

DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO DIREITO COMPARADO: Argentina e Brasil

Gilberto Kerber

Professor de Direito Civil. Especialista em Direito Lato sensu. Mestre em Direito pela UFSC. Diretor do Instituto Cenequista de Ensino Superior de Santo Ângelo – Iesa – CNEC. gilberto_kerber@cneccsan.edu.br

Resumo

O presente estudo é sobre dano moral analisando e apontando as formas de reparar esses danos e suas consequências na Argentina e no Brasil. Para tanto, levamos em consideração as características, os argumentos utilizados para justificar as formas de indenização ou compensação, pelas quais tenta-se apacar ou amenizar a dor ou sofrimento causado à vítima. O texto analisa a temática diante dos preceitos da legislação, da doutrina e da jurisprudência, tentando alcançar a sua compreensão e elucidação no Direito argentino e no Direito brasileiro. O dano moral não é coisa recente: na Antiguidade era tratado como delito, mas não havia preceitos explícitos, porém com a utilização da hermenêutica pode-se inferir sua incidência social e o tratamento jurídico-penal e civil que lhe era imputado. O trabalho se limitará à comparação das normas existentes na Argentina e no Brasil, quanto ao dano moral e suas implicações.¹

Palavras-chave

Dano moral. Constituição. Código Civil. Argentina. Brasil.

MORAL DAMAGE AND ITS REPAIR. Compared Law: Argentina and Brazil

Abstract

The present study is about moral damage analyzing and pointing out the ways to repair this damage and its consequences in Argentina and Brazil. For both, we took into account, the characteristics, the arguments used to justify the forms of indemnity or compensation, through which tries to placate or to ease the pain or suffering caused to the victim.

Keywords

Moral damage. The Constitution. Civil Code. Argentina. Brazil.

¹ Trabalho apresentado na disciplina de Direito da Pessoa Humana no curso intensivo de Doutorado em Direito da UBA – Buenos Aires – Argentina – professor Doutor Leandro Vergara.

Sumário

1. Considerações Iniciais. 2. Dano Moral. 3. Dano Moral na Argentina. 3.1 Direito à vida. 3.2 Direito de imagem. 3.3 Direito à intimidade. 3.4 Da previsão Constitucional na Argentina. 3.5. O Código Civil Argentino. 4. Dano Moral no Brasil. 4.1 Da previsão na Constituição do Brasil de 1988. 4.2 Da previsão no Código Civil brasileiro de 2002. 5. Arbitramento do Sano Moral. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O debate sobre Direito Comparado na América Latina tem se tornado especialmente importante no momento que os países da região estão amadurecendo a experiência do Mercosul. O artigo refere-se à pesquisa em fontes representadas por autores e juristas na área jurídica da Argentina e do Brasil. Analisaremos o dano moral, observando o sistema jurídico argentino e brasileiro para comparativamente elaborar o texto, o qual se sedimentou no dano moral e suas formas de reparação.

Apresentamos uma definição de dano moral, apontando argumentos utilizados para a caracterização do delito, bem como os meios judiciais empregados na busca da reparação, no ressarcimento ou na compensação, com a finalidade de amenizar a dor sofrida pela vítima. O delito estudado apresenta diversos tipos, podendo assumir características psicológicas ou estéticas, que são representadas pelo dano ao patrimônio abstrato ou imaterial, que podem consistir em um bem ético, jurídico e social do ofendido. Por isso, ocorrendo o ato, caberá à vítima o direito de ser ressarcida pecuniariamente ou mediante retratação pública.

O trabalho aborda o dano moral na Argentina e no Brasil. Utilizamos o previsto na Constituição e na legislação civil de cada país. Desta forma, é oportuno que se frise que a pesquisa comparativa significa ampliar e enriquecer o horizonte científico e de futura aplicabilidade em países que fazem parte do Bloco Mercosul. Leontin-Jean Constantinesco nos ensina que o Direito Comparado “*procura infringir o horizonte fechado dos confins nacionais*”, bem como “*é o Direito Comparado que mais contribui para ampliar o horizonte das ciências jurídicas e sociais e para conhecer e compreender algo do Direito dos outros povos*”.²

Dessa forma, propomos ampliar o horizonte do dano moral, aplicado na Argentina e no Brasil, com a proposta de uma sedimentação e compreensão nos aspectos previstos de forma diferenciada para sua aplicabilidade quando ocorrer um dano provocado por sujeitos argentinos e brasileiros. A visualização abstrata pode suscitar simpatia ou conduzir a reações polêmicas, sendo esse o propósito.

² Constantinesco, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*: introdução ao direito comparado. 1995.

Nesse norte, propomos um avanço ao Direito Comprado para a valoração, quer positiva, quer negativa, favorável ou crítica, das instituições. Em suma, o aqui proposto foi uma mostra da previsão atual nas Constituições, nas legislações ordinárias, especialmente nos Códigos Civis da Argentina e do Brasil.

2. DANO MORAL

Para definir “dano moral”, faz-se referência a FORTUNATO AZULAY, que declarou ser necessário *“se cotejar, comparar, pensar e determinar os valores bons ou maus dos institutos sócio jurídicos, a fim de atingir constantemente os graus superiores de evolução social que impulsionam os povos do progresso”*.³

O direito dos povos equivale precisamente ao seu tempo e se explica no espaço de sua gestação, espelhando o seu mundo social e sua época. Os velhos direitos tiveram certos pigmentos de universalidade, uma vez que uma inspiração superior presidiu igualmente à elaboração de certas normas consuetudinárias. Por isso, o dano moral já existia e era julgado no estado natural do homem, que era regido somente pelas leis dos jus naturalistas, as quais eram aplicadas por meio do uso da razão, e também no estado social do homem, regido por leis, regras e normas que o próprio ser humano escreveu para proteger a sua vida, dos seus familiares e principalmente das suas propriedades físicas e psicológicas, vinculadas à economia privada, as quais são colocadas em prática mediante o uso do bom senso e da boa-fé, amparando, protegendo e dando segurança para o homem agir dentro da sociedade de forma tão livre quanto é no estado natural.

Desse modo, era muito complicado obter uma reparação imposta pelo dano moral físico, psicológico, estético ou patrimonial, no estado de natureza, e certamente nunca haveria de ser uma indenização em moeda ou desculpas públicas pelo mal causado, pois não havia um fundamento explícito a respeito do que fazer. Assim, a reparação acabava sempre culminando em selvageria, violência e morte,

³ Azulay, Fortunato. *Os fundamentos do direito comparado*. 1946.

o que não ressarcia ou apagava a dor sofrida pelo dano cometido. Muitas vezes tal desfecho representava mais sofrimento não só para as vítimas, mas também para os ofensores.

O dano moral praticado em sociedade está regido por leis. Sendo julgado procedente, em razão de o sujeito causar um delito, ele poderá ser determinado a cumprir uma obrigação como forma de reparação. Para tanto há que se estabelecer o tipo de dano. Em sendo patrimonial, por exemplo, poderá caber uma indenização em dinheiro, ou ainda, sendo um dano contra a honra, no qual houve um desrespeito à imagem de uma pessoa física ou jurídica, poderá caber uma indenização em dinheiro ou apenas um pedido público de desculpas. O certo é que para todo dano moral existente haverá uma forma de reparação. Desse modo, é evidente a importância do dano moral, pois todos nós componentes de um meio social estamos sujeitos a sofrer ou praticar um dano, em decorrência do qual seremos possivelmente ressarcidos ou condenados a repará-lo.

Carlos Roberto Gonçalves conceitua o dano moral, da seguinte forma:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.⁴

Por isso, o dano moral só tem um argumento em si para requerer-se uma reparação ou indenização para a parte que sofreu alguma forma de dano: é a reparação pela dor causada, ou melhor, pelo estado em que a dor deixa o indivíduo que sofreu o dano, e isso fica evidente na exposição de Augusto Zenun, o qual sustenta que

o dano moral não corresponde à dor, em si e por si, mas ressalta os efeitos maléficos marcados pela dor, pelo sofrimento, que invade e domina a alma, provocando apatia, morbidez mental, deixando marcas indelévels no ofendido.⁵

⁴ Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito civil: direito das obrigações, responsabilidade civil*. 2002. p. 92.

⁵ Zenun, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 1998. p. 1.

Dano moral pode ocorrer em duplo sentido, os quais são divididos em *próprio ou estrito* e o *impróprio ou amplo*. Assim,

a expressão dano moral tem duplo significado. Num sentido próprio, ou estrito, refere-se ao abalo dos sentimentos de uma pessoa, provocando-lhe dor, tristeza, desgosto, depressão, perda da alegria de viver. E num sentido impróprio, ou amplo, abrange também a lesão de todos e quaisquer bens ou interesses pessoais, como a liberdade, o nome, a família, a honra e a própria integridade física. Por isso a lesão corporal é um dano moral.⁶

Efetivada esta distinção sobre o duplo significado do dano moral, citamos o exemplo proferido por Führer. O dano estético, portanto, abrangeria os dois sentidos propostos por Führer e a explicação consta de sua definição: “o *dano estético é dano moral em sentido próprio, porque atinge os sentimentos da vítima, causando-lhe humilhação e desgosto. E é também dano moral em sentido impróprio, por ofender-lhe a integridade física*”⁷.

Desse modo, por ser o dano moral o prejuízo que afeta os ânimos psíquicos, intelectuais e a honra da vítima, o juiz deve valer-se de todas as provas possíveis para julgar se houve ou não dano à pessoa ofendida, pois há grandes dificuldades em estabelecer justa recompensa pelo dano. Precisamente em razão dessas dificuldades é que ao magistrado, por não ter regras seguras, cabe buscar em perícia realizada por profissional da área o lastro probatório necessário para uma melhor aplicabilidade do instituto.

Nesse particular, Augusto Zenun observa:

O juiz diante dos laudos avaliatórios das sequelas (da morbidez) a que se submetera o ofendido, e dos derivativos necessários à recuperação, bem como os valores respectivos, o que não traz qualquer dificuldade para a condenação do ofensor à reparação do dano moral. Consequentemente, não se trata de dar preço à dor, aos sofrimentos, aos sentimentos.⁸

⁶ Führer, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de Obrigações e Contratos (Civis, Comerciais, Consumidor)*. 2002. p. 99-100.

⁷ Id. *Ibid.*, p. 101.

⁸ Zenun, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 1998. p. 3.

Não só Zenun, mas também Venosa faz referência ao perfil que o magistrado deve adotar no desfecho do ato de julgar e avaliar a pena ou indenização para um caso em que envolva dano moral. Zenun pondera serem

importantes o critério objetivo do homem médio, o bônus pater famílias: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino.⁹

Desta forma, o dano moral só será comprovado depois que as evidências e as provas forem averiguadas e analisadas cuidadosamente pelo magistrado, e a condenação do ofensor se dará mediante o uso do bom senso e da experiência do juiz. Observa-se que, mesmo com uma decisão favorável, a dor do ofendido não acabará, mas apenas será amenizada, isso porque a dor, de acordo com o tipo de dano sofrido, é interminável, inacabável, pois conforme ensinado na doutrina e na legislação, o dano moral, seja qual for sua espécie, atinge de forma brutal a parte física e psicológica do indivíduo que o sofrerá, degradando e determinando a sua condição de vida.

Uma vez apresentado o dano moral, passaremos a verificar a sua previsão legal na Argentina e no Brasil, estudando de que forma o instituto é admitido em cada um desses países.

3. DANO MORAL NA ARGENTINA

Devemos salientar que no Direito argentino prevalece a teoria dos *direitos subjetivos* para a responsabilização do sujeito pelos danos causados. Por isso, Leandro Vergara ensina que quatro são as espécies de dano na Argentina: psíquico, estético, biológico e moral, porquanto os direitos personalíssimos compreendem o direito à intimidade, à honra e à imagem¹⁰.

⁹ Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil (Responsabilidade Civil)*. 2004. p 39.

¹⁰ Vergara, Leandro. *Aula de Direito a Pessoa Humana*. 13 de setembro de 2012, doutorado na UBA, Argentina.

Desta forma, estando-se à frente de direitos subjetivos (os quais, entre outras características, são absolutos), com uma estrutura formada por um sujeito ativo que é o seu titular, um objeto (elemento indisponível da personalidade que é *a vida, a honra, a integralidade física e moral*) e um sujeito passivo (que pode ser qualquer membro da sociedade que perturbou o regular exercício dos direitos de outrem, ferindo um direito), tem-se que deve a ele ser imposta uma punição, à qual corresponda uma indenização justa.

3.1. Direito à vida

O direito à vida é de maior magnitude, uma vez que reconhece e busca proporcionar proteção à condição primária de todos os direitos, como é a vida, entendida como a força substancial proveniente de Deus ou da natureza, promove o trabalho dos seres humanos. O direito à vida sempre foi vastamente reconhecido e protegido pelas leis de todos os tipos. Na Argentina, o reconhecimento e a proteção têm estatuto constitucional; não se pode ignorar que o caminho é por meio do reconhecimento do direito à vida. As questões que dizem respeito a esse direito em termos de sua duração ou não, resultam da realidade cotidiana; analisaremos o aborto, a eutanásia, o suicídio. Também se deve incluir a fertilização assistida.¹¹

3.2 Direito de imagem

3Pode-se notar que o retrato fotográfico é entendido em sentido lato – a compreensão de pinturas, bonecas, graphic novels, televisão, revistas, jornais, etc. Na doutrina se discute se a voz está dentro da imagem para a direita, ou se isso goza de certa autonomia. Em relação à zona de proteção deste direito, como os

¹¹ Texto original em Espanhol: *Derecho a la Vida*. O derecho a la vida es el de mayor magnitud dentro de los personalísimos, ya que reconoce y procura brindar protección a la condición primaria de todo derecho, como es la vida, entendida esta, como la fuerza sustancial proveniente de Dios o de la naturaleza que impulsa el obrar del ser humano. El derecho a la vida, desde siempre ha sido vastamente reconocido y protegido por la legislación de todo orden. En Argentina, el reconocimiento y protección tiene rango constitucional, no se puede desconocer por dicha vía el reconocimiento del derecho a la vida. Las cuestiones que rozan este derecho en cuanto a su vigencia o no resultan de la realidad diaria, analizaremos el aborto, la eutanasia, el suicidio. Si bien debe incluirse lo relativo a la fecundación asistida.

preceitos do art. 31 da Lei, parecem ser de forma limitada, porque se refere a retrato fotográfico colocado no mercado, no entanto, apenas capturar a imagem de uma pessoa sem o seu consentimento é que este direito pessoal é violado. No caso de incapaz, o consentimento do representante legal é necessário; em se tratando de pessoa falecida, o consentimento deve ser dado pelo cônjuge ou pelos filhos.

Publicações gratuitas são aquelas que estão ligados com o cultural, científico, ou são de interesse público ou desenvolvidas em lugares públicos. Devemos notar que apesar de estar presente a finalidade didática, as precauções que se revelam necessárias para essa publicação não é ilegal ou ofensivo serem tomadas. A exibição pública de uma imagem sem o consentimento do seu proprietário é um ato reprovado por lei.¹²

¹² Texto original em espanhol: Derecho a la imagen - O derecho a la imagen, como derecho personalísimo, confiere a su titular la facultad de impedir que otras personas por cualquier medio, capten o reproduzcan su imagen sin su consentimiento. Este derecho se encuadra dentro de aquellos que protegen la integridad espiritual de las personas. Puede señalarse que este derecho a la imagen, es distinto o goza de autonomía, del derecho a la intimidad o del honor; el bien jurídicamente protegido en estos, son la privacidad y la honra o reputación, frente al ámbito de la autonomía individual de consentir o no la divulgación de la imagen del titular. Pese a ello se puede a través de la violación al derecho a la imagen menoscabarse los otros dos. En cuanto a la lesión del derecho que nos ocupa, basta con que se efective la reproducción o publicación, para que se ataque el derecho la imagen; en consecuencia, frente a la difusión indebida, el ordenamiento jurídico le otorga a su titular, el remedio correspondiente, esto es, el cese de la divulgación y el resarcimiento que fuese menester. Por otro lado, es necesario para justificar y neutralizar el carácter lesivo de la difusión, el consentimiento de su titular. Este requisito obra en el art. 31 de la Ley 11.723, que establece que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio, sin el consentimiento de ella. Se puede remarcar que, retrato fotográfico, se debe entender en sentido amplio, comprensivo de pinturas, muñecos, fotonovelas, televisión, revistas, diarios, etc. En doctrina se discute si la voz se encuentra dentro del derecho a la imagen, o si aquella goza de cierta autonomía. En lo que hace a la esfera de protección de este derecho, tal lo preceptuado por el art. 31 de la ley citada, pareciera ser de extensión limitada, pues se habla del retrato fotográfico puesto en el comercio. Sin embargo, basta la captación de la imagen de una persona sin su consentimiento, para que se vulnere este derecho personalísimo. Tratándose de incapaces, para que no se perfeccione la lesión es necesario el consentimiento del representante legal; en cuanto a los difuntos, el consentimiento debe ser prestado por el cónyuge, hijos o de estos últimas la publicación es libre. En cuanto a las llamadas publicaciones libres, son aquellas que están vinculadas con fines culturales, científicos, o son de interés público o se desarrollen en lugares públicos. Debemos advertir que pese a estar presente la finalidad didáctica, deben tomarse los recaudos que fueren menester para que dicha publicación no sea ilícita u ofensiva. La exhibición pública de una fotografía sin el consentimiento de su titular constituye un acto desaprobado por el ordenamiento jurídico.

3.3 DIREITO À INTIMIDADE

A identidade pessoal é um atributo do “ser que é”, apesar da integração social. Esta profunda faceta, raiz da existência, que é a “mesmice” do ser, destaca-se como um grande interesse pessoal que requer uma proteção legal, ao lado e, do mesmo modo que acontece com outros interesses pessoais essenciais, como a liberdade ou a vida.¹³

3.4 Da previsão constitucional na Argentina

A previsão constitucional encontra-se na Constituição argentina de 1994, e que incorporado ao texto tem sua previsão no artigo 43, que fez dispor no seu parágrafo 3º o princípio do “Habeas data”, do qual uma pessoa pode fazer um registro de qualquer natureza, o qual se pode afirmar ter caráter de segurança ao dano moral praticado.¹⁴

¹³ Texto original em espanhol: Derecho a la identidad: Lo derecho la identidad personal supone “ser uno mismo” y no otro, pese a la integración social. Esta raigal y profunda faceta de la existencia, que es la “mismidad” del ser, se erige en un primordial interés personal que requiere de protección jurídica, al lado y de la misma manera que acontece con otros esenciales intereses personales, tales como la libertad o la vida.

¹⁴ Texto original de espanhol: Con la reforma constitucional de 1994, se ha incorporado en el texto de la Constitución Nacional en el artículo 43 que en su tercer párrafo regula el llamado “Hábeas data”, que es un mecanismo procesal, por el cual una persona puede acceder a un registro o banco de datos, sea público o privado, para controlar su veracidad, pudiendo llegar a suprimir información si fuera falsa, o evitar que sea utilizada con fines distintos a los de creación del almacenamiento o con fines discriminatorios. Este derecho fue reglamentado con la sanción de la ley 25.326 en el año 2000. Quedando reglamentado finalmente el ingreso y conocimiento de los datos propios que consten en distintas bases de datos.

Por isso a Constituição da Argentina traz em sua primeira parte do capítulo 2º os denominados novos direitos que se caracterizam pela adoção de garantias das pessoas contra atos que lhe possam causar prejuízos por danos morais. Assim, toda pessoa argentina pode acionar de qualquer forma quando ocorrer uma ação que possa caracterizar como danos a sua pessoa e aos seus direitos. Transcreve-se o artigo 43 e seus parágrafos.¹⁵

3.5 O Código Civil Argentino

O direito à privacidade na Argentina tem previsão no artigo 1.071 do Código Civil e assim se refere:

El que arbitrariamente se *entrometerse* en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijara equitativamente el juez, de acuerdo

¹⁵ Argentina, Constitución Nacional. Primera Parte. Capítulo Segundo. Nuevos derechos y garantías. Art. 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

con las circunstancias; además, podrá este, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.¹⁶

O Direito argentino consagra o dano moral, nas disposições do Código Civil, como se pode observar o que dispõe o artigo 1.078, “Si el hecho fuese um delito del derecho criminal, la obligación de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole em dole em su seguridad personal, o em el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas”.¹⁷

O artigo 1.078 reconhece o dano moral e sua reparação, porém, segundo Zenun, tal dispositivo é incompleto, porque só no caso de delito haveria uma pena a ser aplicada sobre o dano causado.

Apontamos o que consta nas legislações que vigoram atualmente na Argentina e no Brasil. Objetivamos a comparação do dano moral em suas mais diversas formas de reparação. Por fim, por julgar suficiente o que foi exposto acerca da codificação do dano moral, cabe a discussão do dano moral e suas formas de reparação. Na sequência, portanto, trataremos de nominar uma visão do dano moral e suas consequências na reparação no Brasil.

4. DANO MORAL NO BRASIL

4.1 Da previsão na Constituição do Brasil de 1988

O Código Civil brasileiro de 1916 previu o dano moral e para sua reparação havia aversão a esse tipo de classificação – *dano moral* –, pois o que se tinha em verdade eram considerações acerca do dano *patrimonial e extrapatrimonial*. Isso

¹⁶ Tradução do texto pelo autor das aulas do doutorado na UBA – Buenos Aires. Quem arbitrariamente intrometer-se na vida das pessoas, publicar fotos, divulgar correspondência, mortificando outro em seus hábitos ou sentimentos ou perturbar de alguma forma a sua privacidade, e ao fato de não ser um crime pode ser obrigado a cessar tais atividades, se não antes de ter cessado, e pagar uma indenização a fixar equitativamente o juiz, de acordo com as circunstâncias. Além disso, este pode, a pedido da vítima, ordenar a publicação da sentença em um jornal ou revista, se esta medida for uma solução adequada.

¹⁷ Zenun, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 1998. p. 33.

significava que dependia do magistrado aplicar a lei e interpretá-la para ver se no caso em questão era cabível a classificação de dano moral ou material, mas por não haver uma clara distinção entre esses dois tipos de danos coube à Constituição Federal de 1988 diferenciá-los, assim a aversão ao dano moral e sua consequente reparação.

O constituinte estabeleceu na Constituição Federal de 1988, “os direitos e garantias fundamentais”, e fez dispor no artigo 5º: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”. Para o entendimento do dano moral na Constituição interessam-nos os incisos V e X do artigo 5º, que dispõem:

No Inciso V:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.¹⁸

No inciso X:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.¹⁹

Dos incisos referidos nota-se que, atualmente, tem sido admitida, sem discrepância, a propositura de ação com pedido de indenização do dano moral ou do material, como prevê a Constituição do Brasil, cabendo ao juiz a tarefa de, em cada caso, agindo com bom senso e usando da justa medida das coisas, fixar um valor razoável e justo para a indenização. Em suma, a Constituição do Brasil de 1988 extinguiu qualquer dúvida que pudesse remanescer a respeito da reparabilidade do dano moral em nosso país.

¹⁸ Abreu Filho, Nylson Paim de, Constituição Federal, Legislação Administrativa, Legislação Ambiental – Brasil., 2004, p. 15.

¹⁹ Id. Ibid, p. 15.

3.2 Da previsão no Código Civil brasileiro de 2002

O Código Civil brasileiro, por sua vez, recepcionou a novidade ao consignar a expressão “*dano moral*”, em seu artigo 186 dispondo: “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.²⁰ Dessa forma, pode-se defender que a moderna conceituação do dano autoriza a sua classificação segundo critérios diversos.

Devemos observar, quanto ao tipo, que além do tradicional dano material e do dano moral sujeito a reflexo material, a tônica do final do século 20 foi o direito à indenização pela ofensa causada à personalidade. Nesse norte, classifica-se como dano moral puro aquele que fere a honra subjetiva de pessoa física, que se projeta no seu íntimo, e como dano à honra objetiva de pessoa física ou jurídica, aquele que se projeta perante terceiros. No mesmo sentido, consolidou-se a ideia do dano sob o aspecto mais amplo, ocasionado à coletividade, ao ambiente e ao consumidor, decorrentes de condutas lícitas ou ilícitas.

Desse modo, o artigo 927 do Código Civil não deixa dúvidas ao estabelecer que mesmo sendo ato *ilícito sem culpa*, o sujeito deve repará-lo, uma vez que, preconiza o referido artigo, “*aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.²¹ Ademais, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro dispõe que haverá obrigação do autor de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outro sujeito. Por isso, a vítima tem direito de ingressar com ação requerendo indenização pelo dano que sofreu, seja dano moral ou patrimonial.

Devemos destacar a evolução do conceito de indenização na mesma linha de raciocínio do dano ao fazermos a projeção do prejuízo; projeção material do dano; projeção do que se perdeu ou deixou de ganhar; a equivalência ao dano efetivo e ao dano potencial e como equivalência ao dano efetivo e subjetivo.

²⁰ Código Civil Brasileiro de 2002.

²¹ Cahali, Yussef Said. *Constituição Federal. Código Civil e Código de Processo Civil*. 2003. p. 373.

Nesse norte, o Código Civil, em seu artigo 944, dispõe que “*a indenização mede-se pela extensão do dano*”.²² Dessa forma, existindo a indenização para o dano, cabe ao juiz medir e pesar a sua extensão e gravidade para que a reparação seja equitativa com a extensão e a culpa. Não seria justo indenizar sem uma avaliação minuciosa da extensão do dano e nem da culpa por parte do ofensor, pois este pode ter ofendido outrem por imprudência ou vontade interior. Nesse sentido, a indenização por dano moral tem também uma conotação de pena, e esta pena, por menor que seja, é consoladora ou satisfativa, demonstrando que o ordenamento jurídico reprova o ato do ofensor e se preocupa com o ofendido, que é a vítima.

Para entendermos a previsão legal convém expor algumas hipóteses de reparação de dano previsto no Código Civil brasileiro que podem se encaixar no quadro do dano moral: por exemplo, o artigo 948, que estabelece que “*a indenização, no caso de homicídio consiste, sem excluir outras reparações: I – No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; e, II – Na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima*”. Vê-se que o item I diz respeito aos danos materiais; já o item II ao dano moral, pois o luto significa o mais profundo sentimento de tristeza causado pela perda de uma ou mais pessoas, causando danos subjetivos aos familiares.

O artigo 949, ao tratar de lesão corporal, dispõe: “*no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*”. Já o artigo 950 estabelece que, “*Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu*”.

Por fim, a partir desses exemplos, dentre muitos acerca do dano moral previsto na legislação, observa-se que, para o dano patrimonial deve-se buscar a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, ao passo que no dano moral a reparação se faz por meio de uma compensação ou reparação satisfativa.

²² Id. Ibid, p. 375.

Como argumenta Cahali, de um modo geral, a condenação com que se busca a reparação do dano moral é representada por uma quantia em dinheiro, a ser paga de imediato, sem prejuízo de outras cominações secundárias, nas hipóteses de ofensa à honra e à credibilidade da pessoa.²³

Desse modo, em nosso Código Civil, o dano moral objetiva tornar justas, corretas e igualitárias as relações que existem dentro de nossa sociedade, como do fato/ato entre indivíduo e indivíduo, indivíduo e Estado e, por fim, indivíduo e empresa privada. Existindo punição, nada mais se fez do que justiça social, tornando mais equitativas as relações na sociedade.

5. ARBITRAMENTO DO DANO MORAL

A legislação não consolida valores certos, e mesmo nos critérios estes não são totalmente claros, por isso entende-se ser da competência do juiz a aferição do *quantum da indenização* pelo dano moral, cabendo ao magistrado proceder ao *arbitramento* em um valor prudente para a compensação do dano e punição do seu causador.

Esse arbitramento, conforme Maria Helena Diniz, deve-se pautar em dois critérios: um de ordem *subjetiva*, pelo qual o juiz deverá examinar a posição social do ofendido e do ofensor, a intensidade do *animus lesante, ou ainda* o ânimo de ofensas, que é determinado pela culpa ou dolo; e a de ordem *objetiva*, como a situação econômica do ofensor e do ofendido, o risco criado com a ação e/ou omissão, a gravidade e a repercussão da ofensa. Na avaliação do dano moral, o órgão julgante deverá estabelecer uma reparação equitativa baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável para efetivamente cumprir com sua obrigação.

Esse arbitramento, entretanto, encontra um limite ético inerente à atividade do magistrado, pelo qual a fixação do valor a ser pago na compensação do dano moral deverá ser guiada pelo princípio da razoabilidade. Evita-se, dessa forma, a fixação de valores aleatórios, sem preocupação com a justiça da causa. Eis que os

²³ Cahali, 2005, p. 812.

critérios objetivos assumem importante papel na fixação do quanto a pagar. Como ensina Venosa, somente quando o caso concreto for de difícil solução, fugindo até mesmo dos padrões utilizados pela doutrina e jurisprudência, deverão ser admitidos critérios exclusivamente subjetivos do juiz, que, todavia, sempre deverá agir com prudência e pautado na razoabilidade.

Para Carlos Alberto Ghers, na avaliação do dano moral deve-se levar em consideração a idade da vítima. Quanto a esse aspecto preferimos fazer algumas ressalvas. Cumpre salientar que, aquele sujeito de idade propecta que sofre um dano não pode receber uma compensação exagerada, porque isso no máximo beneficiaria a seus herdeiros, não sendo utilizado pela vítima de acordo com sua finalidade. Quando se fala de pessoas em idade jovem, no entanto, é preciso fazer a consideração da gravidade do dano, cominada com esse critério. Se o dano for de possível recuperação, de modo que não afete a vida do jovem, é possível uma indenização menor, porém o mesmo não se diga do adolescente que foi privado da presença de seus pais.

O arbitramento ao dano moral deve representar a efetiva relação entre a ofensa e o valor da indenização, como forma de efetiva reparação. Nada mais do que isso.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o pesquisado, a honra ou a moral do ser humano é um bem juridicamente protegido pelo juspositivismo. Isso ocorre porque há valores morais, físicos e intelectuais dos indivíduos envolvidos neste contexto, e foi graças à evolução do Direito ao longo da História que o instituto do dano moral foi considerado indispensável à manutenção da moral e da honra das pessoas. Crimes como calúnia, difamação e injúria são previstos em lei, e é essa lei que faz a justiça social manter a ordem da sociedade, para que uns não invadam ou desrespeitem a liberdade e direitos de outros. Ocorrendo essa invasão, os ofensores serão condenados a pagar uma pena pecuniária, como forma de reparação pelo dano moral praticado.

O objetivo do presente estudo foi estabelecer a comparação entre o dano moral na Argentina e no Brasil, expondo o procedimento adotado no atual momento nesses dois países. Por outro lado, buscou-se demonstrar o imensurável avanço, embora os aspectos de lentidão doutrinária, pelo qual o dano moral vem passando nos dois países estudados. Registraram-se algumas formas de reparação de acordo com o tipo de dano moral existente no Brasil e na Argentina, discorrendo-se a respeito da certeza de que para todo dano moral, seja ele qual for, não importando a espécie, existirá uma punição, via indenização pecuniária.

Pode-se constatar a consagração do instituto do dano moral, em razão do amadurecimento dos juristas, doutrinadores e legisladores dos países pesquisados. Assim, graças a essa maturidade atingida, foi superado, no Brasil e na Argentina, o preconceito que havia antigamente de se conceder reparações pecuniárias em razão de um dano moral sofrido.

Desse modo, ficou evidente que nas Constituições da Argentina e do Brasil, e especialmente nos seus Códigos Civis, ainda se encontram controvérsias quanto à reparação do dano moral. Por outro lado, ocorreram avanços que só foram possíveis com o pressuposto de que a dor não tem preço. Com isso, os juristas proclamaram a necessidade de serem revistos os antigos conceitos.

Por fim, o tema dano moral está e sempre estará em aberto em todos os Direitos, especialmente nos dois países pesquisados, por se tratar de um assunto delicado e complexo que merece muita atenção dos operadores do Direito para que não se torne algo vulgar. O dano moral, portanto, é um tema que merece estar sempre em nossos estudos de atualização, a fim de que as adaptações acompanhem as exigências da comunidade pelas suas constantes relações.

7. REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *Constituição Federal, Legislação Administrativa, Legislação Ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

ARGENTINA. *Constitución Nacional: antecedentes históricos – tratados y convenciones*. 15ª reimpressão. Buenos Aires: La Ley, 2012a.

- _____. Código Civil de La República Argentina: universitario. Coordinado por Luis F. P. Leiva Fernández. 10. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012b.
- AZULAY, Fortunato. *Os fundamentos do direito comparado*. Rio de Janeiro: A Noite, 1946.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Colaboração Luiz Roberto Cúria, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.
- _____. Código Civil. Colaboração de Luiz Roberto Cúria, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.
- CAHALI, Yusef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. (Org.). *Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.
- CUNHA, Gonçalves. *Tratado de Direito Civil*. Tomo II, volume. XII. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 548.
- CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Público*, nº 95, p. 125-138, 1990.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 7.
- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de obrigações e contratos (civis, comerciais, consumidor)*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: direito das obrigações*. Parte especial, volume 6, tomo II: responsabilidade civil. 2. ed. atual. De acordo com o Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GHERS, A. Carlos. *Fideicomiso*. 1. ed. Buenos Aires: Universidade, 2006. 232 p.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n. 12, p. 84-115, 1995.
- KERBER, Gilberto. *Instituições de Direito Nacional e Internacional*. São Paulo; LTr Editora, 2003. 128 p.
- _____. *Direito das Obrigações: uma proposta de ensino orientação aos acadêmicos*. São Paulo: LTr Editora, 2004. 160 p.

_____. *Direito Contratual: uma proposta de Ensino aos Acadêmicos de Direito*. São Paulo: LTr Editora, 2009. 216 p.

_____. *Direito civil: obrigações, obrigações contratuais e responsabilidade civil*. São Paulo: LTr Editora, 2012. 232 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil (Responsabilidade Civil)*. São Paulo: Atlas, 2004.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Recebido em : 19/3/2015

Revisado em : 2/6/2015

Aceito em: 18/8/2015