verba para aquisição de aparelhos ortopédicos. (...) E se no caso resulta defeito orgânico, a claudicação, por exemplo, ocorre prejuízo potencial, que o autor do evento indeniza em qualquer caso, através de arbitramento. (...)esforçada na lição de juristas de prol: Sondat, Marcand, Chirosi, Planioel e Rippert, Lalon, Aguiar Dias, Carvalho Santos. Exato que a ilicitude do ato, a "contrariedade ao direito" é, no caso, o elemento primeiro exigido, lembrando Espínola "Dir. Civ. Brasil, II, pág. 688", a lição de Ferrini: "... la lesione dei diritti non consisti (nè puó altrimenti consistere) che nella

negazione del diritti modesimo." Mas, posto ocorra ela em direito civil, se toma insignificativo sem o "prejuízo", sem o "dano". Como escreveu Minozzi: "... altre la culpa... un altra condizionale per parte dei soggetto passivo viene a limitare il campo del diritto al rioancimento, e tale condizionale consiste nel damno. Il soggetto passivo deve a ver risentito damno" (Studio Sul Damno, § 19). No mesmo sentido, Baudry e Barde: "Per definizionale li risarcimento del damni suppone essenzialmente un pregiudizio" (Oblig. vol. I, n.º 477). E, ainda, Demogne: "Le dernier élément necssaire pour qu'il y aît lieu à reparation, est un damage... Le príncipe mène ne donne lieu à aucun doute" (Oblig., vol. 4, n.º 383). Não dou indenização pela deformidade cujo prejuízo não foi comprovado. ERE 18.316 - Distrito Federal.

Nessa época também, convém trazer à lume o julgado do Tribunal Federal de Recursos, que estabelecendo indenização por danos morais ao pai que perdeu dois filhos em acidente nas dependências do exército brasileiro, teve sua tese reformada pelo Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário n.º 29447⁵⁹, de 1958.

O fundamento do Ministro Afrânio Costa, em seu voto contrário, pauta-se na firmeza jurisprudencial do Supremo que repele a indenização por danos morais por não estarem positivados em nosso Direito, embora reconheça que havia desde então acórdãos considerados, segundo sua opinião, "*discrepantes*" com a postura firme e exata do Supremo.

O ministro Ribeiro da Costa afirmava ainda que reconhecia o dano moral, mas no caso, o pai teve muito mais um dano material, que pela sua amplitude, acaba por absorver o dano moral, já que perdeu dois filhos que poderiam sustentá-lo na velhice e prover o lar paterno.

O Ministro Hahnemann Guimarães reconhece que há dano moral, mas que este não pode ser indenizado por dinheiro algum.

E dessa forma, julgam pela improcedência do pedido.

⁵⁹ Home Page Oficial do Supremo Tribunal Federal. www.stf.gov.br EMENT VOL-00376-02 PG-00528.

Neste mesmo período, também o Recurso Extraordinário 35338⁶⁰, de 1957, guarda alguma semelhança, porque um pai pleiteou de uma empresa estatal a indenização por acidente que vitimou sua filha de tenra idade.

O Supremo afirma que a doutrina é vacilante e a jurisprudência também, estabelecendo uma falta de segurança para que possam afirmar que deveriam ser indenizados os danos de ordem moral no caso em julgamento, e assim indeferem o pedido.

O que temos então neste sentido, já em fins dos anos 50? Um dos aspectos bem patentes nas decisões apreciadas prende-se na íntima associação feita entre o direito positivado que se fortalece e podemos afirmar que praticamente ocupa afinal o lugar de topo.

E isto porque, no fundo, os próprios tribunais, embora dêem por vezes sinais de adesão a uma configuração hierárquica rígida e unidireccional do sistema jurídico, mostram sentir dificuldades em conciliar essa rigidez com a fluidez e diversidade dos casos concretos e, bem assim, com a necessidade de encontrar um conteúdo concreto para conceitos tão vagos como a reparação à moral.

Aliás, parece que, em alguma medida, a utilização de expressões “embora reconheça a dor” “pela sua amplitude o dano moral fica absorvido pelo material”, “reflexos do dano moral” serve também para iludir alguma dificuldade de fundamentar a decisão de forma objetiva.

Na realidade, não é tarefa fácil averiguar o que seja o “espírito jurídico dominante” numa determinada época e dentro da comunidade jurídica, por forma a alcançar o conteúdo histórico concreto do princípio da indenização dos danos morais. Esta dificuldade é inevitável e, de certa forma, inerente ao elevadíssimo grau de abstração que um tal princípio comporta se considerado em si mesmo.

O Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, Amaro Alves de Almeida Filho⁶¹, apontando os diversos preceitos existentes àquela época e a confusão que se faz ao tentar conceituá-lo, uma vez que segundo a literatura jurídica, a indenização do dano moral é identificada apenas pelo reflexo direto no patrimônio

⁶⁰ Home Page Oficial do Supremo Tribunal Federal. www.stf.gov.br EMENT VOL-00333-03 PG-01117.

⁶¹ In Revista dos Tribunais 332/26, junho de 1963.

da vítima, consegue resumir esta primeira metade do século XX, afirmando que: a principal contestação dos juízes e doutrinadores contrários ao ressarcimento do dano moral, diz respeito à impossibilidade de valorar-se as perdas ligadas ao afeto, à moral ou à imagem pessoal.

No entanto, aqueles que a ela são favoráveis, apesar de concordarem que dor não tem preço, salientam a impossibilidade de se estabelecer uma compensação em relação à mesma; e nesse diapasão não reparam os danos morais.

Analisar os prejuízos de ordem moral nunca foi tarefa fácil aos juízes, porque exige um esforço de abstração, generalização e dedução incansável. E nessa cadência, apropriar-se de conceitos morais com a racionalidade exigida pelo sistema legal e institucional de um período longínquo, leva o julgador a ter como finalidade essencial a legitimação dessa regra jurídica, de modo a empregá-la de forma justa e ponderada, trazendo à baila o reflexo amplo que o conceito de justiça tem.

Essa dimensão legal de justiça deriva de um cálculo de proporcionalidade e de equidade a ser realizado pelo julgador, de forma imperativa, pelo fato de que apenas as leis pré-determinadas são insuficientes para regular a vida do homem em sociedade.

A realidade dos tribunais é esta: um processo vivo e interativo onde o julgamento deve ser visto, em sua expressão instrumental, principalmente quando trata-se de assunto como os danos morais, porque é nessa seara que pode ser vislumbrada a importância de perceber o judiciário, como importante instrumento de acesso à ordem jurídica justa.

No início do século passado, a dignidade, a moral, da pessoa humana não havia ainda sido consagrada pela Constituição como um dos seus direitos e garantias fundamentais. A base de todos esses valores morais, como direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade eram protegidos desde 1917 pelo Código Civil.

Concluindo, infere-se como consequência, que a configuração da indenizabilidade do dano moral teve que ser construída, conforme vislumbrado

pelos julgamentos que deixaram registrados na história do Direito brasileiro o caminho percorrido nessa interpretação e na integração do sistema geral e com base nos princípios do Direito.

A existência de um precedente que deva ser modificado mediante nova análise, conforme coloca Adeilda Coelho de Resende⁶², traz nos julgados dos primeiros cinquenta anos, sob análise, a evidência de uma linguagem em textura aberta que irá permitir uma interpretação das novas combinações, circunstâncias que possam surgir no caso concreto, uma vez que, sendo inviável aos legisladores o conhecimento de todas as circunstâncias futuras ou produções de regras detalhadas, sempre deixarão ao aplicador judicial a responsabilidade de fazer a ponte entre o direito e a sociedade.

Na impossibilidade de dar solução única e pacífica aos casos concretos apresentados, os juízes ficaram adstritos aos parâmetros legais, e a interpretação é derivada dos julgados anteriores, sem criação de novos padrões, com exceção da doutrina e dos novos caminhos abertos pelos juízes da lavra de Orozimbo Nonato, Serpa Lopes, e juristas, como Aguiar Dias, e tantos outros.

Nos primeiros cinquenta anos, nota-se a falta de pluralidade de princípios e regras, utilizada pelos juízes, com o objetivo de tornarem-se aplicáveis à reparação dos danos morais, porque seria inviável demonstrar uma única decisão certa, no entanto, pode-se elaborar um produto razoável nesse contexto, fazendo-se uma eleição imparcial (não há julgamento moral), pois a finalidade precípua desse esforço é fazer a justiça em meio a interesses conflitivos.

Encerrando o ciclo da primeira metade do século XX, o Ministro Seabra Fagundes⁶³, em artigo publicado no período de 1949, consegue ofertar um quadro do judiciário dessa época, ao afirmar que muitas contribuições foram dadas pela jurisprudência, pelo trabalho criador, ao dirimir as controvérsias sociais, embora em um trabalho lento e cauteloso.

⁶² RESENDE, Adeilda Coelho de. *A Hermenêutica de Hart-Dworkin e a Discricionariedade do Juiz*, in home page oficial da Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro, Brasil.

⁶³ FAGUNDES, Seabra. *Contribuição da jurisprudência à evolução do direito brasileiro*. In Revista dos Tribunais. Volume 126. pgs. 18/24.

De 1912 até 1960, os julgados conquistaram uma via nova de salvaguardar o litigante contra os inevitáveis azares da justiça humana, dando a cada um o que é seu, segundo a fórmula romana.

Nesse sentido, o Ministro Fagundes, vê na contribuição do tribunal mineiro, a imposição da indenizabilidade dos danos morais, e aponta um julgado sobre a demolição de um jazigo, ainda que feita com propósito urbanístico, e termina frisando que:

“a elaboração jurisprudencial não é trabalho exclusivo dos tribunais, embora seja sua fase culminante; mas, procede-a, a contribuição doutrinária dos que comentam e sistematizam princípios, discutem e criticam e aventam soluções”.

O estudo crítico, comparativo das regras do direito nacional e dos institutos de direito universal, deduzem sugestões valiosas para aplicação objetiva da lei por parte dos juizes.

Termina, frisando que:

“no Brasil desde todos os pretórios, das pequenas comarcas do sertão até às tumultuosas cidades litorâneas, espelham as agruras dos seus moradores, o desajustamento da vida familiar, a opressão econômica, os imprevistos da gestão comercial, sugerindo assim soluções para todos os matizes da vida em comunidade.”⁶⁴

⁶⁴ op. cit. p. 24.

CAPÍTULO 3

1960 à 1980 – MOMENTO DE DECIDIR – O RACIOCÍNIO REVELADO NA PRÁTICA COMO SUCEDÂNEO DA AMPLITUDE E DA INDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE DANO MORAL

“Pode o juiz contribuir para que essas agruras se mitiguem e as normas do viver democrático se apliquem e se guardem? Pode e deve fazê-lo, não, porém, na medida de seus desejos ou de seus pendores pessoais, mas nas exatas linhas traçadas na Lei Maior. Assim, nosso julgamento não vai exprimir, ao que penso, a palavra do Supremo sobre a regularidade e muito menos a conveniência ou o acerto da providência contra que se rebela o Impetrante, na defesa de seus direitos.”

(Orozimbo Nonato)

Os julgados sobre indenização de danos morais vão a cada dia aumentando nos tribunais, e a partir do final dos anos 60, a multiplicidade de situações geradoras desse prejuízo formam um leque de caminhos diversificados a serem percorridos pelos juízes de todos os tribunais, exigindo a cada dia uma visão mais arrojada.

O desafio está presente: a pessoa deve ser considerada como valor supremo do Direito, e assim ser reconhecida como protagonista deste processo, e baseado neste fundamento, que o jurista perunano Carlos Fernández Sessarego⁶⁵, enfatiza a tutela integral como consequência de sua revalorização no âmbito jurídico.

Os julgadores, muitas vezes, não têm como negar que houve um prejuízo nessa esfera, como por exemplo, no Recurso Extraordinário de n.º 28161⁶⁶, onde

⁶⁵ SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Derecho y persona*, INEL SA, Lima, 1990, p. 101.

⁶⁶ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br EMENT VOL-00253 PG-00235.

uma mãe pede indenização pela morte do filho de sete anos ocorrida quando ambos estavam passeando pelas ruas da capital do Pará, e a criança, inesperadamente veio a cair em um bueiro, falecendo em seguida.

O Ministro Relator Augusto Rangel Borborema não nega a existência do dano moral, e reafirma sua posição com as bases doutrinárias e jurisprudenciais utilizadas pelo Supremo nos votos favoráveis do Ministro Orozimbo Nonato (voto vencido no citado recurso), então Presidente do Supremo, e do jurista Aguiar Dias, embora não admita a reparação cumulada de danos morais e materiais, argumentando que se houver o último não há que se indenizar os danos morais.

No Recurso Extraordinário de n.º 12.039⁶⁷, proveniente de Alagoas, o Ministro Lafayette de Andrada, como relator, fundamenta sua assertiva nos artigos 159, 1518 e 1537 do Código Civil, combinando-os com os artigos 396 e 397 do mesmo Código, para julgar o pedido de indenização de danos morais, provenientes da morte de uma criança de treze anos, onde afirma que o menor não exercendo profissão alguma, ao contrário, sendo fonte de gastos com estudos, roupas, comida e livros, pois era ginásial, não teria o que se falar em indenização moral, alertando que se assim fosse abririam-se as portas para

"especulações desonestas, acobertadas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos".

O Ministro Orozimbo Nonato, antevê o problema que é colocado nas mãos do juiz sobre o poder de arbitrar em determinado caso uma reparação que, tem como fundamentos, a sensibilidade e a interpretação da lei civil, que para os Ministros dos tribunais, era considerado um ato de inconstitucionalidade.

Covém neste ponto fazer uma inferência com relação aos acórdãos trazidos à colação deste trabalho, e pontuar algumas notas que vão tornando-se cada vez mais nítida à medida que avançamos neste trabalho.

Os requisitos necessários para que se proceda a reparação dos danos morais se dividem em dois elementos: o primeiro que consiste na demonstração do dano, como se ocasionou, e a outra que este dano seja consequência de um

⁶⁷ Revista dos Tribunais, Volume 244, 1956, p. 629.

ato ilícito, já que a ausência de qualquer uma destas duas vertentes impede que se gerado a obrigação de indenizar

Percebe-se pelos acórdãos compilados que a compreensão não é um processo puramente receptivo, é sempre antes do mais uma compreensão de si mesmo por parte do sujeito que compreende. Só entrando ele mesmo no horizonte de

compreensão, com toda a tradição de que é portador, conseguirá fundamentar a decisão "intuitiva" inicial que ele toma ao contatar com o caso.

Ora, esta consciência traz o peso da tradição, da herança cultural no modo de decidir do sujeito aplicador do direito, e está bem presente em muitos dos acórdãos citados, em um e outro ponto em que se evidencia a influência do pensamento juscivilista, como critério decisivo de balanceamento de direitos fundamentais conflitantes⁶⁸.

O Desembargador do Tribunal de Justiça, Edgard de Moura Bittencourt⁶⁹ - em artigo publicado pela "Folha da Manhã", no final dos anos 60 assim se manifesta:

"(...)os tribunais sempre encontram uma solução para escrever um artigo onde afirma que todo dano deve, com seguridade, ser reparado, mas, que os danos morais são impossíveis de serem auferidos e arbitrados em soma de dinheiro, e pergunta: seria então indenizável? Como é sabido, não há responsabilidade civil sem dano. Dano real, efetivo ou potencial, eventual mesmo, mas não hipotético. Responsabilizar o autor material do dano. Isso, porém, não importa nesta nota, e várias e complexas seriam as considerações, se tivesse que ser enfrentado o assunto. Cuida-se apenas de uma espécie de prejuízo - o moral. A indenização se faz na restauração do "status quo" nem sempre, porém, possível, quando então, dar-se-á através da reposição em dinheiro. O dano material não apresenta grande dificuldade em sua estimativa. O dano moral, porém, é impossível de ser resumido em soma pecuniária. Será então indenizável? Eis a dúvida no nosso Direito. O Código Civil Brasileiro refere-se a casos de dano moral,

⁶⁸ Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 1997, p.574

⁶⁹ Revista dos Tribunais, volume 268, fevereiro de 1958, p. 837

como a injúria e a agravação na honra da mulher. Não obriga, genericamente, a indenização do dano moral, ao contrário de alguns Códigos estrangeiros. O principal colaborador do nosso código, Clóvis Bevilacqua, chega mesmo a afirmar que a lei afastou a reparabilidade do dano moral quando o julgou inestimável. Na jurisprudência do país, Pedra Lessa foi, se não o primeiro, pelo menos o mais autorizado defensor da reparação do dano moral. Atualmente, diversos magistrados seguem esse rumo; muitos continuam estacionados na interpretação de Clóvis. Há ainda uma corrente curiosa: admite a reparação do dano moral, quando este tem reflexo no patrimônio do ofendido. Ilogismo puro, pois, nessa hipótese, é o próprio dano material que estará sendo indenizado, posto que por via oblíqua."

Alicerça seu argumento apontando o Código Civil Brasileiro, que estabelece os casos em que há dano à moral, à honra da mulher, injúria, e não abriga "genericamente", como em outros códigos, o termo "dano moral", para todos os danos que afetem a honra de toda pessoa.

Afirma que mesmo o autor de nosso Código, Clóvis Bevilacqua, chega a a ser anacrônico em seu sentir sobre a amplitude dos danos morais, afirmando que somente serão ressarcíveis se passíveis de reflexos patrimoniais.

Crítica os juizes que julgam somente a possibilidade da reparação dos danos morais enquanto reflexo dos danos patrimoniais, e o que aí estaria sendo indenizado na verdade, seria o dano material, sem dúvida, e assim chama de "ilogismo puro".

Assevera inclusive que é

"indigno procurar traduzir uma dor íntima ou um sentimento de honra em cifras de cruzeiros",

Mas, esse problema é da vítima dos danos morais; se ela encontrar consolo num pedido material, caberá ao juiz a satisfação solicitada, pois negar seria cruel e injusto, se para quem cabe a punição senão ao culpado, e a quem cabe julgar, senão ao juiz, um árbitro prudente, e ciente de seu dever social e legal.

Censura a postura de alguns juizes, esposada na época, ao afirmar que as dificuldades de arbitrar um dano que não se vê, de foro íntimo, é mais uma das muitas dificuldades que o juiz enfrenta em seu dia a dia, podendo nesse diapasão até que errar, pelo fato de ser humano e como tal, ser falível, mas deixar impune um culpado e uma vítima desconsolada seria um erro sem reparo e sem perdão.

Ora, este trabalho não pretende detectar, em grande parte dos acórdãos referidos, um modo de raciocinar que vai ter o condão de explicar a concepção exata do judiciário, suas transformações e inovações.

Na verdade, trata-se de pontuar alguns julgados para que possa ser percebido como foi sendo desenvolvido o julgamento sobre os danos à moral, e neste sentir entrevemos que o princípio do Direito Civil, é utilizado ora como auxiliar interpretativo na determinação do conteúdo dos direitos à reparação apenas aos danos materiais que concretamente estejam demonstrados, ora como "pedra de toque" para a fomentação de um dado conflito entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, ora também como fonte de direitos fundamentais não expressamente consagrados na Constituição.

Por outro lado, verifica-se um movimento de vai-e-vem entre o princípio jusnaturalista, os direitos fundamentais individualmente considerados e os fatos concretos apresentados. De tal modo que o próprio princípio constitucional e o artigo 159 do Código Civil de 1916 acabam por ver o seu conteúdo iluminado pela configuração dos diversos direitos fundamentais e pelas vicissitudes fatuais de cada caso.

Os tribunais acabam, pois, por assumir, aqui e ali, ainda que talvez de forma inconsciente (esta questão permanece em aberto), que a correspondência entre a norma positivada e o caso concreto só se tornará possível após ambos terem sido, respectivamente, enriquecidos com empirismo e normatividade, de tal maneira que se "correspondam", o que pressupõe uma identidade na relação de sentido entre eles.

No Recurso Extraordinário n.º 35558⁷⁰, o Relator Ministro Ribeiro da Costa, reconhece que a perda de um filho de tenra idade, que não trabalha, e mesmo não contribuindo para a economia familiar, deve ser indenizado.

Ao lado da postura da ressarcibilidade pecuniária do dano moral, o Ministro Ribeiro da Costa⁷¹ em voto no Recurso Extraordinário n.º 33429, não a recepciona como verba autônoma do artigo 1.537 do Código Civil:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL INDENIZAÇÃO - VIDA PROVÁVEL DA VÍTIMA - DANO MORAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 33.429 - DISTRITO FEDERAL. Ementa: Ação de Indenização por dano. Responsabilidade civil. Salário. Vida provável da vítima. Aferição. Pensões vincendas. Dano moral. Não conhecimento dos recursos. Acórdão. (...)a Indenização deve ser completa (...) é bem de ver que o acórdão local não repele a tese da ressarcibilidade do dano moral, limitando-se a proclamar que, no caso de homicídio, e, portanto, na espécie, a indenização compreende, de um modo geral, o próprio dano moral (...)Não é de ser atendido, destacadamente, para o fim de representar verba autônoma, no cômputo da indenização. Relator Min. Ribeiro da Gosta RE n.º 33.429 - Distrito Federal – STF.

O advogado do Distrito Federal, Reginaldo Nunes⁷², em artigo sobre a reparação dos danos morais publicado pela "*Revista dos Tribunais*", apoiando-se em Demogue e Stuart Mill, questiona sobre a razão de ordem filosófica ou social que há de ser considerada como princípio seguro para indenização do patrimônio moral.

Segue seu parecer asseverando que não é possível, que no direito brasileiro não haja igual respeito a indenização dos danos materiais com os danos morais.

⁷⁰ Home Page oficial do STF. www.stf.gov.br EMENT VOL-00333-03 PG-01117.

⁷¹ EMENT VOL-00289-02 PG-00631.

⁷² NUNES, Reginaldo. *Considerações sobre a reparabilidade do dano moral*. In *Revista dos Tribunais* Volume 237. pp12/16

Afirma ainda, que na legislação francesa e italiana admite-se a indenização dos danos morais puros, que a jurisprudência já reconhece tal reparação, e também no Brasil o jurista Aguiar Dias é voz consistente a esse favor.

Continuando seu artigo vê que neste sentido o Brasil caminha timidamente, mediante raras concessões e reticências, revelando o temor na afirmação da tese sobre a reparabilidade ou não dos danos morais.

Exemplifica, utilizando-se do julgado proferido pelo Tribunal de Minas Gerais, em decisão corajosa que indenizou os danos morais dos pais com relação à morte de sua filha de 5 anos, e, o fez movido desbordando a realidade jurisprudencial, e essa decisão certamente serviu para animar outros pretórios ao debate e ao reconhecimento da tese em toda a sua pureza, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal.

No Supremo, apesar da minoria dos julgadores serem adeptos da indenizabilidade dos danos morais, esta só poderia ser arbitrada quando não houvesse paralelamente a indenização por alimentos. Nesse condão, anteviam a impossibilidade de reparar os danos morais.

A falta de legislação com respeito aos danos morais, não poderia ser evocada, pois o artigo 159 do Código Civil supria esta lacuna, o que se opinava na época é a falta de legislação específica, e mais, legislação constitucional, e esse reclamo não respondia como alicerce seguro da negativa quanto à reparação dos prejuízos de ordem moral, passando a não ser motivo suficiente para não ressarcir os danos morais, porque essa premissa básica vai sendo amalgamada no início de 1970.

Exemplo dessa tendência é o Recurso Extraordinário de n.º 33429⁷³ onde os julgados anteriores são trazidos a lume, ainda de forma tímida, como fundamento a favor da reparação dos danos morais, que ainda são repudiados pela maioria dos Ministros do Supremo.

Nesse momento não negam mais a ocorrência do dano moral, apenas sua reparação, uma vez que não há expressa autorização em lei constitucional, e com base nesse pressuposto, o Ministro Relator Ribeiro da Costa afirma que o artigo

⁷³ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

1.537 do Código Civil já permite de qualquer forma a indenização dos danos morais, mas, que não deve ser entendido de forma autônoma para efeitos de reparação.

A mudança do rumo dos julgados do Supremo Tribunal pode ainda ser percebida pelo Recurso Extraordinário n.º 42723⁷⁴, de 08.01.60, cujo Relator era o Ministro Henrique D'Ávila, que julgou uma demanda sobre a indenização de danos morais por erro, onde a vítima ficou presa por homicídio que não cometeu e após mais de 30 anos é verificado e provado o procedimento errôneo do judiciário, e assim, pleiteada indenização patrimonial e moral:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DANO MORAL - INADMISSIBILIDADE DO SEU RESSARCIMENTO PERANTE O NOSSO DIREITO - IRMÃOS NAVES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 42.723 - MINAS GERAIS (...)Não é devida a pretendida indenização por danos morais. Decidiu nesse sentido o Pretório Excelso, Primeira Turma, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 11.198 em acórdão unânime de 30 de dezembro de 1946, do qual foi relator o eminente Ministro Barros Barreto. Também a douta Segunda Turma assim decidiu, por maioria de votos, em 6 de agosto de 1948, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 12.039, de acordo com o voto do eminente Ministro Lafayette de Andrada. Voto Conheço dos recursos pela letra d, mas para negar-lhes provimento. Erro judiciário não é "crime", não havendo, portanto, falar-se, na espécie, em juro compostos. Por outro lado, não é indenizável o dano moral considerado em si mesmo, conforme reiterada jurisprudência desta Corte". Audiência Publ. Acórdão 2-9-59. Relator Min. Nelson Hungria RE 42.723 - Minas Gerais.

Eis um problema a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal brasileiro, que como guardião da sociedade brasileira, vive a partir de 1960, uma história que toma novos rumos a serem impressos à economia brasileira, às instituições políticas, e é tida como o grande divisor de águas da sociedade civil.

Todo esse aspecto não poderia deixar de repercutir nos tribunais, tanto que o Ministro Relator Henrique D'Ávila à época, ao proferir voto histórico sobre o

⁷⁴ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

caso dos irmãos Nave, no Recurso Especial n.º 42723⁷⁵, afirma que o Supremo não indeniza o dano moral em si, mas somente o dano que repercute na esfera patrimonial da vítima, que deixa uma seqüela visível, provavelmente material, e no caso sob seu julgamento lhe pareceu patente que esses danos morais de fato deixaram demonstração cabal de prejuízo material, que a seu ver deve ser indenizado pela materialidade que reflete na vida do ex-presidiário, que perdeu sua vida, sua liberdade e seu patrimônio:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IRMÃOS NAVES - DANO MORAL - RESSARCIMENTO - DECISÃO MODIFICADA - JULGAMENTO ANTERIOR. EMBARGOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 42.723 - MINAS GERAIS. Ementa: Dano moral. Se repercute na economia particular, causando prejuízos, há que o responsável responder pelas indenizações de direito. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Extraordinário n.º 42.723, de Minas Gerais, em grau de Embargos. Embargantes Sebastião J. Naves e outros e embargado Estado de Minas Gerais. Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plena, à unanimidade, receber, em parte, os Embargos, nos termos das notas taquigráficas precedentes. Custas da lei. Distrito Federal, 8 de janeiro de 1960. - Lafayette de Andrada, presidente - Henrique D'Ávila, Relator. no moral a 25% do valor dos danos materiais - Quais seriam, portanto, os prejuízos sofridos pela injusta e ilegal condenação dos autores? Foram eles de ordem material e moral, indubitavelmente. O venerando acórdão embargado disse, abordando a jurisprudência, que o dano moral, considerado em si mesmo, não é indenizável. Tal afirmativa, é certa e irrecusável. Mas, em verdade, a questão não foi posta nestes termos pelo M. Julgador da Primeira Instância. A sentença, reportando-se ao laudo pericial, atribui a cada um dos injustiçados "a importância que lhe deve ser paga como indenização dos danos materiais que lhes foram causados pelos danos morais". Não se cogitou, portanto, do ressarcimento de danos morais, considerados em si mesmos. Mas, de suas naturais e indisfarçáveis conseqüências. Se o sofrimento moral é acompanhado de

⁷⁵ Ementário 418 (Seção Jurisprudência S.T.F.) Audiência Publ. Acórdão 13-1-60. Relator Min. Henrique D'Ávila ERE 42.723 - Minas Gerais Home Page Oficial do STF www.stf.gov.br

repercussão de ordem econômica, geradora de danos materiais ao patrimônio individual, é evidente que estes prejuízos devem ser devidamente indenizados. (...) Nestas condições, a indenização, para ser justa, nos precisos termos em que foi deferida em grau de revisão criminal, deve abranger todo prejuízo sofrido pelas pobres vítimas, que perderam a sua liberdade, vida e patrimônio. (...) É o meu voto, Senhor Presidente”.

Até aqui, parece estarmos perante um tribunal que determina ao juiz que se atenha a um critério exclusivamente “objetivo”, não se deixando influenciar pelo seu critério “subjetivo”. Esta perspectiva parece corresponder à posição da teoria da argumentação, contrariando dados essenciais da hermenêutica jurídica.

Um tal posicionamento prejudicava o encontrar de uma solução adequada, porque, pretende afastar-se da defesa de um método subsuntivo, neste ponto corre-se o risco de se regressar a ele ou a algo de equivalente. É certo que não se sustenta, no acórdão, a velha tese positivista segundo a qual o juiz só estaria sujeito à lei. No entanto, a convicção, por parte do juiz, de que pode proferir a decisão com base em critérios puramente objetivos, sem interferência de quaisquer juízos de valores pessoais é inconsistente.

Os anos 60 e 70 principiam com uma grande concentração de capital estrangeiro no País, que desequilibra o balanço de pagamento e o Brasil nesta época, já possui uma crescente dívida externa. A produção cultural é voltada para esse foco. E a reparabilidade dos danos morais também. O cidadão brasileiro é visto como uma pessoa partícipe do processo de aceleração econômica, e seu abalo moral agora é visto também como abalo econômico.

Os setores nacionalistas defendem um desenvolvimento autônomo, centrado no crescimento do mercado interno. A oposição quer ampliar a industrialização pela maior abertura do mercado aos capitais internacionais. A euforia desenvolvimentista aberta com o governo JK⁷⁶ reflete-se na vida cultural brasileira.

⁷⁶ ROHDEN, Henrique. *Conhecimentos Gerais - História do Brasil - Cultura na Segunda República*. Home Page pessoal de Henrique Rohden, buscador www.google.com.br

Esse período traz configurada a burguesia instalada em seu padrão de vida bem definido, e a classe operária, cada vez mais sufocada pela inflação e pelos baixos salários.

Nessa época, o Procurador da Justiça do Estado de São Paulo, Amaro Alves de Almeida Filho⁷⁷, em artigo publicado em revista especializada, afirma que as teorias do jurista Bento de Faria são confusas quando definem o dano como ofensa à honra e ao crédito que o cidadão, na sua consideração e afeições legítimas, fora dizimado por ato ilícito. E ao analisar um fato ocorrido, aproveita e tece com interpretação humanística o amplo aspecto dos danos morais:

"(...) aos pais das crianças, restava-lhes somente a dor, de recolher da via pública os seus despojos, macerados, sujos de terra e sangue, e, àquela mãe, que com tanto carinho dentro de sua pobreza criou os entes queridos somente restou pela última vez, vestir seus diletos filhos. Pode-se negar a existência dessa dor moral? E fica a Justiça de braços cruzados, por que o dano moral não deve ser indenizado? E o pai do menor que atropelou, continuará indiferente a gozar suas férias no hotel? E a sua culpa de entregar a filho irresponsável um automóvel perigoso para suas tropelias? Não deve a justiça colocar nos pratos de sua balança, uma família em cada prato, e procurar restabelecer o equilíbrio tão violenta e cruelmente violado? A ressarcibilidade do dano moral, servirá também para refrear o fenômeno atual do "play boy" que é o moço rico, vagabundo, que quer se divertir, ainda às custas das desgraças alheias. O que dizer-se de outras dores morais profundas, muitas vezes duradouras até o fim da vida? Não são assim, as lesões corporais de sexo, e o conseqüente sentimento moral de sentir-se diminuído perante os companheiros e abandonado pelas mulheres? (...) E o que dizer-se da morte ocasionada a um velho, que deixa sua esposa idosa, sozinha no mundo, quando ambos eram, um do outro, companheiro e enfermeiro, nessa idade em que os encantos dos passeios e festas já desapareceram, e a vida se resume à solidão a dois, dentro do lar? (...) As dificuldades que existem, não podem ser óbices que

⁷⁷ ALMEIDA FILHO, Amaro Alves de. *Dano Moral e o Código Penal*. Revista dos Tribunais. Volume 31, junho de 1965.

determinem à Justiça, cruzar os braços, não procurando sequer uma compensação, quanto mais aproximada possível, da lesão sofrida. Seria o caso de um médico que, em um desastre ferroviário, deixasse de socorrer alguns feridos, porque encontrasse pela frente mais de cem! (...)"

Afirma ainda, o procurador Almeida Filho, que se ficarmos buscando sempre o prejuízo econômico, como o abalo de crédito, jamais chegaremos ao cerne da questão dos danos morais, e o modo como deve ser indenizado; e citando Aguiar Dias e Minozzi, afirma que não é o dinheiro e nem coisa comercialmente redutível ao dinheiro que está sendo abalado, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria, a sensação experimentada pela pessoa, de dor, no seu mais largo significado, e salienta os ensinamentos de Manfredini e Giuseppe Bettiol, que essa dor é tão mais profunda e mais prejudicial que a patrimonial, que chega a alterar a personalidade da sua vítima, e muitas das vezes essa alteração não tem como ser ressarcida, e o patrimônio sim.

O Procurador ora citado, traz a lume a questão do dano moral em uma época de abertura de mercado e consumo incontrolável de bens pela classe alta brasileira, e revoltado com este caso ocorrido em São Paulo, descrito acima, afirma que os jovens autores do ilícito eram "*desses pertencentes à juventude conhecida como "play boy"*" que atropelou e matou duas crianças, irmãs, com o "*automóvel que dirigia imprudentemente*", descrevendo a dor que os pais sentiram ao ver os filhos mortos.

O Procurador Almeida considera que o homem somente encontra a verdadeira felicidade com bens materiais e espirituais; e desta forma como podem os tribunais então afirmar que as lesões de ordem espiritual, as lesões morais são passageiras, se a dor moral acompanha o homem pelo resto de sua vida?

Antevê ainda, e aqui ainda merece destaque, que a indenização dada a título de danos morais deve ser empregada conforme cada caso, que é assunto alheio ao julgador e ao ofensor, pois cada pessoa poderá fazer uso desse dinheiro, quer indo ao médico para reparar os males físicos e psíquicos, ou comprar uma tumba decente no cemitério, ou mandar rezar missas, criar um menor abandonado, comprar livros, viajar, visitar os pais e com eles trocar

abraços de saudades e de afeto, quer indo, enfim, aproveitar o dinheiro como melhor lhe parecer.

Conclui o Procurador de Justiça Almeida Filho, desse modo, ao afirmar que o direito sendo um regulamentador das relações do homem em sua convivência humana, como tal jamais poderá sob seu manto ser admitida a irreparabilidade de um dano que fira o homem e que este não tenha direito à reparação dessa lesão.

A par disto o Regime Militar é instaurado pelo golpe de estado de 31 de março de 1964 e se estende até 1985⁷⁸. O plano político é marcado pelo autoritarismo, supressão dos direitos constitucionais, perseguição policial e militar, prisão, tortura e assassinato de opositores, e pela imposição de censura prévia aos meios de comunicação.

De 1964 a 1978 são decretados 16 Ais (Atos Institucionais) que são mecanismos adotados pelos militares para legalização de ações políticas não previstas e mesmo contrárias à Constituição, e são editados neste período também os decretos complementares que transformam a Constituição de 1946 em uma colcha de retalhos.

Na jurisprudência, conforme demonstra o Recurso de Apelação de n.º 19.817⁷⁹, a discussão sobre a reparabilidade dos danos morais sem repercussão patrimonial começa a tomar corpo, neste caso trazido à guisa de exemplo, é solicitada indenização por danos morais e materiais devido à morte do filho e da esposa, que no mérito foi constatado que não concorria com o sustento do lar e assim descaberia qualquer indenização.

Traz-se este caso em particular, porque a discussão é sobre o ressarcimento dos danos morais puros, sem qualquer repercussão patrimonial, a qual o juiz Relator Amaro Martins de Almeida, argumenta que mesmo diante da construção expendida pelo jurista José de Aguiar Dias, em sua obra "Da Responsabilidade Civil", 2º. Volume, página 310 e seguintes, não há como conceber tal interesse.

⁷⁸ *Da Ditadura Militar ao Governo Collor*. Home Page da CLIO HISTÓRIA.

⁷⁹ In Revista dos Tribunais, volume 386. pgs. 309/311.

Registra-se ainda que o governo pode censurar os meios de comunicação e eliminar garantias de estabilidade do Poder Judiciário, conforme coloca Josiane Rose Petry Veronese⁸⁰.

Esses elementos somam-se ao fato de que o Supremo Tribunal começa a receber demandas sobre danos cometidos pelos meios de comunicação, reclamando danos de ordem moral, como por exemplo, no Recurso Extraordinário de n.º 63087⁸¹, de 1967, que tem como Relator o Ministro Evandro Lins e Silva.

A demanda tem como fundamento o artigo 81 da Lei 4117 de 27.8.62, Lei das Telecomunicações, uma vez que a vítima teria sido caluniada através de entrevista radiofônica, atribuindo-lhe a qualidade de "baderneiro" nos anos de 1930.

O relatório afirma que em entrevista datada de 18 de agosto de 1964, houve ofensa à moral da vítima e que o preceito legal vigentes desde 1962 visam tornar responsável civilmente quem se vale dos meios de radiodifusão para ofender honra alheia, e assim o objetivo da lei é evidente: evitar a impunidade no caso de calúnia e difamação pelos meios de rádio e televisão que propagam rapidamente essa notícia no meio social.

A Lei de Imprensa e de Telecomunicações, amplamente utilizadas nesta época, é agasalhada por um regime ditatorial, onde a moral preconizada na norma, é vista como a moral do Estado imposto pelas forças armadas, e não a moral lesada da pessoa ofendida.

Fortifica-se assim aplicação das leis que nasceram sob a égide de um momento histórico ditatorial, servindo mais de instrumento de repressão do que de instrumentos de proteção e segurança, das tutelas jurisdicionais que agiam como guardião dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Nesse período, o Supremo passa a admitir com mais freqüência a indenização dos danos morais embutida na indenização por danos materiais, aquilatando que nos cálculos da indenização patrimonial já estão contidos os

⁸⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. *O Poder Judiciário: instrumento de transformação social?* REVISTA 30 - Ano 16 - junho de 1995 - p. 37-44 - UFSC - Coordenadoria de Pesquisa do Centro de Ciências Jurídicas/UFSC.

⁸¹ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

cálculos da indenização por danos morais, como no Recurso Extraordinário n.º 55646, cujo Relator era o Ministro Evandro Lins⁸², e assim não concedendo a indenização por danos morais:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ATROPELAMENTO - MENOR ACIDENTADO - INDENIZAÇÃO - PAGAMENTO DE LUCROS CESSANTES - BASE DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 55.646 - GUANABARA Ementa: Responsabilidade civil. Lucros cessantes com base no salário vigente à época do pagamento da indenização. Juros simples a contar da citação. Dano moral. Implícito na indenização deferida. Recurso extraordinário conhecido e provido em parte. Acórdão Vistos etc.: "Dano moral: não é indenizável, no caso dos autos. Não provada a ajuda prestada pelo menor vítima a seus pais, razão não há para pensioná-los. Voto O SR. MINISTRO GONÇALVES DE OLIVEIRA - Quanto ao dano moral, no caso, também não dou a parcela arbitrada pelo juiz na sentença reformada. Estou com o eminente Relator. A vítima era um menor e na ação de indenização, esta se julgou devida, levando-se em consideração a perda desse filho pelos pais Min. Evandro Lins e Gonçalves de Oliveira. RE 55.646.

No Recurso Extraordinário de n.º 59111⁸³ o Ministro Djaci Falcão, afirma que o artigo 159 do Código Civil não faz distinção entre danos morais e materiais, assim todo dano há que ser reparado, e com relação aos danos morais o que se repara é a violação do direito e não a dor, o que se proporciona com a reparação é amenizar uma situação de sofrimento; uma vez que a reparação é inviável pela dificuldade de estabelecer parâmetros certos, compensa-se de forma indireta, através do dinheiro, como um meio de proporcionar "sensações de contentamento" à lesão moral sofrida.

Ora, este é um dos acórdãos que necessariamente deve ser analisado, porque espelha a tensão entre elementos recolhidos da hermenêutica e da teoria da argumentação, que são o legado dos julgados anteriores, e que acaba por levar o tribunal a de alguma forma, conciliar pontos de vista tidos até então como

⁸² DJ 02.02.1966/STF não consta número de página na HP oficial do Supremo Tribunal Federal.

⁸³ RTJ Volume 41-3, p. 844.

incompatíveis, e a interpretar o Código Civil de 1916 em especial o artigo 159, como princípio da imputação dos danos, sejam eles materiais ou morais, uma novidade para a época, fundamentando que os danos morais são danos que lesionam a pessoa, e neste condão vem à lume a construção conceitual nova que os juízes são obrigados a conceber por força da evolução histórica da pessoa e o Direito tem obrigatoriamente o dever de se amoldar e se reformular neste sentido.

Aqui convém lembrar o trabalho de Judith Martins-Costa⁶⁴ com relação a temática dos danos morais, quando afirma que o conceito de dano para o Direito não é fácil de ser absorvido e trabalhado pelos juízes, já que este conceito não é "dado" e portanto necessitará ser construído *pari passo*, ao sabor de cada caso, além de ser uma "expressão cara aos existencialistas" por ser um conceito *situado* e de certa feita "vago" em seu fundamento.

Isto irá ficando mais claro a medida que estudamos a evolução dos julgados, pois a partir dos anos 60 e 70 os juízes afirmam que o artigo 159 do CC/1916 se remete ao dano, que pode ser moral ou material, concepção esta repudiada anteriormente.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DANO MORAL -
RESSARCIMENTO - DECORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO - ARBITRAMENTO
- RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 59.111 - CEARÁ. Ementa:
Responsabilidade civil. Ressarcimento do dano moral. A reparação do dano decorrente de ato ilícito, que haja causado a morte de menor, não se restringe aos limites do art. 1.537 do Código Civil. Impõe-se a indenização por arbitramento, consoante a regra do Ccivil. A jurisprudência vem se firmando no sentido de que os pais são titulares do direito a indenização, decorrente de ato ilícito que haja causado a morte do filho, ainda que menor. Ora com fundamento em que é freqüente, na classe pobre, o filho menor contribuir para a economia do lar; vezes outras, com apoio em que há um valor econômico em estado potencial. Decorrendo daí, indubitavelmente, um dano econômico. Há, ainda, decisões que justificam a indenização como reparação compensatória, ou com função meramente

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Texto apresentado no Colloquio Internazionale L'Unificazione del Diritto in America Latina: *Principi e Regole Comuni in Materia di Responsabilità Extracontrattuale*, Roma, junho de 2000 e que integra Grupo de Pesquisa Bases para a Unificação do Direito Privado no MERCOSUL coordenado pela autora

satisfatória, como entende o eminente Des. Amílcar de Castro (in Revista Forense, vol. 93, pág. 528). O Código Civil não passou despercebido ao legislador brasileiro de 1916, quanto a ressarcibilidade do dano moral. Aliás, na regra do art. 159, onde se define o ato ilícito e se estabelece a obrigação de reparar, inexistente distinção entre o dano material e o dano moral. Destarte, todo dano é reparável. O ressarcimento não assenta, é lógico, no pagamento da dor moral, porém na violação do direito pelo ofensor e na reparação compensatória ao ofendido, sem caráter puramente econômico, sim como meio de proporcionar outras sensações suscetíveis de amenizar a sensação da dor sofrida. Relator Min. Djaci Falcão. RE n.º 59. 111 - Ceará.

Percebemos claramente que dano moral é utilizado como sinônimo de dano não-patrimonial, O Ministro Thompson Flores, no Recurso Extraordinário 62.606⁸⁵, de 1969, ao proferir voto como relator, confirma a indenização por danos morais nessa linha que pretende proporcionar à vítima não apenas a restauração da situação antiga, posto ser impossível, mas suavizar os efeitos desses prejuízos, donde se infere que danos morais são danos como o prejuízo do sepultamento e do luto.

O Ministro Aliomar Baleeiro, em seu voto referente ao Recurso Extraordinário n.º 59.940⁸⁶, julgado em 1966, expõe a sua visão crítica sobre o modo que é encarado o dano moral referente ao filho, ofertando uma dura crítica à política social e econômica do Estado Militar, e também ao modo como os juízes tratam o tema da reparação dos danos morais.

O Ministro Baleeiro afirma neste acórdão que certamente a concepção pessoal do juiz, a "pré-compreensão" (no sentido de "carga histórico-cultural" que traz consigo e que o leva a formular um resultado provisório assim que toma contato com os fatos) com que aborda o caso.

Não se censura o juiz pelo fato de "entrar" para a abordagem do caso com as suas "pré-compreensões". Isso é inevitável. Aliás, o Ministro Baleeiro entende

⁸⁵ DJ 27.06.1969 - Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

⁸⁶ - em 30-11-66 Relator Min. Aliomar Baleeiro. RE n.º 59.940 - STF.

mesmo que a sensibilidade jurídica consiste em ter a arte de ter as pré-compreensões certas. Merecedor de censura é, sim, o fato de o juiz não reconhecer que tem uma pré-compreensão, de não refletir sobre ela, visto que essa atitude pode conduzir à formulação de fundamentações aparentes da sentença, sem dar-lhe a substância escoreita.

Além disso, analisa sob uma visão humana e solidária as relações familiares, e em especial o problema das famílias carentes no Brasil, do menor abandonado, que encontravam-se desamparados no plano político do regime Militar recém empossado, tecendo duras críticas e conclamando os juízes a despertarem para uma nova forma de identificar o problema da indenização dos danos à moral, o que pode ser tido como importante marco na evolução da compreensão dos danos morais.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENOR - MORTE POR ACIDENTE - INDENIZAÇÃO DEVIDA - FUTURA GARANTIA DOS PAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 59.940 - SÃO PAULO. Ementa: Responsabilidade civil. A morte de filhos menores, conforme as circunstâncias, comporta indenização. Funda-se a decisão no fato de não haver dano material a ressarcir, mas apenas dano moral, sem repercussão econômica para os A.A. O dano moral só seria indenizável - continua - se ocasionasse também dano material, pois o menor é fonte de despesa e não de receita. Não se indeniza a conjectura do auxílio possível no futuro, mas só a perda certa, efetiva e atual. 2. Sem dúvida, há inúmeras decisões com os mesmos fundamentos do douto magistrado de São Paulo. Há poucas em sentido contrário e nelas me apoio, para conhecer do recurso, a fim de que se reabra o velho debate sobre esse tema. 3. Malgrado a hesitação dos Tribunais brasileiros, a reparabilidade do dano moral vem aldravando, há mais de meio século, a consciência de vários de seus maiores membros, de Pedro Lessa (votos na Rev. Forense, 37/201 e 24/473) a Orozimbo Nonato (Rev. Forense, 127/397), de Aguiar Dias (Respons. Civ. VII, n.º 227 e segs. além de comentários na R.F. 107/397, etc.) ao atual Presidente do T.J. GB (R.P., 97/698). Na

doutrina pátria, entre os nomes luminosos que proclamam a admissibilidade do ressarcimento do dano moral, figura nada menos que Clovis, Filadelfo Azevedo, Pontes de Miranda, Espínola e outras estrelas de primeira grandeza. Nisso, a posição do Juiz é a mesma do homem de Estado, que, na opinião geral, quando não pode fazer tudo que deve, deve fazer tudo que pode. Não é preciso, a meu ver, apelar para a evolução para se concluir pela indenização do dano moral, bastando deixar que a jurisprudência caminhe na reapreciação dos textos existentes e os vitalize, valorize, atualize, através de interpretação construtiva que é a sua missão, dentro dos princípios consagrados pelo mesmo Código. Relator Min. Aliomar Baleeiro. RE n.º 59.940 - STF.

No Recurso Extraordinário 73788⁶⁷ de 1976, em que é julgado um caso envolvendo a responsabilidade do hospital ao negligenciar no atendimento ofertado a um paciente, o Relator Ministro Thompson Flores, descreve que o autor foi vitimado em sua *integridade física* ao tomar uma injeção no braço, causando-lhe a perda desse membro, por acidente vascular grave, uma vez provado que o enfermeiro não diplomado agiu com imprudência e imperícia, e nesses moldes, o Ministro admite os *danos morais pela mutilação física* sofrida pela vítima, porque se permite averiguar os danos daí derivados.

Estamos diante de outro fato que demonstra a mudança de posicionamento dos juízes em relação ao conceito de pessoa e dano à moral. Neste julgado há referência à integridade física, como atributo dos direitos da pessoa, e sua lesão por conseguinte, traria prejuízos de ordem moral.

Frisa-se que trabalhar com o conceito de "pessoa" não é fácil, à medida que pessoa é adjetivada ou reconceituada por inúmeros outros conceitos como personalidade, sujeito, persona, homem, ser, enfim, as palavras vêm ao sabor de um tempo e de um espaço na evolução do ser humano, assim quando os juízes se veêm frente ao problema das lesões físicas, o conceito de pessoa neste período começa a modificar-se.

⁶⁷ ERE n.º 73.788 - Rio de Janeiro. Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DANO ESTÉTICO - ERRO DE ENFERMAGEM - CORREÇÃO MONETÁRIA - PERDA PARCIAL DE MEMBRO SUPERIOR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 73.788 - RIO DE JANEIRO (Embargos). Ementa: Responsabilidade civil de hospital. Ato de enfermagem praticado por empregado seu (enfermeiro), em doente internado no estabelecimento, ocasionando perda parcial de membro superior. Correção monetária das parcelas indenizatórias. - à unanimidade, conhecer dos embargos e recebê-los. Djaci Falcão, Presidente - Rodrigues Alckmin, Relator.

O sentimento da dor, da perda de parte do corpo, pode ser compreendido por qualquer pessoa, ainda mais nas condições descritas, quando na procura de cura para o corpo, termina em trágico desfecho, fazendo com que o sentimento de angústia seja perceptível pelo homem comum.

Nesse sentido, o Ministro Flores, sensibilizado com o ocorrido dá provimento ao recurso, para julgar procedente a reparação do dano moral.

Não pode ser esquecida a contribuição do Ministro Thompson Flores, que mesmo não aceitando a indenização dos danos morais isoladamente, e negando veementemente sua reparabilidade, protagonizou um dos mais portentosos debates acerca da reparação dos danos morais no final dos anos 70, quando do julgamento de 26.10.1977, no Recurso Extraordinário n.º 84.718⁸⁸, afirmando que o Supremo não entendia o dano moral isolado, nem no caso da perda do filho menor, julgado em grau de recurso, mas, como reflexo de uma perda em potencial de um futuro arrimo de família.

O Ministro Flores argumenta então, em seu voto, que a dor, apesar de reconhecida, essa dor que os pais sentem ao passar por esse fatídico evento, não pode ser indenizada isoladamente pelo cunho essencialmente positivista do Direito Brasileiro, embora frente à súmula 491, que afirma ser indenizável a perda de um filho menor, mesmo que esse não exerça nenhuma atividade trabalhista, ainda assim não encontra arrimo na lei ou na jurisprudência que lhe permita auferir a legalidade da indenização isolada de danos morais.

⁸⁸ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

Os debates nos tribunais tornam-se intensos a respeito da indenização dos danos morais puros. Nesse registro, seguem a contraposição de idéias.

O Ministro Moreira Alves diverge do Ministro Relator, porque afirma que embora o Direito brasileiro não adote o princípio de indenizabilidade de danos morais puros, a seu ver, pode ser ressarcido como ensina a doutrina, pois, a tendência humanitária dos tribunais não usa como parâmetro a possível ajuda financeira desse filho.

Esse reflexo material que sempre é utilizado para minguar a quantificação do dano moral, continua o Ministro, mesmo porque são conjecturas e o Direito não trabalha com conjecturas, são emanções futurísticas que de nada servem para abalizar os danos morais, pois, a seu ver continuam e devem ser afastadas quando tratar-se de indenizá-los, caso contrário se estará sempre vendo o filho como fator essencialmente de despesa e não como ser humano.

Sucede então a intensificação dos debates entre os Ministros, quando o Ministro Flores pedindo esclarecimento, salienta que não assiste razão ao Ministro Moreira Alves na impossibilidade de ver o filho como futuro auxílio material da família que o perde, pois é *"uma expectativa que o desastre elimina"* e isso o Ministro Moreira Alves rebate afirmando que em ocasião pretérita defendia a indenização de danos morais em tese, mas, no momento passa a defendê-la de fato.

O Ministro Flores, continua afirmando que encontrou na jurisprudência do Supremo poucos ecos dessa teoria, uma do Ministro Aliomar Baleeiro e outra do próprio Ministro Moreira Alves, e afirma que não se opõe à *"curiosa tese"* de indenização de danos morais defendida pelo Ministro Moreira Alves, que rebate, afirmando que o Supremo, para indenizar os danos morais, usa a expectativa da ajuda financeira do filho como forma de indenizar a moral dos pais abalada por essa perda, e se admite a eventual ajuda, o faz como justificativa para indenizar a dor.

Nessa época, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Aliomar Baleeiro⁸⁹, em artigo jurídico, publicado em 1972, faz um longo estudo da história da Corte Suprema do Estados Unidos, detalhando a função política do judiciário no âmbito social do país, e critica a posição do Supremo Tribunal no Brasil, que a seu ver deveria ter mais poderes, pois elege seu presidente, julga em faixa mais larga, em recurso extraordinário, em todo o vastíssimo campo do direito civil, penal, comercial, enfim, em todas as áreas, e além disso, pode declarar a inconstitucionalidade, em tese, ao passo que a Corte Americana só a pronuncia em casos concretos.

Afirma que o Supremo é muito tímido em sua tarefa política, porque a Constituição nos últimos 50 anos passou por mais de 10 reformas em profundidade, além de dezenas de emendas, de modo que diferente da função política da Corte Suprema Americana se deve, sobretudo, a perenidade de uma Constituição do final do século XVIII, que nos últimos 100 anos não foi emendada, senão cerca de 6 vezes em disposições de menor importância.

No Brasil, ao contrário, nas últimas décadas vigoraram mais de 100.000 leis ordinárias. Há quem pense que a influência doutrinária européia, sobretudo a francesa, tenha concorrido para a discricção do Supremo, mas outros inúmeros fatos poderiam ser apontados.

Termina com a seguinte frase:

"Pode vaticinar-se uma tarefa difícil, a desafiar a sabedoria, o tato e o patriotismo dos juristas brasileiros. Porque a tarefa é destes e não apenas dos Onze Velinhos do Supremo Tribunal".

Percebe-se nesse painel, a posição dos tribunais brasileiros, e assim, o fenômeno dos danos morais afirma-se sem muitas inovações, lembrando o advogado Reginaldo Nunes⁹⁰, já citado, que entrevê na jurisprudência do Brasil um hábito de certas aves rasteiras que se aproximam do pio do caçador, mas em círculos concêntricos. E assim, infere

⁸⁹ BALEEIRO, Aliomar. "A função política do judiciário". In Revista Forense. Volume 238. pgs. 5/14.

⁹⁰ NUNES, Reginaldo. op. cit. pgs. 15/16.

"a doutrina vai piando, a jurisprudência vai chegando... Chegará a ponto de tiro?"

Seguindo nessa linha de raciocínio, o princípio da reparabilidade exclusiva dos bens morais se tiverem reflexos patrimoniais, já forma uma jurisprudência uníssona, que alguns julgados abaixo servem como ilustração:

O Ministro Relator Rodrigues Alckmin em duas oportunidades, no Recurso Extraordinário 84745⁹¹, de 16.11.76, e no Recurso Extraordinário de n.º 75627⁹², de 14.5.75, afirma que não vislumbra indenização por dano moral pela morte de um filho por faltar repercussão econômica.

No Recurso Extraordinário 85324⁹³, de 28.04.78, o Ministro Relator Leitão de Abreu afirma que o dano moral não pode ser cumulado com os danos patrimoniais.

Assim, os anos 70 e 80 são marcados pelos julgamentos que não admitem a cumulação dos danos morais com danos materiais⁹⁴:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPARAÇÃO DO DANO MORAL ABSORVIDA PELA DO DANO MATERIAL - JAZIGO PERPÉTUO - DISPENSÁVEL - CONDIÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 84.674 - RIO DE JANEIRO. Ementa: Responsabilidade civil. Reparação do dano moral absorvida pela do dano material. Jazigo perpétuo dispensável à vista da condição das pessoas. Honorários advocatícios corretamente fixados. Recurso extraordinário não conhecido. Acórdão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, à unanimidade de votos, não conhecer do recurso. Brasília, 26 de março de 1976. - Thompson Flores, Presidente; Xavier de Albuquerque, Relator. Não se justifica a verba por dano moral já que a indenização por dano patrimonial evidentemente a exclui, conforme tranqüila jurisprudência;

⁹¹ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

⁹² Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

⁹³ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

⁹⁴ RE 84.674 - Rio de Janeiro.

igualmente, sem cabimento a verba relativa a carneiro perpétuo, de vez que a condição social da vítima não autoriza tal despesa Ementário 1.027/11.º vol. (Seção Jurisprudência S.T.F.). Audiência publ. Acórdão 16-6-76. Relator Min. Xavier de Albuquerque.

Apesar de reconhecer a existência e a validade dos danos morais, e neste sentir serem obrigados a mudar o rumo do discurso jurídico e por conseguinte, justificar a cada novo julgado o fato de não se indenizar as lesões à moral da pessoa, justificavam situações que transpareciam muito mais categorias heterogêneas e sem cientificidade jurídica, como no acórdão acima, onde se resvala na "condição social da vítima", fundamento aético, e assim, amplia a distância entre os cidadãos e caminha em sentido contrário do fim último do Direito.

No desenvolvimento jurisprudencial que se presencia neste trabalho, é nítido labor intelectual dos juízes, ao construírem novas hipóteses mediante a emprego do raciocínio construtivo, onde não caberia mais remeter-se a um direito de personalidade da forma que tradicionalmente vinha sendo utilizada, já que limitava em seu contorno os danos morais apenas a alguns conceitos impotentes e por demais incapazes de conter o preceito do ser humano em sua totalidade, tais como a honra, o nome, a imagem, a intimidade e a vida privada, e esta limitação começava dar sinais de impotência e desgaste para que os julgadores pudessem alargar a possibilidade de expansão na área de reparação à moral da pessoa humana.

Lembra-se neste ponto que o Direito Privado não pode apenas preocupar-se ou ocupar-se tão só com os aspectos econômicos e sociais da pessoa, e por outro lado deixar sem guarida a paz, a dignidade e a intimidade desta pessoa, ou seja todas as suas expressões íntimas que lhe dão seu perfil e completam-lhe como ser humano, como pessoa humana, como bem afirma Santos Cifuentes⁹⁵.

⁹⁵ CIFUENTES, Santos. *Naturaleza jurídica del daño moral y derivaciones de su concepción*. "La denuncia de que se cae en duro materialismo, produce una verdadera contrapartida dialéctica: sería inmoral la pretensión sobre el daño moral. Pero, quizá, mucho más materialista habría de ser la exigencia de dedicar el Derecho Privado a organizar únicamente la vida social en su frontera

No panorama político, conforme visto, o governo Castelo Branco terminava em meio ao descrédito, sobretudo depois de um novo Ato Institucional, o AI-2, instalando no País o estado de exceção, a ditadura aberta, e assim foram realizadas milhares de cassações, deposição de governantes legalmente eleitos, recesso do Congresso Nacional, extinção dos partidos políticos tradicionais, imposição de eleições indiretas para governadores e presidente da república, entre muitas e muitas outras decisões de caráter ditatorial.

Com seu governo desgastado, Castelo Branco perde o controle da própria sucessão, sendo obrigado a aceitar a candidatura do ministro do exército, Costa e Silva. O general-presidente ainda tentou legar uma armadura jurídico-constitucional ao país com uma nova Constituição, uma nova Lei de Imprensa e uma nova Lei de Segurança Nacional⁹⁶, conforme Daniel Aarão Reis; e, a aprovação, a toque de caixa, por um Congresso encolhido, não conseguiu legitimar seus propósitos.

Quase nada representou em matéria de avanço jurídico para a reparação do “dano moral” a chamada “Lei da Imprensa”, porque, conforme aponta o julgado registrado na Apelação de n.º 153.790⁹⁷, de Birigui, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a injúria e a calúnia cometidos pelos veículos de radiodifusão e com previsão no artigo 84, do então editado Código Brasileiro de Telecomunicações, ensejaria a indenização por danos morais contra o deputado estadual Domingos Lot, atrelado ao partido da situação.

O Juiz relator do TJSP, Sylos Cintra, afirmaria que o citado Código modificou em parte o artigo 1.547 do Código Civil, com ressalva de ressarcimento do dano moral, resultante desse crime, que se faz pelos reflexos patrimoniais, e apurou a quantia de 10 salários mínimos, como reparação pecuniária dos danos

económica, y dejar en el desorden y a sus propias fuerzas (sin paz y sin justicia), todas las expresivas interioridades de lo más caro del hombre, las del espíritu, tranquilidad íntima y naturaleza afectiva [...] La teoría del daño moral, su generosa y oportuna admisión, es uno de los pilares jurídicos que proyecta un perfil importante en esos respectos” En Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda, Feyde, La Ley, Buenos Aires, 1985, ps. 86/87.

⁹⁶ REIS, Daniel Aarão. *Ditadura Militar, esquerdas e sociedades no Brasil*. Especial para a Home Page “Gramsci e o Brasil”.

⁹⁷ In Revista dos Tribunais. Volume 379. pgs.168/169.

morais ao deputado, o que na época representava uma monta considerável de dinheiro.

Os operadores do Direito não ficaram em silêncio frente a celeuma dos danos à moral e por conseguinte a sua reparação. Orlando Gomes⁹⁸, escreve em revista especializada, artigo sobre "Direitos de Personalidade", onde infere que há necessidade de proteger a pessoa humana contra a prática e abusos atentatórios de sua dignidade, em razão da tendência política da época.

Conclui seu artigo, assinalando que a tutela aos direitos da personalidade se exerce mediante sanções, que devem ser suscitadas pelo ofendido pleiteando a indenização do dano moral e cumulação de uma pena, as quais deveriam ser aceitas pelo Judiciário.

Dessa forma, as ações destinadas a confessar e a negar especificamente um direito de personalidade, completariam assim, com o sistema de tutela privada de tais direitos, que poderiam ser movimentados independentes de sanções penais que coubessem.

Os aspectos, ainda destacados por Gomes, ressaltados de alguns direitos de personalidade testemunhavam sua relevância, afirmando a necessidade de preenchimento da lacuna do direito positivo nacional e justificando o interesse dos juristas em sua dogmática, e assim conclui:

"Dos moços é de se esperar que demonstrem sensibilidade para esses problemas, porque os juristas de minha geração, com poucas e honrosas exceções, continuam a viver na atmosfera do século passado".

Percebe-se que neste período a maior preocupação do STF⁹⁹ é não alargar os horizontes pecuniários, e afirmar que não pode haver "duplicidade de indenização", porque os "danos morais" já estariam embutidos nos "danos materiais", e mais, não havia na Constituição Federal norma que garantisse esse fenômeno da reparabilidade, isto é, não havia garantias constitucionais a reparação de danos causados à moral do cidadão.

⁹⁸ GOMES, Orlando. *Direitos de Personalidade*. In Revista Forense. Volume 216. pgs. 5/10.

⁹⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. In *A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho*. Professor-da-AMATRA.

Como ainda não se reconhecia o "dano moral" como norma constitucional, que fosse um direito e uma garantia fundamental, e nem como um sofrimento interior; só restava aos julgadores a possibilidade de indenização, se fosse baseada nos "reflexos econômicos" que pudesse esse dano oferecer:

"(...) até então estava aferrada a jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, à tese da irreparabilidade do dano moral, segundo a qual a dor não tem preço. Depois de assinalar, em livro de 1983, que o Supremo não aceitara ainda a tese da reparabilidade do dano moral, dizia AGUIAR DIAS não lhe parecer aceitável tão forte resistência às vozes oraculares de Pedro Lessa, Pedro dos Santos, Filadelfo Azevedo, Orozimbo Nonato e Aliomar Baleeiro. A reparação do dano moral, segundo informação de Pedro Lessa em voto vencido a ela favorável, era concedida antes da vigência do Código Civil. Após o advento deste passou-se a entender que o dano moral não era reparável, não obstante o claro pronunciamento de CLOVIS BEVILACQUA, no sentido da sua reparabilidade. Assim pronunciou-se o ínclito autor do projeto do Código: "O Código Civil não desconhece-a-satisfação-por-dano-moral". A jurisprudência, entretanto, consolidou-se no sentido de que o dano moral só era indenizável quando fosse indireto, ou, em outras palavras, quando resultasse de dano patrimonial, o que não era reparar o dano moral e sim o dano patrimonial com ele cumulado. Fora disto somente admitia a reparação do dano moral quando expressamente autorizada em lei, como nos casos excepcionais da Lei de Imprensa e do Código de Telecomunicações. O fundamento para a reparação do dano moral se encontra realmente nos artigos do Código Civil, nº 76, consoante o qual para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral, e 159, em cuja conformidade, àquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. Embora achando que não se encontra no Código Civil brasileiro preceito consagrador da responsabilidade por dano moral, chegava ORLANDO GOMES à conclusão de que se tratava de lacuna cujo preenchimento era imperioso "para atualização de nossa lei civil, tanto mais necessária quando

procedem os argumentos invocados pelos partidários da responsabilidade".

A-reforma-^{viria} (...)"

Demonstra-se assim, pelos seguintes julgados, a posição clara do Supremo, quando no Recurso Extraordinário de n.º 77113¹⁰⁰, de 11.12.73, o Ministro Rodrigues Alckmin, admite verbas indenizatórias relativas ao tratamento dos pais da vítima, despesa com tûmulo quando da indenização pelo acidente que causou a morte de seu filho menor, ainda que o mesmo, não exerça o trabalho remunerado, por não se tratar de reparação de dano moral puro, mas da repercussão econômica do fato.

Os recursos extraordinários, julgados nesse período, são uníssonos em afirmar a reparabilidade do dano material sem estar cumulado com os danos morais, e ainda firmando que o dano puramente moral seria impossível de ser indenizado, e nesse mesmo entendimento seguem os julgados do RE de n.º 84745¹⁰¹, de 16.11.76, e nesse mesmo ano, em 17.08.1976, também o Ministro Bilac Pinto, defere, no RE. n.º 84.674¹⁰², em acidente ferroviário, sobre a indenização, esclarecendo que é deferimento de verba para sepultura, e assim, julga pelo indeferimento de reparação do dano moral.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPARAÇÃO DO DANO MORAL ABSORVIDA PELA DO DANO MATERIAL - JAZIGO PERPÉTUO - DISPENSÁVEL - CONDIÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 84.674 - RIO DE JANEIRO. Ementa: Responsabilidade civil. Reparação do dano moral absorvida pela do dano material. Jazigo perpétuo dispensável à vista da condição das pessoas. Honorários advocatícios corretamente fixados. Recurso extraordinário não conhecido. Acórdão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, à unanimidade de votos, não conhecer do recurso. Brasília, 26 de março de 1976. - Thompson Flores, Presidente; Xavier de Albuquerque, Relator.

¹⁰⁰ DJ 26.04.74 Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

¹⁰¹ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

¹⁰² Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

Relatório: O SR. MINISTRO XAVIER DE ALBUQUERQUE - Relator Min. Xavier de Albuquerque. RE 84.674 - Rio de Janeiro.

Em 03.05.1977, no RE. 83.875¹⁰³, o Ministro Eloy Rocha, repele a cumulação de danos materiais e morais, e em 29.05.1979, no RE 86.548¹⁰⁴, a falha na vigilância hospitalar, causando danos a integridade da vítima, não geraria o dano moral ressarcível, conforme jurisprudência do Supremo, asseverada pelo Ministro Leitão de Abreu.

Neste sentir Jorge Mosset Iturraspe ¹⁰⁵ parece ter a resposta certa à questão que poderia ser feita quanto ao motivo dos julgados deste período analisado, se oporem veementemente a idéia e a possibilidade de se cumularem os danos morais para efeitos de reparação, já que com relação a visão do ser humano, ou seja, o domínio do conceito de pessoa que o Direito é obrigado a enfrentar em todos os temas que aborda, é uma tarefa primordial e de primeira importância para o operador jurídico, como afirma Rosa Nery¹⁰⁶, e assim percebemos que os juízes são pessoas que muitas vezes, por uma questão ideológica, uma concepção sobre a vida, pugnam por conservar o Direito da forma como estudaram e julgaram através desta ótica tradicional ou clássica, e renegam por vezes aquilo que venha inovar ou revolucionar estes conceitos apreendidos, julgando-os perigosos e até desnecessários.

O tratamento dos danos morais requer uma revolução no conceito de pessoa, que não pode mais ser vista como centrada em bens patrimoniais, ou seja, quando se menciona os danos sofridos liga-se de imediato a idéia de bens "materiais", como se estivesse intrínseco no ser humano este perfil, e desta forma limitando o conceito de pessoa ao perfil material exclusivamente.

¹⁰³ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

¹⁰⁴ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

¹⁰⁵ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derechos Humanos - Nuevos Daños - Topico I - "La Aparacion del "Daño a la Persona" en sentido estricto"* - Palestra proferida no "Primer Congreso Latinoiberoamericano del Derecho a la Salud" - Cópia transcrita e arquivada na Biblioteca de Derecho de la Universidad Javeriana de Bogotá - Colombia - 1998

¹⁰⁶ Op. Cit., p.127

Com os danos à moral a pessoa deverá ser vista em sua totalidade, em sua essência de ser humano, em sua substância de natureza racional, em sua unidade indivisível composto de espírito, alma, corpo e razão.

Esta revolução no modo de tratar a pessoa, de percebê-la em sua unidade, traz consequências que nesta época ainda não podiam ser sentidas, mas que já dava sinais que o conceito antigo e limitado de pessoa em dualidade: física e patrimonial, estava tornando-se impotente para aplicar uma lei tão humana quanto esta de reparar os prejuízos causados à moral da pessoa.

Salienta-se que quanto aos danos morais provenientes da dor pela lesão à integridade física, começam a ser apurados por perícia, são desde logo repudiados, porque agora se tem uma demonstração “científica” e “técnica” que tais “dores” existem e prejudicam a pessoa, assim como no Recurso Extraordinário 88143¹⁰⁷, de 10.08.78, no qual o Ministro Relator Soares Muñoz, afirma tratar-se de danos morais, o caso de uma menor que se acidentou e perdeu o membro inferior esquerdo, e passou por exame pericial.

Esta prova que avaliou o sofrimento íntimo foi repelida pelo julgador, que inconformado afirmou que perícia alguma poderia constatar a dor moral sofrida mas, somente o prudente arbítrio do julgador deveria mensurá-lo, e mesmo antevendo a dificuldade que o juiz tem de auferir tal dano, jamais a perícia poderia substituir a valiosa apreciação humana do julgador da demanda.

O Ministro Antonio Neder, foi um dos precursores da reparação dos danos morais; em seu voto aceita a opinião do relator, mas ressalta que apesar da dificuldade, deveriam os danos morais serem indenizados. Pode ser vislumbrada essa postura através do Recurso Extraordinário de n.º 71.128¹⁰⁸.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DANO MORAL - INCLUSÃO - INDENIZAÇÃO COMPLETA A TODOS OS DANOS CAUSADOS - FIXAÇÃO - REAJUSTAMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 71.128 – GUANABARA. Ementa: CPC, art. 4.º “Se a Inicial, em ação de Indenização por ato ilícito, pede ressarcimento de todos os danos, nestes

¹⁰⁷ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

¹⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL DJ 16.06.1977

se inclui o dano moral. É se a sentença manda que o responsável pelo ato ilícito indenize o dano moral, não há como se cogitar de julgamento "ultra petita" no caso. 2. O responsável pelo ato ilícito deve indenizar, de maneira completa, o prejuízo que ele haja causado. Disto decorre o princípio segundo o qual a obrigação de indenizar é pecuniária, e que a moeda com que o devedor paga sua obrigação é fixada por seu valor aquisitivo ou de troca, donde a imperiosa necessidade de reajustá-lo periodicamente quando ele sofrer alteração, o que se verifica pelo "quantum" do salário mínimo, que a jurisprudência adotou como padrão monetário, ou de valor aquisitivo da moeda para o caso. RE n.º 71.128 - Guanabara.

A tendência que o Supremo tem de considerar o dano como uma lesão a um interesse juridicamente protegido, ressalta à medida que vão surgindo novos modos de julgar os danos morais, de reparar tais danos, até que no Recurso Extraordinário 85930¹⁰⁹, surge a primeira tentativa de reparação, sem cunho patrimonial, ou que possa gerar enriquecimento ilícito, conforme o Supremo supunha, mas, como sucedâneo da dor, onde o que se pedia de indenização era uma viagem aos filhos órfãos, com a finalidade de alegrar-lhes a vida.

Esse fato é inédito na jurisprudência daquela época, e por isso merece registro.

A demanda envolve os filhos que perdem a mãe em um acidente ferroviário e pleiteiam indenização por danos materiais e morais.

O Relator Ministro Rafael Meyer, transcreve o trecho do acórdão guerreado, justamente nessa parte que poderia abrir um novo caminho no fenômeno da reparação dos danos morais no Brasil, onde se arbitra como indenização, tanto para filhos que perderam os pais, quanto para os pais que perderam os filhos, uma viagem pelo mundo para distraí-los, já que foram feridos em suas personalidades morais, do drama, do trauma, na qual foram brutalmente atingidos.

Essa tese é repelida pelo Ministro Meyer que reafirma a tendência do Supremo de arbitrar os danos morais pelo artigo 1537 do Código Civil, onde não

¹⁰⁹ RTJ Volume 90-2. p. 571.

se contempla dano moral, e sim pensão alimentícia, a quem o defunto a devia, e nesse registro, recorre ao julgamento realizado no Recurso Extraordinário de n.º 84718¹¹⁰, onde os Ministros Moreira Alves e Thompson Flores debatem justamente a hipótese da reparação do dano moral puro, deixando clara e transparente a posição a ser seguida pelo Tribunal máximo do País.

Assim, ao investigar-se a interação entre o direito e as mudanças econômicas e sociais, indagações surgem que levam a determinar os padrões de valores que naquele dado instante histórico estariam guiando a criação jurídica e, por conseguinte, apreciar esse resultado é na verdade procurar esclarecer o significado dos fundamentos teóricos jurídicos que se põem em descoberto em suas relações e demonstram as semelhanças e distinções que eles refletem nos períodos analisados.

Os julgados no final dos anos 70, buscam uma forma para a reparação de um dano extra patrimonial, fazendo emergir conceitos sobre a moral de cunho inusitado como transparece no Recurso Extraordinário n.º 83978¹¹¹, em que o Relator Ministro Antonio Neder, afirma que os danos morais sofridos pelos familiares ou parentes da pessoa vitimada têm duração limitada, porque as pessoas que conviviam com a vítima sofrem a dor produzida pelo seu falecimento, não de forma constante, permanente, visto que desaparece depois de alguns meses.

Ao passo, que uma pessoa que sofre uma lesão em seu corpo sofre permanentemente a consequência dessa lesão, assim devem ser indenizados os danos morais e materiais haja vista que perduram pelo resto da vida da vítima, ao passo que na perda de um parente, essa dor nem sempre dura "pois há os que não choram seus mortos" e nunca perdura "porque ao fim de alguns meses ela desaparece". Patenteia-se a demonstração do exacerbado formalismo para servir de prova de uma decisão racional, considerada como forçosa em si mesma para poder ser pensada como parte integrante do direito em seu significado.

A conexão entre o direito por um lado e a justificativa de moral, da dor, por outro, encontra-se aquilatada na tese defendida pelo sentenciante, dentro daquilo

¹¹⁰ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

¹¹¹ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

que percebe como seu princípio de justiça e de moralidade, que se por seu turno é arbitrário, mas não deixa de fazer uma ligação entre o direito e a pretensão da indenização por parte do demandante.

A visão do Ministro Neder leva a repensar os julgados sobre dano moral, sobretudo, acerca do modo como as pessoas vivem e que pode levá-las a trocar as muitas maneiras de enfrentar o problema da indenizabilidade por danos morais. Não deixa de ser uma decisão isolada, mas a irregularidade identificada entre uns julgados, demonstra que a troca de informação e formação tornam-se dramaticamente rápidas e que são impotentes para identificar quais regras se superpõem com princípios morais básicos e até que ponto pode-se agregar a afirmação fática de que todo sistema jurídico coincide de fato com a moral em seus pontos vitais.

Pertinente trazer o ensinamento de Giorgio Del Vecchio¹¹², quando afirma que a pobreza de conhecimento acerca dos princípios do direito, que é percebido como um complemento lógico e destituído de sua real substância, e nesse patamar o conhecimento jurídico é sempre insuficiente, principalmente no que se refere ao princípio do respeito à personalidade humana, "princípio jus naturalístico", sendo que no direito é "muito obscura a noção de direito sobre o próprio corpo", e isso atinge a esfera da essência do homem, de sua natureza, e aí está abrangida a proteção à integridade moral do ser humano.

Os juízes ao julgarem os danos morais adotavam os princípios de direito positivo, e como tal, podem não corresponder aos princípios da razão, como bem lembra Del Vecchio¹¹³, e até contradizê-los ou modificá-los de qualquer modo; mas, o juiz ao interpretar a lei e os fatos segundo essa ótica, reconstruindo seu alicerce no sistema jurídico positivista, deve ater-se à lei, caso contrário, quebraria a logicidade do sistema, e a cada momento, essa função desempenhada de árbitro, vai lhe corroendo a certeza, que não pode deixar de ter, ao proferir uma decisão.

¹¹² DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, Estado e Filosofia*. Livraria Editora Politécnica Ltda. Rio de Janeiro, 1952, p. 152.

¹¹³ op. cit. p. 168.

Atento aos fatos demonstrados pela polêmica causada em relação à reparabilidade dos danos morais, vislumbra-se a existência de motivos de discrepância entre os juízes que adotam uma postura jus naturalista e os que se amalgamam no positivismo, pois essa última sempre possui regras firmes, aptas para representar, esquematicamente e automaticamente, a realidade, mesmo que essa realidade seja mutável ou diferenciada.

Conclui-se que neste período tornou-se clara a dificuldade dos operadores jurídicos em trabalhar com uma conotação e inadequada apreensão do conceito de "danos à moral".

Primeiro devido às amarras pré-concebidas, o que têm importância capital nesta matéria, pois a maior particularidade da amplitude do termo de dano moral e de seu reflexo na vida da pessoa, reside no fato de serem formados por criação jurisprudencial, pois estes conceitos não existem antes da lesão, resultando, de uma casuística feita pelos juizes por ocasião do julgamento, quando surge a questão de saber, *in concreto*, qual deveria ter sido o comportamento seguido pelo autor do dano e detectar o prejuízo à pessoa da vítima.

Segundo, a previsão legislativa do dano moral vem expressa em normas semanticamente vagas, e sendo assim, os princípios jurídicos criados pela jurisprudência que deveriam ser seguidos nos anos posteriores, atrelando qualquer forma de evolução neste sentido.

Encerrando este período, sua conclusão final, pode se perfeitamente transcrita pela afirmação que Judith Martins-Costa¹¹⁴ faz, e neste aspecto confirmará o que os acórdãos trazidos à lume demonstraram:

Esta limitação, para além das razões metodológicas e sociológicas ligadas à formação da magistratura brasileira pode ter por base, também, as dificuldades advindas da pré-compreensão da expressão "dano moral" que, conotando a idéia de dor ou de pretium doloris, em certos casos é impeditiva de uma apreensão mais integral do fenômeno da personalidade humana, cuja dimensão é ao mesmo tempo subjetiva e social.

¹¹⁴ Op. Cit.p.13

CAPÍTULO 4

JULGADOS CONTEMPORÂNEOS - DANO À MORAL EM SUA CORRESPONDÊNCIA AO PREJUÍZO DA UNIDADE DA NATUREZA HUMANA

"É inútil invocar novos textos legislativos [...] se não houver pessoas sábias e peritas que saibam fazer viver a lei com sabedoria, justiça e caridade... Mas faz parte da maturidade pessoal do juiz também a capacidade de julgar o próprio tempo. Com efeito, isto não é simplesmente reconduzível ao conhecimento de factos e acontecimentos. Trata-se de conhecer a cultura do próprio tempo. Já não é por ter ouvido dizer, mas porque dela participa."

(Pe. Felici, Formalitates iuridicae et aestimatio probationem in processu canonico, em Communicationes-1977)

Nesse capítulo pode-se ver a integração da evolução histórica do conceito de dano, que já no Direito Privado brasileiro apresentava um avanço fundamental para o reconhecimento de que o homem não sofre somente danos patrimoniais, mas, também, danos morais.

Desde 1912, conforme visto, a jurisprudência reporta-se a tais danos, e, além disso, em conjunto com a doutrina ofereceram uma rica trama teórico prático para desenvolver uma noção e seus elementos que compõem a lesão à moral, mesmo que de forma enviesada e atrelada a pré-concepções antigas, e nessa trajetória este capítulo irá verificar os julgados dos anos 80 até os dias atuais.

Em 1988 a Constituição Federal incorpora os danos à moral aos direitos fundamentais inaugurando um novo ciclo jurídico.

Com o advento do novo Código Civil em 2002, o dano à moral passa a ser reconhecido como regramento positivado pela legislação privada pátria, em seus artigo 186.

Primeiro, a análise versará sobre a cumulação dos danos morais com os danos materiais, que até então era ponto divergente na jurisprudência, mas, que acabará tornando-se matéria pacífica, e assim, importante salientar como ocorre essa síntese.

Segundo, o arbitramento da indenização dos danos morais pela Lei da Imprensa e das Telecomunicações, que gerará discussões sobre o problema secular do abalçamento pecuniário, e culminará com o entendimento da maioria da jurisprudência e doutrina, de que tais normas já não atendem aos novos objetivos, não só estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, como também pelo Código de Defesa do Consumidor de 1990 e pelo novo Código Civil promulgado em 2002.

Neste registro, a dificuldade de dar um valor pecuniário ao dano moral ainda permanece, até que seja descoberta uma maneira de repará-los, tais como são em sua essência.

Por último, o novo debate que se instala a respeito dos danos morais oriundos das relações de consumo que se desenvolvem, trazendo consigo o desequilíbrio na convivência entre o homem-consumidor e o homem-fornecedor.

Apesar da evolução sintomática e inexorável da lei e da doutrina, a jurisprudência ainda permanecerá por diversos anos acanhada para acompanhar, como bem afirma Rosa Nery, " as crise do envelhecimento do Direito posto"¹¹⁵.

O panorama política de 1980 em diante foi dominado pela resposta ao capitalismo que estava dando sinais de crise inevitável conforme Alberto Tosi Rodrigues¹¹⁶ preleciona, pois havia passado o "período de incubação" entre as elites empresariais no poder, e, desenvolvida como resposta à crise do capitalismo central nos anos 70, a direita política brasileira, até ganhar força suficiente para intervir de modo decisivo sobre o conflito político posto na arena nacional, na virada da década de 80 até 90, sob a forma do discurso em favor do Estado mínimo.

¹¹⁵ *Op. Cit.* p.66

¹¹⁶ RODRIGUES, Alberto Tosi. Tese de Doutorado (UNICAMP-1999).

O dano moral resulta do fenômeno humano, e o homem não deixa de ser o ator principal, sendo assim os juízes precisam estabelecer parâmetros que respondam a novas exigências, e neste viés o próprio movimento histórico-social irá ser o motor que funcionará no sentido de obrigar os julgadores e os doutrinadores a reverem conceitos e ampliarem horizontes neste sentido, como bem coloca o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Dias¹¹⁷ ao fundamentar sua decisão sobre danos morais em um julgamento prolatado em 2000:

"Independientemente da nomenclatura aceita quanto ao dano extrapatrimonial, e sua classificação em dano moral, dano à pessoa, dano biológico, dano fisiológico, dano à saúde, dano à vida de relação, etc., cada um constituindo, com autonomia, uma espécie de dano, ou todos reunidos sob uma ou outra dessas denominações, a verdade é que para o juiz essa disputa que se põe no âmbito da doutrina, essa verdadeira "guerra de etiquetas" de que nos fala MOSSET ITURRASPE ("El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad", Revista Derecho Privado y Comunitario, 1/9) somente interessa para evidenciar a multiplicidade de aspectos que a realidade lhe apresenta, a fim de melhor perceber como cada uma delas pode e deve ser adequadamente valorizada do ponto de vista jurídico".

A legislação brasileira utiliza a expressão "dano moral" para referir-se a todas as espécies de danos não-patrimoniais, assim constando do art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal, do art. 186 do Código Civil. Em 1989, a sociedade organiza-se, buscando acesso aos privilégios dos recursos públicos e da manutenção de setores da sociedade que servirão de base eleitoral, pois há necessidade de instrumentos mais eficazes; e assim, esse período será marcado em seu início, de um lado, o discurso sobre a governabilidade ou não do País, em forma de democracia, e do outro lado, a população tentando se mobilizar; além disso, 1980 representou, a década da crise fiscal para o Brasil, a ascensão inflacionária galopante.

¹¹⁷ Resp 226190/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr, STJ, 4ª T., in DJ 01.02.2000, unânime, sendo partes Milton Oliveira Rufino e Grêmio Recreativo Escola de Samba Beija Flor

Em 1990 o País é inundado por programas de liberalização comercial e privatização, e de 1989 até 1994 o Brasil alterna momentos de participação política e de desmobilização por parte da sociedade, de euforia em transformar o País, à submissão de certos princípios políticos estabelecidos sem participação popular.

Nesse quadro, tem-se, a criação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, a criação de um outro Tribunal Superior, o STJ (Superior Tribunal de Justiça), e a recepção da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º. inciso V e X dos danos morais, alçado ao grau de garantias fundamentais.

A moral, como reflexo dessas mudanças sociais estruturais, começa a ser encarada de uma forma mais abrangente, mais próxima de seus parâmetros que a elevam a categoria de "dignidade da pessoa humana".

O Código Civil, principalmente em seu antigo artigo 159, e posteriormente já em 2003, com o artigo 186 do novo Código Civil, combinados com os parâmetros constitucionais, levam aos tribunais a visão da indenização dos danos morais, colaborando para que na jurisprudência torne-se dominante o entendimento de sua reparação, cumulado ou não.

Os direitos humanos já não são percebidos como estaleiro de idéias subversivamente comunistas. E, nesse sentido merecem atenção especial, pois os direitos e garantias fundamentais será o passo seguinte da história do Direito relativo à dignidade da pessoa humana.

Leis, regulamentos, decretos, são editados, buscando resguardar os direitos do homem, enquanto ser global, e não mais como um perigo em potencial para a instalação de um regime totalitário.

O julgamento dos danos morais sofre verdadeira transformação quanto à sua cumulação com os danos materiais, e isso terá reflexos futuros, quanto à preocupação constante dos julgadores em não tornar o fenômeno de danos morais, uma loteria, assim retomando o motivo principal, desde meados dos anos 80, para perceber claramente como houve a transformação do entendimento majoritário, e, por conseguinte, unânime, dos tribunais superiores.

Em 1982, todos os julgados do STF afirmavam que a cumulação dos danos morais e materiais era impossível, e já havia sido firmada a jurisprudência do Supremo nesse sentido.

Mesmo que nessa época, diversas obras de juristas renomados, defendessem a reparação dos danos morais de modo autônomo, essa visão era repudiada pelo STF, como afirmava o Ministro Relator Soares Muñoz, no Recurso Extraordinário de n.º 98942¹¹⁸, ao inferir sobre a obra de Cahalli, e não conseguia aceitar nesse âmbito, que o jurista percebesse como base dos julgados de danos morais, os artigos 1537, 1538, 1543, 1547, 1548, 1549 e 1550 do Código Civil, que confirmava, já estar inclusa em tais dispositivos, a indenizabilidade dos prejuízos morais.

EMENTA: Responsabilidade civil. Cumulação da indenização do dano moral com a condenação de pensionar a companheira da vítima. Pedestre colhido e morto por um trem em passagem de nível habitual e perigosa. Condenação da empresa proprietária da composição ao pagamento de pensão à companheira da vítima, além de indenização pelo dano moral. Cumulação de indenizações que diverge da jurisprudência da Corte. Recurso extraordinário conhecido e provido". Publicação. DJ DATA-17-12-82 PG-13215 EMENT VOL-01280-09 PG-02431 RTJ VOL-00105-02 PG-00865 Julgamento-03/12/1982-PRIMEIRA-TURMA-Classe-/Origem-RE-8942/RJ-RECURSO-. Relator(a) Min. SOARES MUNOZ.

Nesse patamar citam-se diversos julgados do Ministro Moreira Alves e do Ministro Antonio Neder, confirmando assim que na década de 80 o Supremo não admitia a acumulação de danos, que foram posteriormente seguidos pelos Ministros Djaci Falcão no RE 108487¹¹⁹, em 1986, onde relata centenas de acórdãos nesse sentido, provando que o Supremo tem voz ativa e firme quanto à pacificação da jurisprudência nacional nesse sentido:

EMENTA: Responsabilidade Civil. Acolhimento de arguição de relevância. Na indenização decorrente de acidente não se acumula o ressarcimento do dano moral com o dano material. Recurso extraordinário

¹¹⁸ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

¹¹⁹ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

provido, para excluir-se da condenação a verba concernente a dano moral. Votação: unânime. Resultado: conhecido e provido RELATOR(A)- MIN. DJACI FALCÃO.

A elaboração de critérios pelos juízes pode ser compreendida lançando mão de Samuel Beckett¹²⁰ ao estudar Proust, em que relata o homem em sua visão sobre outro homem, e assim, detecta a dificuldade do homem para compreender que o ser humano não é um objeto que pode ser construído, amoldado, como se faz com edifícios, mas, sua essência está mais próxima da planta, porque como uma árvore, o tronco, o que a sustenta, e os ramos, que seriam as interferências na vida social, são expressões da seiva interior que alimenta essa árvore.

O entendimento do Supremo continuou seguindo uma tendência oposta à inferência de Beckett sobre a compreensão do homem, e durante a década de 80, não aceita a cumulação dos danos morais e materiais, tanto que no Recurso Extraordinário 99029¹²¹, julgado em 18.03.1983, o Ministro Moreira Alves, afirma que o STF já firmou o entendimento de que não se acumulam as indenizações referentes a danos patrimoniais e a danos morais, visto como a referente a estes e absorvida pela relativa àqueles.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Ministro Soares Muñoz, no Recurso Especial 98942¹²², julgado em 03.12.82, verifica que a doutrina e a jurisprudência dos tribunais de origem, já firmam posição a favor da cumulação dos danos materiais e morais, e ainda, que o Supremo permanece firme no entendimento de que devem, os danos morais, ser ressarcidos, mas, não quando já há ressarcimento para os danos materiais.

Afirma ainda que o Supremo não nega mais a reparação dos danos morais, mas, não os indeniza de forma cumulada com os danos materiais. Nessa mesma linha ainda, o Recurso Extraordinário 108487¹²³, julgado em 25.02.1986, reafirma a posição.

¹²⁰ BECKETT, Samuel. *Proust*. Editora LPM, São Paulo, 1986, p. 53.

¹²¹ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

¹²² Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

¹²³ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

Sérgio Cavalieri Filho¹²⁴, infere que a maior inovação introduzida pela Constituição de 1988, diz respeito aos danos morais, dando-lhes uma nova feição e maior dimensão, por razões simples: o dano moral à luz da Constituição Federal nada mais é do que a "valoração do direito à dignidade", e considerando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário de direito à dignidade, que a Constituição Federal de 1988, inseriu em seu artigo 5º. Incisos V e X, a plena reparação do dano moral.

O desembargador carioca retira daí as seguintes conseqüências: o dano moral passará a ser considerado sem banalizações, uma vez que, apenas as agressões que atinjam a dignidade humana, o sentimento pessoal de dignidade, e que fugindo à normalidade, causem sofrimento, vexame e humilhação intensos, ou alterem seu equilíbrio psicológico, será alvo de indenização.

Ao afirmar que a constitucionalização do direito à reparação ao dano moral cessa em definitivo com a controvérsia de outrora sobre a indenização do dano moral puro e de sua cumulabilidade com o dano material, deixa de auferir que ainda há muitos julgados de tribunais superiores que ainda não ultrapassaram tal barreira.

Neste diapasão, a constitucionalização dos danos morais não conseguiu cessar de pronto tais impasses.

Mesmo com relação aos limites indenizatórios previstos na Lei de Imprensa e em leis especiais, ainda se têm julgados que se pautam nesses parâmetros.

Seguem essa linha de raciocínio alguns tribunais, como no acórdão prolatado na Apelação em Sumário n.º 759.604-3¹²⁵, pela Décima Câmara de Férias, de janeiro de 1998, do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que por votação unânime, julgou inadmissível a indenização por danos morais, aos familiares de uma vítima acidentada fatalmente por um ônibus, porque o evento teria ocorrido antes da edição da Constituição Federal de 1988.

Em seu voto, o relator juiz Antonio de Pádua Ferra Nogueira, acompanhado pelos juízes Remolo Palermo e Paulo Hatanaka, afirma que em

¹²⁴ CAVALIERI Fº., Sérgio. *Responsabilidade civil constitucional*. In Revista Forense. Volume 348. pgs. 197/203.

¹²⁵ LEX. Volume 175. pgs. 278/282.

1980, época do acidente, a reparação dos danos morais não era concebida na hipótese, sendo que só em 1988 passou a ser permitida, e assim, impossível a retroatividade da norma.

Arremata afirmando que:

“em face do direito intertemporal, essas normas do direito civil foram aditadas com o advento da nova Carta Federal de 1988 só passando a beneficiar os casos ocorridos a partir de sua promulgação”.

No início dos anos 90, o Superior Tribunal de Justiça inicia seus julgamentos admitindo a cumulação dos danos morais com os materiais, e no Recurso Especial de 22.10.1990, n.º 5547-4¹²⁶, originário de São Paulo, o relator, Ministro Ilmar Galvão, já aponta a nova vertente daquele tribunal, ao dar seu voto, colocando claramente a posição do STJ contrária às decisões do STF, relativas à cumulação dos danos morais.

Afirma assim, que nenhum tribunal superior do País pode mais esquecer que já existe harmonia entre a opinião generalizada dos doutrinadores e a laboriosa jurisprudência, que se delinea vitoriosa, construída à base da interpretação dos artigos 159 e 1.537, inciso II do Código Civil, e desenvolvida em torno da indenização causada pela morte do filho menor, de que são perfeitamente cumuláveis a reparação por danos morais e materiais.

Ressalta ainda que, de uma posição irredutível no que concerne à reparação dos danos morais, percorreram os tribunais um longo e árduo caminho, que passou pela reparabilidade dos danos morais por via de reparação de seus efeitos patrimoniais, até chegarem à ampla reparabilidade.

Embora o Ministro Moreira Alves, ao proferir seu voto no Recurso Extraordinário de n.º. 84.718¹²⁷, tenha afirmado que no direito brasileiro, mesmo em face do sistema adotado pelo Código Civil, o dano, simplesmente moral, pode ser ressarcido, como entende a maioria da doutrina, e que, o inciso II do seu artigo 1.537, não representa obstáculo intransponível para o dano moral

¹²⁶ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

¹²⁷ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

resultante da morte, quando a vítima não prestasse, por essa ocasião, alimentos a quem quer que fosse.

Nesse sentido a Súmula 491 do STF afirmava que devia ser reparado o dano potencial causado às famílias modestas, mesmo que o filho menor fosse apenas fonte de despesa por ocasião de sua morte, uma vez que representava uma ajuda futura à família, e em tais decisões o Supremo só havia afastado o óbice do inciso II do artigo 1.537 do Código Civil, tanto assim, que mandava calcular esse dano potencial por arbitramento, ou seja, na forma prevista pelo artigo 1.536, como também é verdade, que fazendo assim dava-se um colorido pecuniário a um dano que era puramente moral.

A par dessa posição, o Ministro Ilmar Galvão, do STJ, oferta crítica quanto à visão do STF que admite a indenização dos danos morais na morte do filho menor, que não trabalha, mas, o faz por via reflexa do que representava a sua presença no meio familiar, em termos potenciais de futura ajuda, e nesse registro, outra coisa não fez o Supremo, senão procurar contornar o óbice do inciso II do artigo 1.537 do Código Civil, para conceder indenização por danos morais, e dessa forma, quando o dano moral é indenizado por via indireta, não admite aquela Corte concomitante indenização direta do mesmo dano.

É que aí, a rigor, inexistente dano patrimonial a indenizar-se, correndo a indenização deferida, por conta, pura e exclusivamente, dos danos morais, não passando assim, esse artifício do STF, de mera manobra destinada a contornar o mencionado óbice legal.

Continuando a sua crítica, o Ministro Ilmar Galvão, assevera que é fácil verificar que essa solução é totalmente inadequada, uma vez que se indenizando o dano moral indiretamente, deixa-se de indenizar o dano material, daí o imperativo da dupla indenização, a moral, pela dor sofrida com a perda do filho, e a material, pela ajuda em potencial que o filho representaria no seio da família.

Registra-se ainda, nessa afirmação do Ministro Galvão, um parêntese quanto à interpretação do Código Civil, lembrando que, o legislador, ao mencionar o dano como elemento essencial à reparabilidade civil, o faz sem concluir ou transparecer que é dano somente material.

O mesmo sucede com o artigo 1.518, onde nada autoriza o entendimento que o direito violado gerará uma indenização simplesmente patrimonial. E na mesma linha de raciocínio incorrem os artigos 1.543, 1.547, 1.548, 1.549 e 1550, que indicam expressamente o modo de liquidar-se o dano moral, o que não traduz uma enumeração taxativa, já que no artigo 1.553 ficou estabelecido que, nos casos não previstos, a indenização será fixada por arbitramento.

Nessa cadência, entrevê o Ministro Galvão, a perfeita integração do Código Civil para possibilitar a indenização dos danos morais, já que usa a expressão "*luto de família*" no inciso I do referido artigo 1.537, que não deve ser usado no sentido popularmente propalado, ou seja, na "*vestimenta lúgubre*", mas, no profundo sentimento de tristeza pela perda do ente querido.

O Ministro Vicente Cernicchiaro afirma que a resistência dos civilistas em admitir indenização por danos morais, durante muito tempo, fundamenta-se no fato de que o Direito Civil conceitua o patrimônio como sendo o conjunto de bens avaliados monetariamente, assim, só integra o patrimônio aquilo que tem valor de troca. Entretanto, o patrimônio, além do valor de mercancia, encerra também o acervo relativo ao sentimento, ao interesse e à solidariedade humana.

Dessa forma, o Código, ao estabelecer parâmetros para indenização quanto à responsabilidade civil, o faz de forma a indenizar aquilo que efetivamente se perdeu e, razoavelmente se deixou de lucrar, amalgamando a impressão que só se indeniza o dano material.

A postura até então esposada pelo Supremo Tribunal Federal, de repúdio à cumulação dos danos morais e materiais, sofre um abalo; primeiro, com o advento da Constituição Federal de 1988, e sua recepção aos danos morais, como garantias individuais, estabelecida no artigo 5º. inciso X, e, segundo, pela criação da Súmula 37 do STJ em 12.03.1992, fruto dos precedentes daquele Tribunal, no sentido de aceitar a reparação dupla dos danos; e assim, o Supremo passa a admitir a cumulação dos danos morais e materiais.

No Recurso Extraordinário 192593¹²⁸, de 13.08.1999, o relator, Ministro Ilmar Galvão, aponta os fundamentos que levaram o Supremo a aceitar tal postura:

“A República conferiu ao dano moral status constitucional ao assegurar, nos dispositivos sob referência, a sua indenização quando decorrente de agravo à honra e à imagem ou de violação à intimidade e à vida privada. A indenização por dano moral é admitida de maneira acumulada com o dano material, uma vez que tem pressupostos próprios, passando pelo arbítrio judicial, tanto na sua aferição quanto na sua quantificação”.

Isto não poderia deixar de refletir nos tribunais, porque nesta época é editada a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça:

“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Tanta a preocupação em assegurar os direitos do homem, que em 1988 é promulgada uma nova Carta Magna, onde a moral é preservada dos danos que possam vir a lesioná-la. Assim, o artigo quinto da Constituição Federal, determina:

“inciso V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano (...) moral (...)”;

“inciso X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano(...)moral decorrente de sua avaliação”.

Nestes moldes, os tribunais já começam a admitir a indenização por “dano moral puro”, com base no *“pretium doloris”*. Os tribunais adquirem uma nova visão nesse assunto em particular, e percebe-se que nos idos dos anos 80, em voto vencido, os julgadores destacam a *“reparação do dano moral e do dano material”* como institutos autônomos, que não se confundem, quanto muito se completam. Alguns acórdãos ilustram essa tese:

¹²⁸ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

Tribunal de Alçada Civil do Rio de Janeiro - A.C. de n. 48.117¹²⁹
data: 12.08.80: "Voto vencido: (...) em se tratando de filho menor que não exercia atividade laborativa, a indenização fica restrita às despesas com o funeral e o dano moral". Juiz: Luiz Eduardo Rabello;

A.C. de nº. 3847¹³⁰ data: 10.07.84: "Voto vencido: A doutrina e a jurisprudência acolhem a reparação pecuniária do dano moral. Se, além disso, surgem também prejuízos patrimoniais, o ressarcimento destes não cobre por si só a reparação dos outros. Nenhum 'bis in idem' na espécie". Juiz: Paulo Roberto Freitas;

A.C. de nº. 40739¹³¹ data: 28.05.86: Voto vencido: O artigo 159 do CC, ao cogitar do dano como elemento da responsabilidade civil, não diz que o dano indenizável é somente o dano material. Bem ao contrário, o vocábulo 'prejuízo', empregado no aludido dispositivo legal, alcança qualquer dano, seja material, seja moral, conclusão que está em perfeita sintonia com a regra hermenêutica, de acordo com a qual a lei não distingue ao intérprete não cumpre fazer distinções". Juiz: Wilson Marques;

Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Proc. nº. 371820-4/00¹³² data: 05.05.87: "Responsabilidade Civil. Acidente ferroviário. Atropelamento. Indenização. Dano Moral. Cumulação com dano material. Art. 1538, p. 2 do CC. Admissibilidade". Rel. Vasconcellos Pereira;

Ap.c. nº. 375247-8/00¹³³ data: 01.10.87: "Responsabilidade Civil. Acidente de trânsito. Dano moral. Reconhecimento do trauma psicológico. Indenizatória procedente". Rel. Guimarães e Souza.

Embora haja julgados no sentido de indenizar o dano moral puro, ainda o Supremo persiste na afirmação que não se cumulam "*danos materiais com danos morais*", evidenciando nestes termos, o descrédito à reparabilidade do dano moral.

¹²⁹ CD Iuris da Ed. Saraiva.1999.

¹³⁰ CD Iuris da Ed. Saraiva.1999.

¹³¹ CD Iuris da Ed. Saraiva.1999

¹³² CD Iuris da Ed. Saraiva.1999

¹³³ CD Iuris da Ed. Saraiva.1999

Diante desse panorama, alguns tribunais reconhecendo a cumulabilidade do dano patrimonial e moral, isto é, reconhecendo o dano moral como fonte real e concreta de indenização, começam a pressionar a mudança da percepção da extensão do dano moral. Alguns acórdãos ilustram essa assertiva:

Superior Tribunal de Justiça Ac. nº. 000638¹³⁴, julgado em 20.03.90. "Responsabilidade Civil. Acidente de trânsito, com morte do filho maior de idade, residente no lar paterno (...) Se indenizável a morte do filho menor, mesmo de tenra idade – Súmula 419 do STF, com expectativa de perda patrimonial apenas nas bases de falíveis hipóteses, com mais razão é indenizável a morte do filho maior e trabalhador. Indenização compreensiva do dano patrimonial e do dano moral. (...)". Rel. Ministro Athos Carneiro.

Acórdão de nº. 9982¹³⁵ j. 01.10.91. "Resp. Civil. Indenização. Dano moral e dano material. Acumuláveis são as indenizações por dano moral e patrimonial precedentes do STJ". Rel. Ministro Barros Monteiro.

Acórdão de nº. 3774¹³⁶ j. 18.02.92. "Dano Moral Puro. Caracterização. Sobrevindo, em razão do ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização". Rel. Ministro Barros Monteiro.

Acórdão de nº. 21148 j. 24.03.92. "Civil. Ação de Indenização. Morte de menor. Dano Moral e Dano Material. Cumulação. Art.1.537 do CC. Súmula 37 do STJ. Assentado na jurisprudência do Egrégio Tribunal Superior de Justiça, com respaldo, inclusive, na melhor doutrina, o entendimento no sentido de admitir-se a indenização, cumulativamente, por dano moral e material, ainda que derivados do mesmo fato". Rel. Ministro Waldemar Zveiter.

¹³⁴ Home Page Oficial do Superior Tribunal de Justiça. www.stj.gov.br

¹³⁵ Home Page Oficial do Superior Tribunal de Justiça. www.stj.gov.br

¹³⁶ Home Page Oficial do Superior Tribunal de Justiça. www.stj.gov.br

No decorrer desse período, a extensão do dano moral modifica-se à medida que modificam-se as estruturas sociais, e neste patamar, cumpre lembrar o que Antonio Carlos Amaral Leão¹³⁷ afirma:

“O ser humano tem uma esfera de valores próprios que são postos em sua conduta não apenas em relação ao Estado, mas também, na convivência com os seus semelhantes. Respeitam-se, por isso mesmo, não apenas aqueles direitos que repercutem no seu patrimônio material, mas aqueles direitos relativos aos seus valores pessoais, que repercutem nos seus sentimentos. Não é mais possível ignorar esse cenário em uma sociedade em que se tornou invasora porque reduziu distâncias, tornando-se pequena, e, por isso, poderosa na promiscuidade que propicia.”

Nessa postura que vem tomando corpo, com um julgamento mais voltado para a indenização do dano moral, seja cumulado ou não com o dano material, não consegue ser ainda uma unanimidade.

Como diz Maria Isabel de Matos Rocha¹³⁸:

“No Brasil, a jurisprudência durante muito tempo só admitiu a ressarcibilidade do dano moral que também está associado a um prejuízo pecuniário. Se não existisse este, o dano moral não poderia ser indenizado. Indenizar-se-ia, afinal, só o dano patrimonial indireto. (...) Este entendimento negava, como nega, a ressarcibilidade autônoma do dano exclusivamente moral. Indeniza-se o prejuízo resultante da impossibilidade para o trabalho, em virtude de lesão corporal, desconsiderando-se o dano da própria lesão corporal em si, se esta não tiver aquele efeito.”

A doutrina recente tem procurado descortinar formas de indenizações que consigam se aproximar, o quanto possível, da reparação dessa lesão à moral. Tanto assim, que Augusto Zenun¹³⁹, repudia o “valor monetário” ao dano moral, e assevera:

¹³⁷ LEÃO, Antônio Carlos Amaral. *Considerações em torno do dano moral e a pessoa jurídica*. In *Revista dos Tribunais*. Vol. 689. p. 10.

¹³⁸ ROCHA, Maria Isabel de Matos. *A reparação do dano moral da morte*. In *Revista dos Tribunais*. Vol. 689. p.101.

¹³⁹ ZENUN, Augusto. *Dano Moral e a sua Reparação*. Ed.Forense. S.Paulo. 1995. p. 131.

“Diante desse impasse é que sugerimos o arbitramento de derivativos suficientes e capazes de minorar a dor, ou por melhor explicar, as seqüelas que a dor causa (sentimentos, depressão, desvios da normalidade da vida, alheamento parcial ou total).”

Para Zanun¹⁴⁰, o “*pretium doloris*” é amoral. Sustenta ser inadmissível a pretensão de “fixar” um valor para o dano moral. E vai mais adiante com sua postura, ao dizer:

“(...) o indivíduo, em qualquer dessas hipóteses, estaria alienando o respectivo patrimônio moral, o que consiste, em real verdade, no último grau de degradação, repugnante à formação cristã, donde ser correto nosso entendimento.”

Mas esses “*derivativos*” que visam “*recuperar*” o ofendido, não deixam de ser uma “*quantia*” em dinheiro. Pode não ser um preço para a dor, porque realmente impossível medi-la, quantificá-la, mensurá-la, mas, o dinheiro, a pecúnia, teria o condão de amenizá-la, e não teria um valor de troca.

O autor, em referência, não deixa de ter o mérito de vislumbrar esse aspecto, mas, na realidade o derivativo terá sempre um valor econômico. Nesse sentido Antonio Chaves¹⁴¹, citando o Professor Clayton Reis, assim coloca:

“(...) não se pretende avaliar o ‘pretium doloris’ mas compensar o dano sofrido pela vítima. Além disso, é mister considerar que ‘o direito não é feito para os anjos e sim para os homens, com sua grandeza e suas mesquinhas – ni bête ni анги, como disse Pascal’ (...) ‘A condição de impossibilidade matemática exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não de seu prejuízo’ (...).”

A dificuldade reside na “*equiparação econômica*”, na “*quantificação pecuniária*” da dor, do sofrimento. Todo esse critério de fixação e de avaliação deveria ser balizado pela experiência e pelo bom senso do julgador.

¹⁴⁰ op. cit. p. 133.

¹⁴¹ CHAVES, Antonio. *Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais*. In Revista Forense, Vol. 331. p. 62.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido no Ac. 32312¹⁴² j. em 05.08.97, afirma o caráter da reparabilidade do dano moral que não se assemelha à indenização dos danos materiais, e insiste nesse ponto de vista:

“Danos patrimoniais e moral. Cumulatividade. A indenização do dano patrimonial objetiva a recompor as perdas materiais sofridas, de tal sorte que a situação econômica da vítima retorne ao status quo antes da lesão. Já no atinente ao dano moral o que se atribui ao lesado é uma mera compensação, uma satisfação, um consolo, para amenizar o pesar íntimo que o machuca e amainar a dor que maltrata. “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (Súmula 37/STJ)”. Rel. Ministro César Asfor Rocha.

Também o nome da pessoa é visto com a importância profunda e verdadeira de característica essencial que abriga ou seja valoriza sua lesão, dessa forma no acórdão de n. 58783¹⁴³ j. em 09.06.97, já se verifica a apreciação por parte do tribunal:

“Dano Moral. Protesto de duplicata. Pagamento. Pedido de Indenização. Estando a duplicata paga, procedeu mal o Banco, apontando o título em cartório, que o protestou. Segundo o acórdão recorrido, ‘a autora teve sua reputação comercial atingida e seu nome maculado junto à praça’, o que é suficiente para justificar o pedido de indenização moral. A diminuição patrimonial justifica a indenização por dano material”. Rel. Ministro Nilson Naves.

Expor a dor não basta, afirmar que todos sabem o que representa não faz prova para os tribunais, segundo Zenun¹⁴⁴, seria imperativo a realização de exames capazes de verificarem a realidade psicológica para indicarem, desse modo, o remédio útil que eliminasse a causa da dor moral ou do transtorno afetivo, de forma justa.

Seria esse tipo de diagnóstico amplo e preciso o bastante para verificar a dor e o tormento pelo qual passa uma pessoa que perde um filho?

¹⁴² Home Page Oficial do Superior Tribunal de Justiça. www.stj.gov.br

¹⁴³ Home Page Oficial do Superior Tribunal de Justiça. www.stj.gov.br

¹⁴⁴ ZENUN, Luis Junqueira. *Dano Moral - Breves Anotações*. In Revista Forense. Volume 348. pgs. 453/457.

Nesse ponto, ainda permanece vacilante a jurisprudência nacional, ao verificar se o dano moral decorre ou não de simples conceito textual, percebe-se que há esforço por parte dos julgadores, em conferir um denominador comum que tenha o condão de dar um valor efetivo aos “danos morais”, e assim Cristiano Almeida do Valle¹⁴⁵ destaca que:

“a confusão de conceitos sobreveio, cerceando uma sistematização. (...) Os tempos são outros e o direito evolui em função das necessidades e do progresso da sociedade. Logo, os juristas só podem sentenciar dentro das solicitações de sua época, deixando, pois, para trás as idéias retrógradas, tão inocentes, que tanto emperravam os anseios da Sociologia Jurídica”.

Neste sentido, já se vislumbra alguns julgados que tentam nessa seara, um entendimento da dor baseado em diagnose pericial, com o fito de alcançar a verdadeira extensão do dano moral, como por exemplo:

Primeiro Tribunal de Alçada Civil de S.Paulo: Proc. nº. 720540¹⁴⁶, julgado em 23.03.98:

“Responsabilidade Civil. Acidente de trânsito. Medicamentos e equipamentos ortopédicos. Existência transação que isentou o réu apenas do pagamento dos danos materiais. Comprovação das despesas de tratamento havidas após acordo. Seqüelas incapacitantes demonstrada por perícia. Verba devida. (...) Resp. Civil. Acidente de trânsito. Dano Moral. Vítima que se submeteu a intervenções cirúrgicas. Ocorrência de perturbações psíquicas. Verba devida. Possibilidade de cumulação com aquela decorrente de dano material. Súmula 37 do STJ. (...)”. Rel. Hamilton Elliot Ackel.

Concluindo, a cumulação dos danos morais e materiais já é matéria pacífica na jurisprudência, no entanto, os juízes ainda encontram dificuldade diante da fixação do montante indenizatório. Quais parâmetros utilizar?

¹⁴⁵ VALLE, Cristiano de Almeida do. *Dano Moral*. Ed. AIDE. 1993. p. 90.

¹⁴⁶ CD IURIS. Ed. Saraiva. 1999.

Nos finais de 1989, como no Recurso Extraordinário nº. 112263¹⁴⁷ usava-se como parâmetros para reparação pecuniária, a tarifação proposta na Lei de Imprensa.

O fato levado a julgamento no recurso acima é sobre o jogador Almir, que teria sua vida contada pelo dramaturgo Aguinaldo da Silva em "Vida de Cachorro", novela transmitida pela Rede Globo de Televisão.

Julgada a responsabilidade objetiva dos meios de comunicação, a ação prosperou, na medida que o texto teledramático transmitido pela Rede Globo, denegriu a memória do jogador Almir, que em sede de apelação foi afirmada que a Lei de Direitos Autorais é incabível na espécie, e que se inspirar na vida de alguém para realizar uma novela ou um conto, não é ato ilícito e não há um "Código de Direitos da Personalidade".

Assim, o acórdão guerreado, asseverava que retratava na novela, o familiar dos autores de "gatuno e traficante", e isso teve uma repercussão incurável no conceito moral da família.

Tomando por base o ante projeto do código das obrigações elaborado por Orozimbo Nonato, Hanemann Guimarães, Filadelfo de Azevedo, e criticando a "derrogada de cambulhada" que sofreu inexplicavelmente o artigo 84 da Lei 4.117 de 1962, pelo Decreto Lei 236 de 1967 que revogou os artigos 58 a 99, continua o acórdão recorrido afirmando, que, outras disposições legais ficaram como escudo para o ressarcimento dos danos morais, tais como o artigo 159º. do Código Civil, robustamente demonstrado na obra de Martinho Garcez Neto "Prática da Responsabilidade Civil", e na esteira de Clóvis Bevilacqua, que justificam o interesse moral, e nesse condão, não há porque não ser indenizável.

Além dessas obras, o Recurso traz ainda o Código Brasileiro do Ar, a Lei da Imprensa, das Telecomunicações, os artigos 1538, 1539, 1543, 1547 e 1548, do Código Civil, e o artigo 21 da Lei 2681 de 1912, que permitem em harmonia com a doutrina de Wilson Mello da Silva "Dano Moral" e Lindemberg Montenegro "Ressarcimento de Danos", que defendem a reparação por danos morais em sua

¹⁴⁷ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

forma pura e sem necessidade de dolo, afigurando-se assim, a responsabilidade objetiva dos meios de comunicação.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar do STJ, em decisão de Recurso Especial de n.213811¹⁴⁸, afirma que o dano moral é um dano de direito comum e como tal, não deve estar sujeito a legislação especial para sua tarifação.

Esse entendimento firmou-se no STJ, tanto que no Recurso Extraordinário do RESP 196424/RS¹⁴⁹, decidido em 28 de maio de 2001, a Ministra Relatora Nancy Andrighi, afirmou ser os danos morais tão importantes quanto os danos materiais, sendo essa premissa aceita pacificamente pelos tribunais.

A reparabilidade da ofensa à integridade moral, talvez com mais precisão, deve ser observada sob a ótica da sensibilidade da vítima, da posição social do ofendido, da repercussão pública do fato, da repercussão na vida íntima da pessoa.

Nessa linha temos ainda o Ministro Nilson Naves, em Recurso Especial de nº. 53.321/RJ¹⁵⁰, onde afirma que o valor da indenização por danos morais não deve escapar do controle do STJ, e nesse diapasão, o Ministro Asfor Rocha em RE nº. 1998/0023942-1¹⁵¹, decidido em 19 de março de 2001, aponta que a direção é apontada pelo STJ ao estipular o valor da indenização por danos morais considerando sempre as condições pessoais dos envolvidos, evitando nesses moldes sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações do Direito.

Temos aqui definido pelo STJ que a Constituição de 1988, ao recepcionar os danos morais, o faz de tal forma que coloca nas mãos do STJ o controle de sua reparabilidade, tirando assim da Lei da Imprensa, datada de 1967, a recomendação de sua aplicabilidade, pelos fundamentos acima já expostos, aos recursos são negados seguimentos que se baseiam em discordância jurisprudencial quanto ao uso da Lei da Imprensa para o tarifamento da indenização por danos morais.

¹⁴⁸ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

¹⁴⁹ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

¹⁵⁰ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

¹⁵¹ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

Tanto foi aceito este enfoque, que a Ministra Relatora Nancy Andrighi, em 31 de maio de 2001 em RE 323856¹⁵², manifestou-se nesse sentido, sendo seguida pelo Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, em decisão datada de 06 de abril de 2001, AG 312909¹⁵³, e também no AG 377928¹⁵⁴, pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, datado de 14 de setembro de 2001, afirmando que o STJ não tem mais dúvidas quanto a não aplicabilidade do tarifamento da Lei da Imprensa, primeiro por não ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, depois, porque a indenização deve ser fruto da decisão do julgador que deverá auferir as circunstâncias de cada caso e seus elementos para que haja moderação ao ser fixado um valor indenizatório.

Nesse patamar, inclusive, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em decisão prolatada em 18 de junho de 2001, no AG 376597¹⁵⁵, reafirma de forma contundente que não existe divergência jurisprudencial quanto a essa questão, ante o cotejo analítico dos julgados confrontados, dentro dos moldes regimentais do STJ.

Seguem-se, nessa linha de raciocínio, os julgados de 2001, onde se repele o tarifamento da reparação por danos morais, como pode ser verificado nos seguintes acórdãos resumidos abaixo.

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no Recurso Especial de nº. 2001/0039096-0¹⁵⁶, julgado em 19.11.2001, afirma que não incide o art. 49, § 3º, da Lei de Imprensa em se tratando de ação de indenização por dano moral decorrente de publicação de livro. Nesse esteio, a afirmação do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no Recurso Especial 98/0022105-0¹⁵⁷, julgado em 08.10.2001, infere que a indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza.

Percebe-se que o STJ além de repudiar a tarifação no arbitramento dos danos morais, preocupa-se em coibir indenizações estapafúrdias, e assim julga

¹⁵² Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

¹⁵³ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

¹⁵⁴ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

¹⁵⁵ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

¹⁵⁶ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

¹⁵⁷ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

no sentido de afastar a limitação prevista pela Lei de Imprensa, quanto ao montante da indenização, uma vez que não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, admitindo-se a fixação do "quantum" indenizatório acima dos limites ali estabelecidos, mas, com razoabilidade e moderação, conforme abaliza o Ministro Barros Monteiro, no Recurso Especial 1997/0064935-0¹⁵⁸, julgado em 10.09.2001.

Essa apreensão dos tribunais, quanto ao valor dado para os danos morais, ainda não conseguiu ser resolvida de forma unânime. Como visto acima, o tarifamento mostrou-se inadequado, por outro lado, o arbitramento pelos juízes é um laborioso caminho a ser seguido, intransitável por vezes, e que oferece um painel ainda intrincado.

Os tribunais têm entendido que os danos morais devem ser indenizados, arbitrando-se um valor em dinheiro, mas, a dificuldade é estabelecer esse parâmetro, e assim, os pretórios têm se manifestado:

Em Acórdão da Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, na Apelação de nº. 756.682-5¹⁵⁹, o Relator Juiz Itamar Gaino, utilizando-se da doutrina de Wilson Melo da Silva, "O Dano Moral e a sua Reparação", afirma que os danos morais às vezes prescindem de provas para sua demonstração, e que a orientação da Colenda Câmara que faz parte, é no sentido de arbitrar quantia em torno de 250 salários mínimos em caso de lesões corporais.

Alguns acórdãos foram selecionados, para demonstrar essa asserção:

- Filho menor, de 7 anos, morre, danos morais arbitrados em pensão de 1 salário mínimo mensal, por 18 anos consecutivos. (TACRS proc. 197133387 de 14.10.97)¹⁶⁰
- O filho sustenta os pais, e morre, fixou-se um pensionamento e uma verba de 300 salários mínimos (cumulativamente) a título de danos morais. (STJ Resp.38115/27.10.97)¹⁶¹

¹⁵⁸ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

¹⁵⁹ LEX. Volume 175, pgs. 276/277.

¹⁶⁰ CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

¹⁶¹ CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

- .O filho mora com os pais e não os sustenta e morre, são indenizados em 100 salários mínimos à título de danos morais. (1º. TACivil S.P. proc. 668542 de 06.10.97)¹⁶²
- .O marido morre, à mulher cabe indenização por dano moral no valor de 100 salários mínimos, mais pensionamento (1º. TACivil S.P. proc.739125-8 de janeiro/98)¹⁶³
- Pessoa da família, de 70 anos, morre, a indenização por danos morais foi arbitrada em 100 salários mínimos. (1º. TACivil de S.P. proc. 726738 de 31.07.97)¹⁶⁴
- Pessoa da família, menor, morre, dano moral fixado em 15 salários mínimos. (1º. TACivil de S.P. em 30.01.97)
- .Morte decorrente de infecção hospitalar, dano moral de 200 salários mínimos. (1º. TACivil S.P. proc. 694.867 de 16.01.98)¹⁶⁵
- Mutilação física, perda dos membros superiores e um membro inferior, 1.500 salários mínimos de indenização por danos morais. (1º. TACivil de S.P. proc. 699194 de 27.02.97)¹⁶⁶
- .Perda parcial de dois dedos da mão esquerda, danos morais de 30 salários mínimos. (TACRS proc. 197125933 de 21.08.97)¹⁶⁷
- Fratura gravíssima que levou ao afastamento do trabalho por um ano e dois meses, indenização por danos morais de 20 salários mínimos.(TACRS proc. 197116981 de 14.08.97)¹⁶⁸
- .Dano moral fixado em 20 salários mínimos por exposição de foto de casamento em jornal local sem consentimento. (TJ Paraná ac. 13081 de 03.11.97)¹⁶⁹

¹⁶² CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

¹⁶³ CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

¹⁶⁴ CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

¹⁶⁵ CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

¹⁶⁶ CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

¹⁶⁷ CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

¹⁶⁸ CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

¹⁶⁹ CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

- Homicídio doloso, filho de 16 anos, dano moral indenizado na forma de pensionamento por 9 anos e mais 200 salários mínimos.(TJ Paraná ac. 13684 de 16.06.97)¹⁷⁰
- Perda trágica do filho, indenização pelos danos morais, na ordem de 600 salários mínimos. (RESP-299.717/RJ-Resp 2000100037844-22.10.01)¹⁷¹
- Valor da indenização do dano moral reduzido para 20 salários mínimos, fixado em razão das circunstâncias do caso, quanto ao consumidor. (Ministro Ruy Rosado de Aguiar, voto vencido – pela permanência do valor de 50 salários mínimos). (RESP-286202/RJ-Resp-2000/0114868-0-19/11/2001)¹⁷²
- Cabível a indenização por danos morais sofridos por passageiro em virtude de atraso de 10 horas em vôo internacional, caso em que é razoável o valor fixado em 5.000 francos Poincaré. (RESP-197808/SP-1998/0090526-0)¹⁷³

Nesse patamar, vislumbra-se que não há que se falar em entendimento pacífico quanto ao valor arbitrado a título de danos morais. Os tribunais entendem que a prova do prejuízo há que ser dispensada, para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo - o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito, conforme entendimento do STJ em RESP85019/RJ¹⁷⁴.

Conclui-se que, com relação ao arbitramento do valor aos danos morais, a unanimidade pauta-se pelo controle da indenização pelo Superior Tribunal de Justiça, na fixação a esse título, e a máxima que é recomendável para o arbitramento, é que seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu,

¹⁷⁰ CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

¹⁷¹ CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

¹⁷² CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

¹⁷³ CD IURIS Edit. Revista dos Tribunais. Maio 1999.

¹⁷⁴ Home Page Oficial do STJ.www.stj.gov.br

orientando-se o juiz pelos critérios da doutrina e da jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, como demonstrado no RESP243093/RJ¹⁷⁵, julgado em 14.03.2000.

¹⁷⁵ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

CAPÍTULO 5

DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

“Sigo o anúncio e vejo - Em forma de desejo o sabonete -Em forma de sorvete acordo e durmo -Na televisão...Creme dental, saúde, vivo num sorriso o paraíso Quase que jogado, impulsionado no comercial Só tomava chá ,quase que forçado vou tomar café Ligo o aparelho vejo o Rei Pelé Vamos então repetir o gol E na rua sou mais um cosmonauta patrocinador Chego atrasado, perco o meu amor Mais um anúncio sensacional Ponho um aditivo dentro da panela, a gasolina Passo na janela, na cozinha tem mais um fogão Tocam a campanha, mais uma pesquisa e eu respondo Que enlouquecendo já sou fã do comercial...”

(letra da música “Comunicação”)

Nas últimas décadas do século XX vive-se a expansão do consumismo, as relações cada vez mais complexas do mercado, o distanciamento entre o produtor e o consumidor, o apelo ao consumo exagerado e superficial, a agressividade dos novos meios de propaganda e publicidade, que vão se tornando inescrupulosas, irão configurando uma situação eminentemente desfavorável, ao homem médio comum, ao consumidor.

O Direito, em decorrência da mudança social e das transformações políticas, não pode deixar o homem ficar à mercê do sistema mercantil contemporâneo, assim, os institutos tradicionais do Direito sofrem com o impacto de novos tempos, os conceitos variam, a consciência autônoma passa a ser a consciência do sujeito social, e o judiciário reflete essa mudança.

Entre nós, o mesmo salientava Francisco Campos¹⁷⁶:

“Não existe nenhum sistema jurídico em que se conceda ao juiz, permissão para substituir à regra legal à que lhe seja ditada pela

¹⁷⁶ CAMPOS, Francisco de. In Revista Forense. Volume 128. p. 378.

sua consciência, ou pelo seu sentimento de justiça, ou pela sua filosofia econômica, política ou social".

Ainda pode ser vista nesse momento a importância que assume o ensinamento do jurista acima, e do Ministro Mário Guimarães¹⁷⁷:

"Deverá o juiz obedecer à lei, ainda que dela discorde, ainda que lhe pareça injusta. É um constrangimento que o princípio da divisão dos poderes impõe ao aplicador. Seria o império da desordem se cada qual pudesse, a seu arbítrio, suspender a execução votada pelos representantes da nação. Lembremo-nos, ainda uma vez, de que todo o poder emana do povo e que o povo cometeu aos membros da assembléia, e não a juízes, a tarefa de formular as regras jurídicas que o hão de governar. Admitir possa o magistrado tomar prevalecente a sua opinião, contra a exarada, por modo lúcido, no texto, fora superpor a sua vontade individual, à da maioria parlamentar, nas democracias, ou a do ditador, nos regimes discricionários".

Em meados dos anos 80 já se percebe que os danos morais começam a ser atrelados a "abalos de créditos" sofridos por vítimas que vêm seu bom nome ser prejudicado, por questões relativas ao rápido desenvolvimento da sociedade de consumo.

Desse modo, os juízes não têm como negar, uma vez que "o reflexo patrimonial" é evidente, conforme Recurso Extraordinário de nº. 75729¹⁷⁸ de 09.09.83, no qual o Ministro Relator Aldir Passarinho, afirma que as circunstâncias da espécie de "danos morais" não permitem na instância ordinária a concessão do pretendido ressarcimento, por falta de relação de causalidade.

Essa justificativa irá permanecer como óbice à reparabilidade dos danos morais nas relações de consumo por muitos anos, até à entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor.

Inicia-se assim um novo tempo onde a sociedade se assenta cada vez mais em uma proposta sutil e instável: a liberdade de escolher e a liberdade de consumir.

¹⁷⁷ GUIMARÃES, Mário. O Juiz e a Função Jurisdicional. Forense, Rio, 1958, pgs. 330/331.

¹⁷⁸ Home Page Oficial do STF. www.stf.gov.br

O conflito se instala no seio da sociedade brasileira, às vezes, de forma imperceptível. De um lado, empresários e trabalhadores que pretendem, na esfera da produção, lucros e salários cada dia mais elevados, e de outro, o consumidor, que é o empresário e o trabalhador, transferidos de posição, que reclamam por preços mais baixos, segurança máxima nos produtos e aos serviços colocados no mercado à sua disposição, um maior controle dos mecanismos de persuasão nas vendas, enfim, parâmetros conhecidos na relação de consumo.

O Brasil entra nos anos 80 com novo estilo de vida. O brasileiro, agora um consumidor, vê aumentar seu leque de escolha de produtos, que variam a seus olhos, em forma, tamanho e preços; massifica-se o consumo de bens duradouros para satisfazer suas necessidades mais elementares, vê diante de seus olhos alterar o conceito de missão da empresa, que antes era vista como fábrica de produção, e agora é um poderoso conjunto de estratégias de marketing em um jogo que irá determinar o grau de competitividade e permanência de marcas no mercado.

A sociedade de consumo transforma nutrição em gastronomia, a sexualidade em erotismo, o descanso do trabalho em ócio, a compra num espetáculo permanente, a venda numa arte, e assim, o consumo torna-se um espetáculo.

Os shoppings, que em São Paulo são conhecidos por “praia do paulistano”, agregam uma multidão alegre, barulhenta, colorida, como se fossem a um espetáculo musical, e, dentro desses nichos vêem-se com toda igualdade, pregada pelos mais ilustres filósofos e políticos de todos os tempos, pois ali desaparecem classes sociais, diferenças culturais, e o consumo democratiza as relações.

Nessa linha de raciocínio o Acórdão prolatado pelo STJ, em 17.08.1999, aponta exatamente esse perfil do Shopping Center¹⁷⁹ atualmente e moraliza as relações, através de condenações à atitudes como a descrita nesse aresto:

¹⁷⁹ RT Volume 775. p. 211.

EMENTA: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. AGRESSÕES POR SEGURANÇAS DE SHOPPING CENTER. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. HONORÁRIOS. CONDENAÇÃO. OBSERVÂNCIA AO ART. 21, CPC. RECURSO DESACOLHIDO. I - A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica. II - Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088) 17/08/1999.

O ciclo de vida dos produtos diminui consideravelmente. Acabou a velha história de ter em casa uma geladeira que relembre décadas de uso em família. Os produtos, além de possuírem um tempo de desgaste menor, peças e materiais efêmeros, possuem *designs* que combinam com a evolução do tempo. Cada dia as máquinas tornam-se sofisticadas, e fazem do ser humano um consumidor de produtos altamente evoluídos, que mesmo sem ter como acompanhar esse progresso, compra um computador de última geração, um *palmer*, um *notebook*, um celular, mas sequer chaga a usar toda a parafernália de possibilidades informatizadas que esses novos produtos oferecem, por estar em dissonância com sua necessidade.

O estudo do consumismo, segundo o projeto da educação do consumidor de Portugal¹⁸⁰, encontra-se ainda mal assimilado entre nós.

"O consumismo provém da palavra anglo-saxônica consumerism, e aparece associado quer à dimensão coletiva dos interesses do consumidor, quer ao contra-poder, ou ação de lobbying das organizações de consumeristas face às empresas, quer à participação espontânea ou

¹⁸⁰ Disponível somente na Internet no site www.ic.pt do consumidor/material pedagógico/sociedade consumo_.htm

elaborada dos consumidores nas decisões sócio-econômicas que os afetam, quer ainda à intervenção organizada dos poderes públicos nos terrenos legislativo, repressivo, informativo ou preventivo, para corrigir situações lesivas dos interesses dos consumidores, designadamente em ambientes onde o protagonismo do movimento de consumidores é inexpressivo ou carecido de influência.

O consumerismo, sob a forma do aparecimento de associações de consumidores, emerge da consolidação da sociedade de consumo, no final dos anos 50, designadamente nos EUA, Canadá, nalguns países da Europa do Norte e Central, Austrália, Nova Zelândia e Japão. Nos anos 60, o fenómeno do consumerismo passa a interessar às empresas e suscita a intervenção institucional, a pretexto da melhoria do funcionamento da concorrência e do combate às manobras protecionistas. Hoje, ganhou projeção universal, tal como foi conhecido pela Assembléia-Geral da ONU, em 1985, ao aprovar os princípios orientadores da proteção do consumidor.

Pode-se definir consumerismo como a ação social dos grupos, instituições e pessoas que procuram fazer valer os direitos legítimos do consumidor, melhorar a qualidade de vida e renovar o sistema de valores sociais graças ao protagonismo cívico e político no consumo.

A partir do momento em que se estabelece a cisão entre o produtor e o consumidor, o indivíduo vive num sistema social com normas, leis, valores e sanções que são diferentes daquelas que se aplicam ao indivíduo na sua residência. Acresce que o sistema produtivo determina não somente as condições de vida do indivíduo como produtor: também como consumidor o indivíduo é obrigado a submeter-se às leis do sistema de produção."

Os anos 80, além de apresentarem essa mudança no aspecto do homem, enquanto consumidor, entra em cena com a nova Constituição Federal de 1988, que trará em seu artigo 5º a proteção da moral como garantia fundamental do homem, a obrigatoriedade de velar pelo consumidor, e por conseqüência, a criação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, que protegerá o

consumidor nessa relação de hipossuficiência diante do novo quadro social e econômico que passa o brasileiro então a conviver e a interagir.

Assim, vem o STJ, formando essa trilha, desde sua criação, de parâmetros claros quanto aos direitos do consumidor, que como pólo integrante dessa relação de consumo, vive a sua hipossuficiência diante de uma sociedade mediática, e que impõe cada vez mais suas regras, aumentando cada vez mais a distância entre o ser humano e o auto comando de seu destino.

O Ministro Ruy Rosado, RESP 173526¹⁸¹, afirma que "essa desigualdade" ofende o bom senso, e que os fundamentos do direito privado não se prestam apenas à defesa do cidadão contra o Estado, mas, criam o dever de proteção dos direitos desse cidadão na sua esfera privada, dimanando daí efeitos sobre terceiros, e que o Código do Consumidor traz regra expressa que defende o consumidor de atos arbitrários das empresas.

Alguns Ministros ao votarem, no recurso especial sob comento, não recepcionaram o CDC, e chegam a afirmar que o mesmo em nada inova o Código Comercial e os Tratados Internacionais, como assevera o Ministro Bueno de Souza, ao prolatar seu voto, que em contrapartida é o oposto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, citando o jurista Nelson Nery Junior, ao afirmar que o CDC ao contrário de outros Códigos legais, não limita e é contra a tarifação dos danos morais, porquanto, esses devem sempre ser indenizados em sua integralidade.

Demonstra-se que o Código de Defesa do Consumidor ao retirar da legislação civil e demais leis esparsas a regulamentação da atividade humana relacionadas ao consumo, o faz de forma a criar princípios e regras em que se sobressaem, não mais a igualdade formal das partes, mas, a vulnerabilidade do consumidor, que por ser a parte mais fraca nessa relação deve ser protegido em toda sua amplitude.

Analisando e retomando dentro dessa tessitura as mudanças ocorridas no seio social, o STJ, em 1995, com declaração de voto do Ministro Eduardo Ribeiro, RESP nº. 58736¹⁸², nega o nexos causal da perda e extravio da bagagem em vôo internacional, afirmando que o código de defesa do consumidor não poderia

¹⁸¹ Home Oficial do STJ. www.stj.gov.br

¹⁸² Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

alterar um tratado internacional, como o de Varsóvia, onde se opõe o Ministro Nilson Naves, em seu voto vista, e afirma que houve sim danos morais, ao ser o consumidor aborrecido pelo fato de tantas idas e vindas ao aeroporto, pela humilhação e pelo fato de ter que comprar novamente suas coisas, que o faz pelo artigo 159 do CC e não pelo CDC, arbitrando os danos morais em 100 (cem) salários mínimos.

O Ministro Eduardo Ribeiro, em aditamento de voto esclarece que não está discutindo a tese do desbordamento da Convenção de Varsóvia, mas, que não reconhece, isso sim, o pressuposto fático não demonstrado pelo autor nos autos, com relação aos danos morais sofridos.

Mas, a exigência maior do momento atual é captada pelo CDC, que luta contra a devastação do ser humano enquanto sujeito de direitos, e regra os seus privilégios de usufruir desses direitos, e assim em 1998, percebe-se que o STJ no caso do RESP. de nº. 165.727¹⁸³, proveniente do Distrito Federal, quanto à inclusão do nome do consumidor no SPC e no SERASA, tem firmado entendimento que gera dano moral, uma vez que a mera inclusão já é uma demonstração das conseqüências desastrosas para o consumidor:

EMENTA: "Direito do Consumidor. Inscrição indevida no SPC. Furto do cartão de crédito. Dano moral. Prova. Desnecessidade. Comunicação ao consumidor de sua inscrição. Obrigatoriedade. Lei 8.078/90, art. 43, § 2º. Doutrina. Indenização devida. Fixação. Precedentes. Recurso parcialmente provido. I - nos termos da jurisprudência da turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes "a exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular" nesse cadastro reparável o dano oriundo da inclusão indevida. III - é de todo recomendável, aliás que a comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros, como o ocorrido no caso. Assim agindo, estará a empresa tomando as precauções para escapar de futura responsabilidade. iv - não

¹⁸³ RSTJ VOL.: 00115 PG: 00369.

se caracteriza o dissídio quando os arestos em cotejo não se ajustam em diversidade de teses”. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira. -resp-165727/df-recurso-especial-(1998/0014451-0).

Outros ministros do Tribunal superior já estão pacificando jurisprudência no mesmo sentido, como o Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Recurso Especial nº. 285401/SP:

EMENTA: SERASA. Inscrição de nome de devedora. Falta de comunicação. A pessoa natural ou jurídica que tem o seu nome inscrito em cadastro de devedores tem o direito de ser informado do fato. A falta dessa comunicação poderá acarretar a responsabilidade da entidade que administra o banco de dados. Recurso conhecido e provido, para julgar procedentes as ações. RESP 285401/SP-RECURSO-ESPECIAL (2000/0111763-7) Min. RUY ROSADO DE AGUIAR 19/04/2001 - Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros ALDIR PASSARINHO JUNIOR, BARROS MONTEIRO e CESAR ASFOR ROCHA. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente e Relator.

Assim, de acordo com o artigo 43, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, e com a doutrina, obrigatória é a comunicação ao consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção de crédito, sendo, na ausência dessa comunicação, reparável o dano oriundo da inclusão indevida.

Percebe-se assim, que a recepção do STJ¹⁸⁴ dos princípios que regem o CDC, traz nova investidura ao consumidor brasileiro, que consegue manter um certo padrão de respeitabilidade humana, diante de todas as suas relações em constante desenvolvimento, próprias do consumo desenfreado e frenético:

¹⁸⁴ RT VOL.: 00779 PG: 00208.

EMENTA: "CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lata de tomate Arisco. Dano na abertura da lata. Responsabilidade civil da fabricante. O fabricante de massa de tomate que coloca no mercado produto acondicionado em latas, cuja abertura requer certos cuidados, sob pena de risco à saúde do consumidor, e sem prestar a devida informação, deve indenizar os danos materiais e morais daí resultantes. Rejeitada a denúncia da lide à fabricante da lata por falta de prova. Recurso não conhecido". RESP237964/SP; Recurso especial. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR.

O Código de Defesa do Consumidor percebe o novo cidadão; uma vez que pensa conforme a mídia lhe impõe, consome o que os outros lhe ditam, cria necessidades, não tem frente crítica, e encontra-se cheio de tormentos e dúvidas, como hipossuficiente nessa relação organizacional.

Traz nos seus pensamentos o relato da realidade das folhas de um periódico, das imagens de sua TV, e assim a mídia tem um papel decisivo na formação da identidade cultural do brasileiro, porque o que a mídia seleciona serve mais à globalização do que à integralização, segundo estudos realizados por alunos da ECA (Escola de Comunicações e Artes) da Universidade de São Paulo¹⁸⁵, sendo que as empresas de comunicação são todas empresas capitalistas, estão instadas cada vez mais a aumentar o número de consumidores, assim recria o real segundo seu próprio interesse.

A Lei n.º 8.078/90, em seu artigo 6.º, inciso III, relaciona entre os direitos básicos do consumidor¹⁸⁶:

"A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como, sobre os riscos que apresentam".

Segundo o entendimento esposado pelos tribunais, consoante o MS 5986/DF¹⁸⁷, 1998/0072799-0, julgado em 13.10.1999, o Ministro Relator Garcia

¹⁸⁵ FERREIRA, Maria Nazareth. (org.). *América Latina, a Imagem de um Continente: na escola e nos meios de comunicação*. CELACC, ECA, SP, 1997, p. 181.

¹⁸⁶ DJ DATA: 13/08/2001 PG: 00165.

Vieira, destaca que os donos de supermercados devem fornecer ao consumidor informações adequadas, claras, corretas, precisas e ostensivas sobre os preços de seus produtos à venda. O fato de já existir, em cada produto, o código de barras não é suficiente para assegurar a todos os consumidores estas informações.

Para atender realmente o que estabelece o Código do Consumidor, além do código de barras e do preço nas prateleiras, devem os supermercados colocar o preço em cada produto. Evitando assim que o consumidor pegue o produto com o preço errado, e sintam-se constrangido no momento de efetivar a compra da mercadoria, no qual será compelido a levar um bem com um preço maior do que aquele que tinha para si como razoável, e assim, sofrerá um prejuízo de ordem moral, sentindo-se lesado, e mais, sentindo mesquinho se for reclamar pela diferença mínima de centavos, e todos esses sentimentos abalaram sua paz, sua intimidade, sua moral e como tal, deverá ser ressarcido, nessa esfera.

Vê-se nesse registro, que os parâmetros de proteção ao consumidor estão tornando-se um escudo forte diante da fragilidade do consumidor frente ao seu criador, que vê sua capacidade crítica cada vez mais reduzida. E nesse patamar, com mais probabilidades de vir a sofrer prejuízos de ordem moral.

Nesse registro, não poderia o STJ deixar de dar guarida, conforme evidencia o Recurso Especial 292045¹⁸⁷, 200001312146, decidido em 08 de outubro de 2001, em voto do Ministro Alberto Menezes Direito, que ao interpretar o artigo 73 do CDC, de forma taxativa e objetiva, abaliza o perfil das empresas de créditos ao consumidor, que "sem pestanejar" impõem de imediato o registro negativo do consumidor inadimplente, e "chegam ao absurdo" de afirmarem que não têm controle do registro negativo do nome do consumidor no banco de dados, escapando assim de sua esfera de responsabilidade, e cabendo exclusivamente do consumidor o encargo de retirar seu nome do rol dos mal pagadores, o que ao ver do Ministro é completamente estapafúrdio, uma vez que, quem faz o registro é que tem a obrigação de cancelá-lo, e não o consumidor, como as empresas vêm

¹⁸⁷ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

¹⁸⁸ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

então procedendo, reconhecendo dessa forma, a verdadeira humana do consumidor.

No Recurso Especial do STJ de n.º 293292/SP¹⁸⁹, julgado em 8 de outubro de 2001, a Ministra Relatora Nancy Andrighi, interpreta um fato de vítima em transporte, utilizando a lei 2681 de 1912 e o CDC de 1990, e perfeitamente une duas leis, separadas por quase um século de mutações, que pela fundamentação justa do agir humano, não deixa lugar a incertezas, nem nas circunstâncias onde são chamadas a servir de pilares de sustentação de um julgamento, e indicam sempre o caminho a seguir, a ação a realizar, porque tanto a lei de 1912 como a lei que deu origem ao CDC de 1990, são leis que dão uma diretiva à vida em todos os momentos das atividades do sujeito portador de moral, do sujeito humano.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de verificar e resguardar os direitos dos consumidores, em especial na esfera dos danos morais conforme se demonstra abaixo:

A Losango Administradora de Cartões de Crédito foi obrigada a indenizar por danos morais o funcionário público Erivan da Silva Raposo em R\$ 10 mil por inscrevê-lo equivocadamente no Serviço de Proteção ao Crédito. A decisão foi da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, entendeu que a empresa brasileira não poderia fazer a inclusão sem comunicar previamente ao consumidor no Processo de Recurso Especial de número 165.727¹⁹⁰.

O ministro Waldemar Zveiter, do Superior Tribunal de Justiça, ao relatar o processo de J.C.M., do estado do Paraná, que pedia indenização por danos materiais e morais contra M.A.R.C., cirurgião plástico, afirmou que: na cirurgia estética, ao contrário da reparadora, o médico está lidando com paciente saudável que, apenas, deseja melhorar sua aparência, havendo uma obrigação de resultado por parte do profissional. Inalcançado fim satisfatório, disso decorrerá a presunção de culpa contra o médico, que deverá provar que o ato cirúrgico realizou-se dentro dos padrões técnicos exigidos.

¹⁸⁹ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br

¹⁹⁰ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br-Noticias

Em 1991, a paciente se submeteu a uma cirurgia estética das mamas. Passados alguns meses após o processo de cicatrização, J.C.M. verificou que os resultados cirúrgicos tinham sido negativos. De acordo com os autos, as cicatrizes dos cortes "*ficaram horríveis, apresentando irregularidades*".

Além disso, os seios teriam ficado assimétricos e perdido a sensibilidade. A paranaense resolveu então, entrar com um processo contra o médico, baseado em artigo do Código de Defesa do Consumidor que estabelece ser possível o benefício da inversão do ônus da prova com o objetivo de facilitar a defesa dos direitos de quem compra um produto ou contrata um serviço. Após perder em instâncias inferiores, J.C.M. recorreu ao STJ, onde a Terceira Turma¹⁹¹ decidiu, por maioria, que nas cirurgias plásticas para fins estéticos, é viável atribuir ao médico o dever de provar se utilizou ou não a melhor técnica ao operar o paciente. Se o profissional não conseguir provar sua perícia e não ocorrer prova de força maior ou caso fortuito, fica obrigado a indenizar moral e fisicamente o operado.

Assim, vislumbra-se o avanço gerado pelo Código de Defesa do Consumidor, que está presente na maioria dos julgados por reparação de danos morais, uma vez que nos dias de hoje o homem vive em constante relação de consumo. Desse modo, os casos relativos a extravio de bagagem já podem ser considerados sob a luz do CDC, conforme entendimento do STJ.

Os ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça julgaram que a solução para casos de extravio de bagagem de passageiros de empresas aéreas deve seguir o Código de Defesa do Consumidor, e não as normas do Código Brasileiro de Aeronáutica.

No RESP 235678/SP¹⁹², julgado em 02.12.1999, o Relator Ministro Ruy Rosado afirma que a indenização do consumidor é calculada pelo CDC:

EMENTA: "TRANSPORTE AÉREO. Atraso. Viagem internacional. Convenção de Varsóvia. Dano Moral. Código de Defesa do Consumidor. O dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC. Demais questões não

¹⁹¹ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br-Noticias

¹⁹² RDTJRJ VOL.: 00043 PG: 00073.

conhecidas. Recurso dos autores conhecido em parte, e, nessa parte, parcialmente provido. Recurso da ré não conhecido". RESP 235678/SP; RECURSO ESPECIAL (1999/0096670-8).

O entendimento da Terceira Turma¹⁹³ é de que o contrato de transporte aéreo é uma relação de consumo quando se trata de transporte de passageiro.

O Código Brasileiro de Aeronáutica deve ser aplicado para responsabilizar a empresa por ações e danos decorrentes do chamado "risco do ar", como a queda de aeronave ou outros acidentes.

No caso do simples extravio de bagagem prevalece o Código de Defesa do Consumidor. A decisão foi tomada no julgamento do recurso, quando os ministros confirmaram decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que condenou a empresa Transportes Fink S/A a indenizar Jorge Mills Xavier da Silveira por danos morais. Jorge Silveira contratou a Fink e a Air France para transportar livros raros de Medicina, recebidos por herança paterna, do Rio de Janeiro para Paris. Houve o extravio de uma das bandejas (chamadas "europalettes"), onde estava acondicionada a maior parte das publicações. O material foi enviado para a antiga União Soviética e, quando finalmente os livros chegaram à França, um ano e meio depois, estavam, segundo seu dono, avariados.

A Fink S/A recorreu contra decisão que determinou a indenização por dano moral (no valor de 485 salários mínimos), alegando que depois de localizados, os livros foram entregues ao dono, que não sofreu prejuízo. O valor da indenização por dano material foi fixado em 180 mil francos franceses, mais correção monetária e reembolso de despesas.

Os ministros negaram provimento ao recurso da Fink S/A, argumentando que nesse caso, foi indiscutível a ocorrência de dano moral manifestado no sentimento de desconforto que tomou conta do herdeiro dos livros raros, ao longo de dezoito meses, e assim, demonstrado os danos de ordem moral.

Dano é todo detrimento, todo prejuízo que afetam os bens dos seres humanos, bens esses que propiciam à pessoa sua existência e seus atributos¹⁹⁴, tudo que a pessoa tem e tudo que a pessoa é.

¹⁹³ Home Page Oficial do STJ. www.stj.gov.br-Noticias

Nelson Nery Júnior¹⁹⁵, afirma que o Código de Defesa do Consumidor é na verdade uma “lei principiológica”, não “é analítica, mas sintética”, uma vez que fixa princípios gerais das relações de consumo.

EMENTA: “RESPONSABILIDADE CIVIL. Agência de viagens. Código de Defesa do Consumidor. Incêndio em embarcação. A operadora de viagens que organiza pacote turístico responde pelo dano decorrente do incêndio que consumiu a embarcação por ela contratada. Passageiros que foram obrigados a se lançar ao mar, sem proteção de coletes salva-vidas, inexistentes no barco. Precedente (RESP 287.849/SP). Dano moral fixado em valor equivalente a 400 salários mínimos. Recurso não conhecido”.
Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, não conhecer do recurso, vencidos os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro, que conheciam em parte do recurso e, nessa parte, davam-lhe provimento, para reduzir o valor da indenização a duzentos salários mínimos. Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. RESP 291384/RJ; RECURSO ESPECIAL (2000/0128674-9) Min. RUY ROSADO DE AGUIAR (1102) 15/05/2001.

Conclui-se que proteger o consumidor nesse novo século é primordial, em todas as relações humanas que passam por situações de consumo.

Conclui-se também que com os parâmetros estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, o conceito de pessoa em sua unidade, foram repensados à luz de de novos problemas e novas estruturas jurídicas suscitando a transposição do conceito de pessoa e lesão moral a categoria de ser humano e ser digno, dignos de serem humanos conforme afirma Bernard Edelman¹⁹⁶.

Não há como isolar o homem desse fenômeno, e o Código de Defesa do Consumidor veio em hora exata de proteger os danos morais provenientes dessa

¹⁹⁴ DJ DATA: 17/09/2001 PG: 00169.

¹⁹⁵ NERY Jr., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Ed. Forense Universitária. 6ª.ed. 1999. pgs. 432/444.

¹⁹⁶ EDELMAN, Bernard. *Sujet de droit et technoscience in "La personne en danger"* Paris, PUF, 1999, p.397.

teia de relações que envolvem a pessoa, e assim o Superior Tribunal de Justiça recepciona-o de forma integral, com relação à indenizabilidade dos danos morais¹⁹⁷, decorrentes das relações consumerísticas.

EMENTA: "CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Automóvel. Denúnciação da lide. Concessionária. Legitimidade passiva. Decadência. Dano moral. - Não requerida a denúnciação da lide pela ré, no momento próprio, não cabe anular o processo depois de julgado pelas instâncias ordinárias apenas para permitir a intervenção da fabricante do automóvel. - Legitimidade passiva da concessionária, pela peculiaridade da comercialização que pratica e porque a ação foi intentada também com base no art. 18 do CDC. - RECURSO ESPECIAL (2000/0114868-0) Min. RUY ROSADO DE AGUIAR (1102) 28/06/2001.

Concluindo podemos afirmar que os direitos relativo ao consumidor no Brasil tornaram-se concebidos como alicerce sobre o qual o conceito de direitos fundamentais da pessoa humana repousam, ofertando um amplo e moderno conceito de pessoa e de dignidade, primordial para entender e interpretar os danos relativo à moral, e conforme assinala o civilista peruano Carlos Fernandez Sessariego¹⁹⁸, pioneiro na América Latina no destacar a proteção jurídica a pessoa humana:

"Referirse a la protección de la persona humana supone, como cuestión previa, determinar que tipo de ente es ella, considerada en si misma, per se. Es decir, indagar por la naturaleza misma del ser sometido a protección jurídica", pois é "la necesaria aproximación a la calidad ontológica del bien a tutelar (que) nos permitira precisar tanto los criterios como la técnica jurídica susceptibles de utilizar para lograr este primordial objetivo"

¹⁹⁷ DJ DATA:19/11/2001 p.281.

¹⁹⁸ SESSARIEGO, Carlos Fernandez .*Protección a la persona humana*. Revista Ajuris, 56, Porto Alegre, 1992, 87 e 88.

CAPÍTULO 6

FATOS CONTROVERSOS – A DECISÃO JUSTA E A POSTURA DO JULGADOR EM SEU MOMENTO HISTÓRICO – CONSENSO OU CONTRA SENSO?

Quando se trata de indenização de puro dano moral, perdoe-me S. EX.ª, não vejo como admiti-la no direito brasileiro. Em doutrina, é admissível a indenização de dano moral, mas todos os juristas confessam sua perplexidade para resolver o problema. Ou as indenizações se prendem à casuística, como acontece em certas legislações estabelecendo regras de indenização para certos danos(...) então se estabelece uma norma geral. Ora, o sistema do direito brasileiro, parece-me, é, o de estabelecer norma específica para indenização de dano moral. Não há possibilidade, ao que se me afigura, de estabelecer uma regra geral. (Ministro Rodrigues Alckmin)

(Audiência Publ. Acórdão 9-12-76 - Ementário n.º 1.046 (S.T.F.)

Relevem S. Exa e os doutos Juízes a insistência, porque reputo imprescindível a função construtora do Supremo Tribunal Federal para imprimir atualidade e juventude ao nosso Código Civil, promulgado há quase 60 anos e elaborado segundo as correntes de pensamento do século anterior. Os Tribunais mais prestigiados do mundo, a começar pela Corte de Cassação da França, continuam a trabalhar incessantemente na vasta casuística (...), pondo-a ao nível das circunstâncias e idéias de nosso tempo. (Ministro Aliomar Baleeiro)

(Audiência Publ. Acórdão 9-12-76 - Ementário n.º 1.046 (S.T.F.)

RE n.º 75.675 - São Paulo

Ao ser tratado nesse último capítulo comparações entre julgados, com lapso temporal superior de sessenta anos, demonstra-se que o fenômeno, aqui estudado, da indenizabilidade dos danos morais, não sofreu evolução acentuada em seu âmago, sob determinados ângulos; pela dificuldade inerente desse

instituto jurídico, ainda ressaltam discussões sobre dificuldades que permanecerão ainda por muitas décadas.

O caso escolhido é com relação aos danos morais, proveniente da perda de um filho.

Nesse caso, a opção foi pela perda de um ente significativo para a pessoa, diz respeito ao fenômeno, que por sua acepção, conseguiu sensibilizar os julgadores e até doutrinadores da área do direito civil, notadamente, desde 1912, para o deslinde da questão controvertida da reparação desses danos morais.

Como já anteriormente visto, o dano, provocado nessa esfera, produz inexoravelmente o repúdio natural por parte do ser humano, e isso há séculos acontece, conforme lembra Silvio Rodrigues¹⁹⁹, em todos os meios sociais, onde vivem povos civilizados, e sem o qual jamais sobreviveriam se não fosse a vida social, a sua defesa é obrigatória, pois quem prejudicar essa organização, deverá responder pelos danos.

Não há dano mais prejudicial à pessoa do que perder seu filho, pois esse prejuízo escapa da esfera material, ou patrimonial, como infere Luiz Antonio Rizzato Nunes²⁰⁰, e configura-se em um dano moral por excelência.

A dor que os pais sentem, ao serem dizimados de sua cria, poderia ser traduzida como Aurélio Buarque de Hollanda²⁰¹ define "sensação desagradável, variável em intensidade e em extensão de localização, produzida pela estimulação de terminações nervosas especializadas em sua recepção" ou, ainda, "Sofrimento moral; mágoa, pesar, aflição".

É querer estar preso na imagem desse filho por vontade inexplicável; é servir a vida como escravo, servir a vida que vence, servir sempre o vencedor; é ter com quem deixa de viver naquele instante, uma lealdade perene.

Essa dor também pode ser entendida, ao atentar-se à letra da música de Francisco Buarque de Hollanda²⁰², que descreve a dor da separação como sendo

¹⁹⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 13.

²⁰⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O Dano Moral e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1.

²⁰¹ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*.

²⁰² HOLLANDA, Francisco Buarque. *Música Pedaco de mim*, faixa do CD Ópera de Malandro. Som Livre, 1979.

a figura de uma mãe, transbordante de sentimentos indescritíveis, arrumando o quarto do filho que já morreu.

Assim consegue construir de maneira quase que real, a dor de ter sido mutilada em um membro, em metade de seu corpo, a “metade arrancada” de si, implorando para levar o que restou, pois a saudade dói “latejando”, machucando, dilacerando, de forma insuportável.

Essa dor teria um valor pecuniário para ressarcir tanto sofrimento?

Os tribunais, como visto anteriormente, entendem que não, e com coerência, pois há impossibilidade de reparar uma perda tão pungente.

Nesse condão não há que se entrever a irreparabilidade, pois seria imoral deixar de cuidar de um fato tão aflitivo. Christiano Almeida do Valle²⁰³ diz que a dor é uma só. Tanto faz ser física ou moral, ela tendo o poder de prostrar e acabrunhar o indivíduo para o exercício de suas atividades normais, sejam físicas ou intelectuais, opera-se o dano moral.

Enfim, existe dano moral quando o homem é ceifado de seu descendente.

A dificuldade é a fixação de uma indenização que possibilite um restabelecimento do equilíbrio, próximo daquele que os pais tinham, em suas relações sociais, rompidas bruscamente e brutalmente, pois o interessa primordial da sociedade humana é a preservação dessa ordem natural existente, nas relações sociais, e, na defesa de valores, uma vez que é esse corolário o fundamento da convivência humana, como salienta Carlos Alberto Bittar²⁰⁴.

O problema mais sério que é apresentado aos juízes, certamente é esse: o arbitramento de um valor econômico, que possa ser considerado uma reposição, um reparo. Diante da impossibilidade de tal fato, os juízes, usando o prudente arbítrio, a criatividade, a doutrina, a jurisprudência, a lei, com os quais irão se munir de parâmetros para antever uma possibilidade de alento, um sucedâneo, oferecerão uma prudente estimativa, baseada naquilo que sente, enquanto pessoa humana, e naquilo que o direito permite.

²⁰³ VALLE, Christiano do Valle. *Dano Moral*. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 57.

²⁰⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999, pgs. 25/26.

O direito é uma obra racional, mas, longe do determinismo, é uma obra de uma liberdade racional de ser humano, da supremacia do sujeito sobre o objeto, de poder referir-se ao homem como uma realidade multifacetada, dotado da faculdade de abstrair-se e de encontrar-se em si mesmo fora da realidade, de referir-se ao "eu" por meio das idéias, toda a realidade que nesse homem se converge, que constitui o "eu" próprio e específico do sujeito.

O julgador assim entendido é o homem racional do direito. Talhado com a faculdade de apartar-se de si mesmo, sem perder sua essência humana, para vislumbrar a realidade e o fato, em todas as suas dimensões, e assim deslindar o julgamento de reparação a um dano de tal intensidade e jaez, que sempre foram impossíveis de serem codificados.

O julgamento sobre a indenização por danos morais proveniente da morte do filho foi modificado em seus elementos valorativos no decorrer de 70 anos de história, de evolução econômica, social, intelectual, e política?

O Recurso Especial de n.º 59.940, de 1966, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, retrata com sensibilidade, com experiência primordial, em uma tomada de posição que discute profundamente o que é um dano moral diante dessa dor, e se é reparável e como, desenvolvendo uma teoria de respeito ao ser humano:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENOR - MORTE POR ACIDENTE - INDENIZAÇÃO DEVIDA - FUTURA GARANTIA DOS PAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 59.940 - SÃO PAULO. Ementa: Responsabilidade civil A morte de filhos menores, conforme as circunstâncias, comporta indenização. O problema resolve-se na liquidação e por arbitramento. Acórdão Vistos e relatados estes autos de Recurso Extraordinário n.º 59.940, do Estado de São Paulo, em que são recorrentes Vicente Damico e outro e recorrida Auto-ônibus Jundiaí S.A. Decide Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, conhecer e dar provimento ao recurso, unanimemente, de acordo com as notas juntas. Min. Aliomar Baleeiro. RE n.º 59.940 - São Paulo.

Os juízes do século XXI pensam e julgam tais danos com olhos contemporâneos, evoluídos na mesma proporção que a sociedade evoluiu em

tecnologia e automação dos meios de relação de informações, dos novos papéis assumidos pelos homens na sociedade de consumo?

Setenta anos bastariam para ter-se pacificados os arestos referentes aos danos morais em nossos tribunais superiores?

Nesse registro pode-se verificar os acórdãos abaixo, a título de comparação, e de respostas a tantas indagações.

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. Morte de filho menor (10 anos). A morte de filho menor, de tenra idade, que não colabora ainda para o sustento dos pais, pode ser indenizada a título de dano extrapatrimonial. A morte de filho que já colabora para as despesas da casa pode ser indenizada cumulativamente tanto pelo dano moral como pelo dano patrimonial, esse calculado sobre a sua contribuição até quando completaria 65 anos de idade, diminuída a pensão a partir dos 25 anos, quando presumidamente constituiria nova família. No caso dos autos, tendo sido deferida indenização pelo dano moral (300 salários mínimos) e mais indenização pelo dano patrimonial, o que é imodificável nessa instância, embora a vítima não trabalhasse, a fixação da pensão mensal, nessa situação, não deve ultrapassar a data em que a vítima completaria 25 anos de idade. Recurso conhecido e provido. (STJ - 4ª T.; Rec. Esp. nº 124.565-MG; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; j.11.11.1997; v.u.). BAASP, 2074/721-j, de 28.09.1998

O Recurso Especial de número 0134255-0²⁰⁵ proveniente de São Paulo, registrado sob o número 293292 e julgado em 8 de outubro de 2001, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim manifestou-se sobre o assunto ora sob comento:

Ementa: "Responsabilidade civil. Contrato de transporte. Acidente sofrido por passageiro. Vítima fatal. Código de Defesa do Consumidor. Dec. n. 2.681/12. Fato de terceiro. Fator de exclusão de responsabilidade. Inevitabilidade e Imprevisibilidade. Reexame de Prova. Conflito Aparente de Normas. Dano moral. É dever da transportadora conduzir o passageiro

²⁰⁵ Home Page Oficial do Superior Tribunal de Justiça. www.stj.gov.br

incólume até o local de destino. Falecendo passageiro em razão de acidente em estrada há culpa presumida da empresa de transporte interestadual, somente elidida pela demonstração de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima (art. 17 do Decreto 2.681/12).

Percebe-se que os parâmetros utilizados são os mesmos do seguinte acórdão:

Ementa: "Responsabilidade Civil – Transporte de passageiros por estrada de ferro – Baldeação em trecho interrompido – Desastre – Presunção de Culpa – Aplicação do art. 17 do decreto legislativo n. 2681, de 1912. (...). Dano Moral – Perda do filho de tenra idade – Indenização negada – Votos vencidos. A empresa de transporte, que fornece outros meios de condição ao passageiro para atingir o termo da viagem contratada responde por desastre ao ocorrido e a sua culpa ainda continua presumida nos termos do direito especial regulador do assunto (...). Tratando-se de reparação de danos, na indenização, que deve ser a mais ampla possível, incluem-se os honorários de advogado, embora não pedidos expressamente, por estarem incluídos nas despesas necessárias da lide (...). É insusceptível de reparação pecuniária o dano moral sem repercussão no patrimônio do autor." (Embargos Cíveis, n. 2117, Ilhéus)²⁰⁶

Nos dois exemplos, que guardam uma distância de aproximadamente mais de meio século, a mesma visão com relação ao dano moral na perda de um filho é nitidamente configurada.

Nos dois julgamentos, o sucedâneo para apuração do "quantum" a ser dado como indenização, é estabelecido de forma evidente que o dano moral só pode ser indenizado sob a ótica do reflexo patrimonial, reflexo esse fruto da construção racional dos julgadores adeptos dessa construção.

E.Minozzi²⁰⁷, doutrinador usado desde os primórdios do século passado pelos juristas que defendiam a indenização por danos morais puros, citado muitas vezes, principalmente pelo Ministro Orozimbo Nonato, afirmava:

²⁰⁶ In Revista dos Tribunais, volume 127, pgs. 598/611.

²⁰⁷ MINOZZI, E. *Studio sul danno non patrimoniale*. (Danno Morale). Soc. Ed. Libreria. Milano. 1901. p. 62.

"non si tratta di rifare al danneggiato gl'identici beni che ha perduto, ma de far nascere in lui una nuova sorgente di felicità e di benessere capace di alleviare le conseguenze del dolore, del male che ha ricevuto. (...) È vero che i beni morali non si vendono e che nessuna somma di denaro puo compensarli, ma qui non se tratta de vendere i godimenti della vita, L'onore e la libertà, si tratta solo di lenire col denaro il male che L'uomo innocentemente ha sofferto, per L opera altrui, nel vedersi diminuiti i godimenti che tali beni gli producevano. Il denaro, in tal caso, non é il prezzo di una cosa che non è moralmente passiva di valutazione o scambio, ma è il compenso per il danno recato a quella cosa. col denaro si tenta di camare, almeno in parte, il turbamento subito".

Nessa cadência, vinha a doutrina estrangeira afirmando que não se trata de falar em reparação pecuniária, porque dor alguma será compensada pela soma em dinheiro, não se trata de um bem material que poderá ser substituído por outro, mas, é uma situação de desarmonia interior, de obscurantismo do juízo, que somente poderá ser minorada em suas conseqüências, atenuando-se o transtorno que dela deriva, adelgaçando a reação que tais danos causaram.

O Ministro Orozimbo Nonato²⁰⁸, em voto já referido, há cerca de meio século atrás, baseado em Minozzi, dentre outros, como Von Tuhr, Demogue, esposava o entendimento de que, seria prudente decantar, tirar, afastar os elementos estranhos da percepção de dano moral.

Criticava assim, a atitude do julgador que justifica a indenização do dano moral, sob a alegação de que somente pode ser indenizado quando apresentar uma repercussão econômica, uma derivação patrimonial, de modo que possa ser averiguado, de alguma forma, a diminuição dos seus bens materiais.

Para o Ministro Nonato, o problema da reparação do dano moral, sob essa alegação, toma outro rumo. Deixa de ser reparação do dano moral e passa a ser reparação de dano material.

²⁰⁸ Voto a favor da indenização por Danos Morais, transcrito na íntegra à p.31, do presente trabalho.

O julgador no caso, estaria abalizando o preço da dor em relação direta à sua diminuição patrimonial, e assim estaria na verdade indenizando o dano material e não o dano moral.

A Ministra Relatora Andrighi, do Recurso Especial, ora analisado, afirma em seu voto, fls.8²⁰⁹, que o rapaz morto, era filho que trabalhava, e assim, contribuindo para o sustento materno, justo é que se configure a indenização por danos morais, fixados em 300 salários mínimos.

Utiliza a doutrina nacional, durante a prolação de seu voto, fundamentando-o nos seguintes autores: Cláudia Lima Marques “Contrato no Código de Defesa do Consumidor”, Carvalho de Mendonça, Caio Mário da Silva Pereira “Da responsabilidade civil”- Volume I, e Silvio Rodrigues “Direito Civil – Responsabilidade Civil”.

Nessa cadência, amalgamada no artigo 159 do Código Civil, e na doutrina nacional, entende a indenização por danos morais, quanto à apuração de seus “quantum”, em razão direta do valor pecuniário que o filho representava para a mãe, da mesma forma que o Ministro Lafayette de Andrade também afirmou ao apurar, em seu julgamento, em sede de Embargos, ora sob comento, onde afirma que é “insusceptível de reparação pecuniária o dano moral sem repercussão no patrimônio do autor.”.

Conclui-se, pela análise realizada, que o lapso temporal, de mais de meio século, que separam os julgamentos, a respeito do mesmo fenômeno, ou seja, a reparação pelos danos morais relativos à morte do filho, não modificou a postura adotada pelo Tribunal Superior.

A mesma orientação, criticada veemente pelo então Ministro Oroszimbo Nonato, que ao julgador são dados os fatos, as provas, e a sua consciência, de sentenciador, segundo a natureza de cada caso verídico, onde examinará de maneira lógica, no momento que sua decisão é chamada a integrar, e assim como interpretar essa dor da perda de um filho como referencial patrimonial tão somente?

²⁰⁹ Voto na Integra. Home Page Oficial do STJ. “Inteiro Teor”. www.stj.gov.br

Lembrava os ensinamentos de Giorgio Del Vecchio²¹⁰, que no início do século passado já preocupado com a crise do direito, afirmava que o drama da existência da ordem jurídica é aquela que para cada problema, cada situação, o direito apresenta uma tentativa de solução "raramente perfeita", pois é impossível prever todas as situações humanas, e essa maneira de renovar-se diuturnamente, dentro dessa imperfeição e desse limite, travam as possibilidades de integração e de modificação de um sistema já formado.

A seguir, apresenta-se alguns quadros de fatos controversos, onde estão sendo apontados, para efeitos e comparação, o fato ocorrido, o tribunal de origem, a data do julgamento, o resultado do mesmo (se há ou não reparação aos danos morais), a doutrina utilizada, a identificação dos juízes prolores do acórdão e a fonte bibliográfica.

²¹⁰ op. cit., p. 263.

FATOS CONTROVERSOS

Referente ao Período de 1914 e 1938

FATO: Morte de um ANIMAL	FATO: Morte de FILHO MENOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Data do julgamento: 1914	Data do Julgamento: 1938
DANO MORAL: INDENIZÁVEL	DANO MORAL: NÃO É INDENIZÁVEL
FUNDAMENTO: O interesse moral tem sentido amplo e abrange todo interesse de afeição, dedicação, estima, e mesmo tratando de um animal o autor pode pedir o calor da afeição ou da estima	FUNDAMENTO: Se o dano moral não causa nenhum reflexo na esfera econômica, nem repercute no patrimônio, não há porque ser indenizado.
DOCTRINA UTILIZADA: Carvalho de Mendonça, Vidal, Carlos de Carvalho, Soudart, Botelho da Rocha, Teixeira de Freitas	DOCTRINA UTILIZADA: Eneas Galvão, Virgílio Sá Pereira e Clóvis Bevilacqua
Proveniente: Itapeva-SP App.Cíveis 7.675	Proveniente: Ilhéus-BA E. Cíveis 2.117
JUIZES: Xavier de Toledo; Urbano Marcondes; F. Saldanha; Moretz-Sohn	JUIZES: Angelo Martinelli; Bandeira Tosta e Moyses Almeida
FONTE: REVISTA DOS TRIBUNAIS: Volume 12 página 161	FONTE: REVISTA DOS TRIBUNAIS : Volume 127 página 598

FATOS CONTROVERSOS

Referente ao Período de 1949 e 1950

Fato: Morte de FAMILIAR	Fato: Morte de FAMILIAR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Data do julgamento: 1949	Data do Julgamento:1950
DANO MORAL: É INDENIZÁVEL	DANO MORAL: NÃO É INDENIZÁVEL
FUNDAMENTO: O dano moral pode ser compreendido num sentido lato, se causa prejuízo patrimonial ou num sentido estrito em se tratando de repercussão puramente sentimental.	FUNDAMENTO: O Código Civil não recepcionou o dano moral no caso da perda de um ente familiar, somente concede dano moral à mulher agravada em sua honra.
DOCTRINA UTILIZADA: Biagio Brugri, Adriano de Cupis, Dorville, Mazeaud, Demogue, Ripert, Orozimbo Nonato e Sabóia Lima	DOCTRINA UTILIZADA: Clóvis Bevilacqua
Proveniente: Tribunal de Justiça do Distrito Federal	Proveniente: Supremo Tribunal Federal
JUIZES: L. Duque Estrada Miguel Maria da Serpa Lopes e Edgard Ribas Carneiro	JUIZES: Ministro Lafayette de Andrada e Orozimbo Nonato (v.vencido)
FONTE: REVISTA FORENSE volume 130 página 138	FONTE: REVISTA DOS TRIBUNAIS volume 244 página 629 ou REVISTA FORENSE volume 127 página 397

FATOS CONTROVERSOS

Referente ao Período de 1913 e 1965

Fato: Morte de FAMILIAR	Fato: Morte de FAMILIAR
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Data do julgamento: 1913	Data do Julgamento:1965
DANO MORAL: É INDENIZÁVEL	DANO MORAL: NÃO É INDENIZÁVEL
FUNDAMENTO: A grande dificuldade por todos reconhecidos, reside em saber se deve indenizar o dano moral, como arbitrar seu resarcimento(...) o dinheiro não se recupera, nem a vida (...) nem a saúde perdida(...)nem os prazeres da amizade mutilada, nem as gratas recordações desfeitas (...) se o dano moral não se pode compensar completamente por não haver preço suficiente que o pague,indemnicem-no ao menos nos limites possíveis(...) que represente uma compensaçãoque comportam forças humanas (...)	FUNDAMENTO: Não é indenizável o dano moral porque não provado a ajuda prestada pelo menor a seus pais, razão não há para reparar o dano moral
DOCTRINA UTILIZADA: E. Minozzi, Planiol, Soudart, Dalloz, Tribunais da Itália(Milão, Veneza, Nápoli e Roma)	DOCTRINA UTILIZADA: Clóvis Bevilacqua
Proveniente: STF	Proveniente: STF
JUIZES: H. de Espino Santos (Presidente); M. Murinho, Oliveira Ribeiro, Canuto Saraiva e Pedro Lessa	JUIZES: Luis Gallotti (Presidente); Evandro Lins (relator) Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves
FONTE: REVISTA DOS TRIBUNAIS volume 6 página 35	FONTE: RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE N. 55.646, 1a. Turma HP Oficial do STF (DJ 02/02/1966)

FATOS CONTROVERSOS

Referente ao Período de 1966

Fato: Morte de FAMILIAR	Fato: ABALO DE CRÉDITO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Data do julgamento: 28/11/1966	Data do Julgamento: 22/12/1966
DANO MORAL: NÃO É INDENIZÁVEL	DANO MORAL: É INDENIZÁVEL
FUNDAMENTO: Quando o dano moral não repercute no patrimônio não encontra guarida na rígida e bem definida moldura do artigo 159, do Código Civil, mesmo a doutrina de José de Aguiar Dias, e juristas como Orozimbo Nonato, não conseguem conter a rígida norma legal.	FUNDAMENTO: o abalo de crédito é uma modalidade de dano, que encerra o prejuízo que alguém sofre em sua alma, no seu corpo e nos seus bens (...) Já é triunfante na jurisprudência de nossos tribunais, o princípio que embora moral é todavia indenizável o dano moral que reflete no patrimônio da pessoa que o sofreu.
DOCTRINA UTILIZADA: Ainda está sendo preparado ante projeto pelo Dr. Caio Mário da Silva Pereira, onde se admitirá reparação por dano moral.	DOCTRINA UTILIZADA: José de Aguiar Dias e Ficher
Proveniente: STF	Proveniente: STF
JUIZES: Amaro Martins de Almeida	JUIZES: Ulisses Dória e Felizardo Calil
FONTE: REVISTA DOS TRIBUNAIS volume 386 página 309	FONTE: REVISTA DOS TRIBUNAIS volume 385 página 134

FATOS CONTROVERSOS

Referentes ao Período de 1999 e 2000

Fato: Morte de FAMILIAR	Fato: Morte de FAMILIAR
1o. TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO	1o. TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO
Data do julgamento: 1999	Data do Julgamento: 2000
DANO MORAL: NÃO É INDENIZÁVEL	DANO MORAL: É INDENIZÁVEL
FUNDAMENTO: O acidente ocorreu em 1978, quando o dano moral não era concebido em tais casos, o que só veio a ocorrer com a Constituição Federal de 1988. Assim, em 1978 o Dano Moral não era contemplado para efeitos de indenização.	FUNDAMENTO: O acidente ocorreu em 1981, e ao suportar a dor da perda de uma pessoa da família com o passar dos anos, mesmo essa dor persistindo, 500 salários mínimos de indenização de danos morais não representam nenhum absurdo, pois a dor é grande e não pode ser avaliada em dinheiro, mas pode ser compensada de alguma forma. Anteriormente à CF de 1988 o Código Civil já contemplava os danos morais.
DOCTRINA UTILIZADA: Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Roberto Gonçalves e Rui Stoco	DOCTRINA UTILIZADA: Orlando Gomes e Aguiar Dias
Proveniente: 10a. Câmara de férias de SP data: 03/8/1999	Proveniente: 3a. Câmara de férias de SP, data: 29/2/2000
JUIZES: Romolo Palermo, Paulo Hatanaka, Antonio Pádua e Ferraz Nogueira	JUIZES: Tércio José Negratto, Carvalho Viana, e Luiz Antonio de Godoy.
FONTE: REVISTA LEX Volume 180 página 261	FONTE: REVISTA LEX Volume 183 página 244

III. CONCLUSÃO

Alguns julgamentos, em quase um século de história de nossos tribunais, foram compilados para trazer à tona o Direito que passou por um processo de modificação, que se pode definir de mais humanista neste enfoque atual, cuja preocupação está mais centrada na pessoa como unidade, sem a visão empobrecida, limitada e castrada em muitos aspectos, do início do século XX, para julgar as lesões à moral da pessoa humana.

A reparação dos danos morais parece ser perene. Desde o início do século passado a preocupação constante foi de descobrir os limites desse fenômeno. Desde Aguiar Dias até Ruy Rosado de Aguiar, a doutrina nacional, os operadores do Direito, os Tribunais, têm mantido o mesmo entendimento, com raras exceções, de que o dano moral deve ser indenizado.

O questionamento que Jorge Mosset Iturraspe²¹¹ faz, quando se propõe a buscar novas respostas para problemas antigos, dentro dos parâmetros que regulamentam as relações sociais que se modificam a cada dia, é criticar a tendência do Direito em renegar sua própria evolução, e repelir o progresso jurídico ao vê-lo como algo já construído de maneira definitiva.

Continuando nesse mesmo diapasão, o autor argentino ainda entrevê que seja a partir de Justiniano, seja do Códice Napoleón, quanto mais se fala no Direito, mais se fala em "um nome novo para designar coisas velhas".

Essa digressão realizada por Iturraspe, tem como objetivo questionar se os danos morais, estando sob nova apreciação, ainda que façam alusão aos mesmos danos, vistos sob o prisma de danos materiais indiretos, estão realmente investidos de um novo enfoque, ou é tão somente uma denominação usada para ressarcir os danos do homem de forma geral?

²¹¹ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derechos Humanos - Nuevos Daños - Topico I* - "La Aparacion del "Daño a la Persona" en sentido estricto" - Palestra proferida no "Primer Congreso Latinoiberoamericano del Derecho a la Salud" - Cópia transcrita e arquivada na Biblioteca de Derecho de la Universidad Javeriana de Bogotá - Colômbia - 1998.

Os danos morais hoje, são entendidos de forma inovada com respeito à maneira anterior de computá-los, como perda econômica que afeta a vítima, trazendo modificações em seu trabalho, em sua capacidade laborativa?

Não seria desmesurada ganância os parâmetros que cercam os danos morais, sempre e em todos os casos?

Como descobrir a razoabilidade de indenizar-se uma suposta vítima, que mantém inalterada sua capacidade de trabalho, de produção, de rendimento econômico, de comportamento social e familiar, que tenha um direito a um ressarcimento com base em um dano de índole puramente moral?

Eis aí o revolucionário momento do direito ao focar o dano moral.

De uma modificação que se diz humanista, para o enfoque atual da desumanização do Direito anterior, muitos juízes ainda centralizam sua preocupação no patrimônio e não na pessoa, e ainda que o patrimônio fosse dessa pessoa, não são consideradas de maneira igual.

Essa visão ainda permanece, apesar de ser uma visão empobrecida, castrada, limitada sob muitos aspectos, mas, alguns juízes já conseguem contemplar os danos morais de forma diferente, muito mais enriquecida, ponderada e matizada.

Tem-se ainda, por vezes, direcionado o entendimento dos danos morais, sob a dimensão limitada de apenas ponderar o ser humano sob sua aptidão de produzir riqueza, e o dano moral, visto como diminuição do patrimônio e obstáculo aos ganhos.

Assim, o preço da dor é a materialização dos sentimentos.

O entendimento mais ampliado da dor nos danos morais ainda encontra obstáculos insuperáveis para sua concepção.

Qual a razão?

Falta de sagacidade, conhecimento profundo do homem?

Na doutrina do século XIX, e mesmo dos romanos, percebe-se que tiveram uma visão própria do assunto, com suas qualidades inquestionáveis, mas as

razões foram outras, e nesse patamar, acudindo-se de Iturraspe, infere-se que as razões atuais, poderão ser encerradas nos seguintes corolários:

A vida humana não era apreciada e compreendida na exata medida como é apreendida hoje.

A ignorância sobre os problemas psicológicos e íntimos, como o trauma, a psicose, depressões e todas as conseqüências de um dano de ordem íntima, eram explicados como produto da fatalidade, da má sorte, do destino.

Desconfiava-se dos ressarcimentos da indenização em dinheiro, para hipótese que nada tinha a ver com rendimentos econômicos, a produtividades e amealhação de bens materiais.

O homem, que o Direito interessava-se, era o homem trabalhador, o homem produtor, e todos prejuízos deveriam guardar com essa aptidão.

Eram subestimadas e consideradas frivolidades quaisquer outras coisas que não fossem fruto de uma atividade econômica.

O homem ainda não havia dado conta de que como ser humano, era detentor de um bem não patrimonial, como a moral.

Qual seria então a evolução que é verificada?

O viver, viver bem, viver com dignidade, ter saúde, ser preservado nessa harmonia íntima, deixa de ser privilégio de uma classe social, e de um determinado grupo, e passa a alcançar todos os membros da sociedade.

A psiquiatria, a psicologia, em sua evolução de conhecimentos científicos, tornaram-se aliadas para que se conhecesse o espírito, a alma, a consciência do homem, de forma mais consistente.

Hoje ninguém mais duvida que hajam “danos psicológicos”.

Através do julgamento dos tribunais é possível vislumbrar o lado oculto dos homens em suas relações sociais, ensimesmados, restabelecendo o equilíbrio sempre ameaçado, e nem sempre percebido na evolução real que tiveram.

Vê-se que julgar é mais que mero ato de terminar o processo oferecendo-lhe uma solução adequada, mas, é antes de tudo, livrar-se das contingências físicas e alçar um vôo para muitos espaços além de qualquer doutrina ou

legislação, cada vez mais longe e cada vez mais perto da justiça, a tão sonhada justiça que se procura fazer em cada processo que se tem para determinar; com seus novos desafios, em um rumo a ser seguido, um caminho a ser trilhado, que restabeleça o equilíbrio perdido.

A busca incessante pelo Judiciário da proteção e do cultivo da essência humana construiu, em um século de história, um país que acredita ainda na justa proporção, que acredita na força do Judiciário, onde as forças antagônicas se equivalem, como um córrego pensativo cortando esse chão de desproporções; e assim, nesse esforço voluntarioso e constante, sob esse teto simples da existência humana, uma vez que nas coisas humildes é que se encontra a verdadeira e única nobreza moral²¹², a herança deixada pelos juízes e doutrinadores, antepassados, e atuais batalhadores dos tribunais, que estiveram presentes em todo o período analisado, faz de cada jurista um escravo a zelar de seu pedaço de alqueire, que se acredita plantado, mesmo que contra as asperezas das grandes pedras que tiveram que ser garimpadas, e dos altos troncos que tiveram de ser escalados, e agora, está nas mãos de cada um dos julgadores contemporâneos, e dos futuros juízes.

Nesse pequeno painel de análise sócio-jurídica, vislumbrado no decorrer de quase um século de história dos tribunais brasileiros, clarifica-se a certeza da ampla e difícil estrada percorrida pelos juízes, julgadores, que continuam nessa estreita vereda; porque os juízes do passado deixaram a imagem da coragem de não ter medo de ir ao inesperado encontro do futuro, e essa herança é a herança deixada aos julgadores de hoje, essa vida de luta que continua, esse desagregado de átomos que guarda toda a história de vida de uma sociedade, e que crê-se ter nascido e crescido no âmago dos debates dos tribunais, onde dos juízes é exigida a especial aptidão de perceber a potencialidade de ideais antigos, guardados e embalados pelos sonhos de todo homem, de ser considerado um ser humano diante do Direito, e descobrir que essas leis, doutrinas, são aproveitadas em novos códigos para soluções renovadas.

Ser juiz em um processo sobre danos morais significa estar imbuído de uma visão jurígena e jus filosófica que até os próprios doutrinadores e

²¹² DEL VECCHIO, Giorgio op.cit.,p136

legisladores não puderam entrever e nem conseguem açambarcar, mas, eis que é chegada a hora do Direito ascender-se plenamente, como uma luz discreta, brilhando serenamente como um farol para o destino desconhecido.

O desafio que este tema ainda impõe aos juízes até o momento?

A questão que hoje desafia o direito brasileiro diz respeito aos critérios de avaliação do dano moral, já que os meios tradicionais utilizados com relação ao dano patrimonial não podem ser utilizados, pelos motivos e pelos objetivos aqui demonstrado no decorrer da história dos tribunais.

Como “ dar um consolo” a vítima da lesão moral? Esta indenização deve ser expressiva a ponto de desestimular o autor do dano, mas também deve ser comedida para que não seja uma fonte de enriquecimento, e neste sentir o juiz deverá ser a um só tempo: razoável e severo.

Mas, cada caso é único, e assim o livre arbítrio do juiz parece que deve prosperar neste viés.

Desta forma urge a necessidade de se entender cada vez mais a pessoa humana sob o primado da dignidade, e por conseguinte dos direitos fundamentais, pois sem tais critérios, e sem o exercício disciplinado e profundo sobre o conceito de pessoa, dificilmente o juiz conseguirá superar este desafio.

Ao dedicar um capítulo aos danos morais nas relações de consumo mister se faz justificar nesta conclusão tal trama, já que se entendia a noção moral despida da noção de bem que implica, antes de tudo, um valor, e por isto, esta noção do bem ao qual o homem tende, e que toma por objetivo na sua atividade como agente livre, fica mais claro em suas relações consumerísticas, porque na verdade são bens que integram o homem em sua natureza. E aqui não se conceitua o bem como apenas o bem material, mas como bem de valor humano, de escolha, de autonomia de sua vontade.

O direito do consumidor ajudou, prestou assim um serviço auxiliar ao esclarecimento dos danos morais, de certa feita consegue alargar e a aprofundar a noção de pessoa humana em sua unidade essencial, com a nova ordem constitucional e civil, encontram-se transformadas assim muitas disposições sobre o tema em foco, e neste viés a dignidade da pessoa humana vem revestindo-se

de extrema importância ao constituir-se como um vetor pelo qual vem orientando-se o ordenamento jurídico como um todo.

Nesta trama jurídica que se vislumbrou neste pequeno trabalho, pode ficar claro que o princípio da dignidade da pessoa humana exercendo sua influência sobretudo nos chamados direitos fundamentais e incidindo em todos os âmbitos onde o Direito é chamado a agir, e ainda na condição de consumidor, os tribunais de alguma forma, foram obrigados a ceder mais espaço para elucidar muitas questões que este tema exigia, e mais, impunha, para a aplicação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Finalizando, pode ser inferido que a vivência acadêmica não nos permite, de fato, concluir acerca de todas as respostas sobre a justa reparação dos danos morais, porém, o reconhecimento da pessoa humana e do princípio que assegura a sua dignidade como um valor, está levando à aceitação da tese da universalização dos direitos fundamentais com respeito às particularidades, especificidades e contingências históricas, tanto de identidades pessoais como de identidades sociais, e isto pode ser definido como sinais de um tempo mais humano.

IV BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA FILHO, Amaro Alves de. *Dano Moral e o Código Penal*. Revista dos Tribunais, Volume 31, junho de 1965

ARROYO, Felipe Navia. *Estudio Sobre El Daño Moral*. Editorial Elocuencia, 1979, Bogotá, pgs. 89/155

BALEEIRO, Aliomar. *A função política do judiciário*. in Revista Forense. Volume 238. pgs. 5/14

BECKETT, Samuel. *Proust*. Editora LPM, São Paulo, 1986, p. 53

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999, pgs. 25/26

BRIZ, Jaime Santos. *Responsabilidad Civil Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1986, p. 150.

CAMPOS, Francisco de. In Revista Forense Volume 128. p. 378

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Ed. Portugal, 2002.p.101

CAVALIERI Fº., Sérgio. *Responsabilidade civil constitucional*. In Revista Forense. Volume 348. pgs.197/203

CD DA SARAIVA EDITORES "JUIS", Saraiva data, 1998

CHARRY, Fernando Arrieta. In *Revista Judicial República de Colômbia*, Palácio da Justicia, Santa Marta, número 40, Colômbia, 1994, p. 186

CHAVES, Antonio. *Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais*. In *Revista Forense*, Vol. 331. p. 62

CIFUENTES, Santos. *Naturaleza jurídica del daño moral y derivaciones de su concepción*. En *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda*, Feyde, La Ley, Buenos Aires, 1985, ps. 86/87

DE CUPIS, Adriano. *El daño - Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Boch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1975. pp. 122 e 559.

DEL VECCHIO, Giorgio, *Direito, Estado e Filosofia*. Livraria Editora Politécnica Ltda. Rio de Janeiro, 1952, pp. 136 e 152

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 7ª Edição, Editora Forense, Volume II, p. 812

EDELMAN, Bernard. *Sujet de droit et technoscience in "La personne en danger"* Paris, PUF, 1999, p.397

ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Editora Civilização Brasileira, 1975, Rio de Janeiro, pgs. 79/82.

FAGUNDES, Seabra. *Contribuição da jurisprudência à evolução do direito brasileiro*. In Revista dos Tribunais. Volume 126. pgs. 18/24

FERREIRA, Maria Nazareth. (org.). *América Latina, a Imagem de um Continente: na escola e nos meios de comunicação*. CELACC, ECA, SP, 1997, p. 181

GOMES, Orlando. *Direitos de Personalidade*. In Revista Forense. Volume 216. pgs. 5/10

GUERRA, Willis Santiago. *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p.25

GUIMARÃES, Mário. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. Forense, Rio, 1958, pgs. 330/331

GUSMÃO, Paulo Dourado. *A interpretação da lei no Direito Positivo brasileiro*. In RT, março de 1950. p. 43.

HART, H. L. A. *Derecho y Moral*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1962, pgs. 10/11.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Ed. Melhoramentos. 1999

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derechos Humanos - Nuevos Daños – Topico I - "La Aparacion del "Daño a la Persona" en sentido estricto" - Palestra proferida no "Primer Congreso Latinoiberoamericano del Derecho a la Salud"*

- Cópia transcrita e arquivada na Biblioteca de Derecho de la Universidad Javeriana de Bogotá – Colombia – 1998

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I. *Teoría General de las Obligaciones*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Boch y Cia Editores, Buenos Aires, 1950, p. 19.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.^a ed., Lisboa, Gulbenkian, 1997, p. 574

LEÃO, Antônio Carlos Amaral. *Considerações em torno do dano moral e a pessoa jurídica*. in *Revista dos Tribunais*. Vol. 689. p. 10

MARTINS-COSTA, Judith. in *Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação*, Texto apresentado no Colloquio Internazionale L'Unificazione del Diritto in America Latina: Principi e Regole Comuni in Materia di Responsabilità Estracontrattuale, Roma, junho de 2000

MATTOS, Felipe de Souza. *A reparação dos danos e o novo Código de Processo Civil*. in *Revista dos Tribunais*, volume 127, p. 311 a 315

MAZEAUD, Henry y Leon. Tunc Andre. *Tratado Teorico y Practico de La Responsabilidad Civil Delictual y Contratual*. Tomo I, Vol. 1, Tomo 3, Vol. 1. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961, pp. 293 a 362.

MINOZZI, E. *Studio sul danno non patrimoniale. (Danno Morale)*. Soc. Ed. Libreria. Milano. 1901. p. 62

NERY Jr., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Ed. Forense Universitária. 6ª. ed. 1999. pgs. 432/444

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p.135

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O Dano Moral e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1

NUNES, Reginaldo. *Considerações sobre a reparabilidade do dano moral*. in Revista dos Tribunais Volume 237. pgs. 12/16

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3ª. ed. Atualizada por Ovidio Rocha Sandoval. Ed. RT, 1991, volume I, p.31

Revista LEX. Volume 175. pp. 278/282

Revista LEX. Volume 175, pp. 276/277

Revista Forense. Volume 66, pp. 295/304.

Revista Forense, Volume 130, p. 139.

Revista Forense, março de 1950, p. 126.

Revista dos Tribunais. Volume 11. pp. 35/37.

Revista dos Tribunais. Volume 12. pp. 161/163.

Revista dos Tribunais. Volume 7. p. 145.

Revista dos Tribunais. Volume 8. pp.180/182.

Revista dos Tribunais, Volume 244, 1956, p. 629

Revista dos Tribunais. Volume 91. p. 131.

Revista dos Tribunais. Volume 127. pp. 598/611.

Revista dos Tribunais. Volume 126. pp. 138/139.

Revista dos Tribunais, Volume 127, pp. 598/611.

Revista dos Tribunais 332/26, junho de 1963

Revista dos Tribunais. Volume 81. pp. 166/169.

Revista dos Tribunais, Volume 113, p. 738.

Revista dos Tribunais, volume 268, p. 837

Revista dos Tribunais, volume 386. pp. 309/311

Revista dos Tribunais. Volume 379. pp. 168/169.

Revista dos Tribunais. Volume 775. p. 211

Revista dos Tribunais. Volume 779 p. 208

Revista dos Tribunais, volume 127, pgs. 598/611

Revista Forense. Volume 127, pp. 397/400

Revista Forense, Volume 129, 1950, p. 472.

Revista Forense, Volume 126, 1949, p. 497.

Revista do Tribunal de Justiça Estado de Sergipe - Aracaju, nº 25, jul/dez 2000 -

Publicação Oficial, pgs. 51/59

RTJ Volume 41-3, p. 844

RTJ Volume 90-2. p. 571

RSTJ VOL.: 115, p. 369

RDTJRJ VOL.: 43 p.73

ROCHA, Maria Isabel de Matos. *A reparação do dano moral da morte.* in Revista dos Tribunais. Vol. 689. p. 101

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 13

SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. 2.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. Tomo I, p. 15.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *El daño moral*. Publicacion de La Universidad Externado de Colombia. Bogota, D. E., 1962, traduzido do italiano con el titulo de IL DANNO MORALE (Contributo allá Teoria Del Danno Extracontrattuale) en la Rivista di Diritto Civile, Padova, Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Anno III, N. 3 – Maggio-Giugna 1957. Primera Edición. 1962, p. 12.

SESSARIEGO, Carlos Fernandez. *Protección a la persona humana*. Revista *Ajuris*, 56, Porto Alegre, 1992, 87 e 88

Derecho y persona, INEL SA, Lima, 1990, p. 101.

VALLE, Christiano do Valle. *Dano Moral*. Rio de Janeiro: Aide, 1996, pp. 90 a 57

VERONESE, Josiane Rose Petry. *O Poder Judiciário: instrumento de transformação social?* REVISTA 30 - Ano 16 - junho de 1995 - pgs. 37-44 - UFSC - Coordenadoria de Pesquisa do Centro de Ciências Jurídicas/UFSC

ZENUN, Augusto. *Dano Moral e a sua Reparação*. Ed. Forense. S.Paulo. 1995. p. 131

ZENUN, Luis Junqueira. *Dano Moral Breves Anotações*. in *Revista Forense*, Vol. 348, pgs. 453/457

ZANNONI, Eduardo. *El dano en la Responsabilidad Civil*. Editorial Astrea,
Buenos Aires, 1982, p. 7

V TEXTOS RETIRADOS DA INTERNET

BONAVIDES, Paulo e AMARAL, Roberto. *Textos Políticos da História do Brasil*.
in HP oficial da CEBELLA www.cebella.org.br/txtpolit

CLIO. HISTÓRIA. *Da Ditadura Militar ao Governo Collor*. in Home Page Oficial
da Clio – História

JURINFORMA HOME PAGE

LOBO, Pedro Luiz Netto. *Danos Morais e Direitos da Personalidade*. Jus
Navigandi, Teresina, a. 7, n. 119, 31 out. 2003

LEITE, Paulo Roberto Saraiva da Costa. *Dano Moral no Direito Brasileiro*, in
www.teiajuridica.com.br

REIS, Daniel Aarão. *Ditadura Militar, esquerdas e sociedades no Brasil -*
Especial para a Home Page "Gramsci e o Brasil"

RESENDE, Adeilda Coelho de. *A Hermenêutica de Hart-Dworkin e a*
Discrecionalidade do Juiz. in home page oficial da Universidade Estácio de
Sá do Rio de Janeiro, Brasil

RODRIGUES, Alberto Tosi. Tese de Doutorado (UNICAMP - 1999)

ROHDEN, Henrique. *Conhecimentos Gerais - História do Brasil - Cultura na Segunda República*. in Home Page pessoal de Henrique Rohden

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. in *A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho* - Professor-da-AMATRA in HP oficial da AMATRA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – HOME PAGE OFICIAL

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – HOME PAGE OFICIAL

2º. TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO – HOME PAGE OFICIAL

TRIBUNAL DE RECURSO FEDERAL – 1ª. REGIÃO – HOME PAGE OFICIAL

Tombc 701781
Valor _____
Proc Tania M.F.M. Menzo
Data 07.07.05
Encad _____

ACRWD 148738
RUB. ex 124604



124604