

PECULIARIDADE DA REPARAÇÃO POR “DANO MORAL”

*Manuel Cândido Rodrigues**

SUMÁRIO: 1- Introdução.2-”Dano moral” e reparação.3 - Do fundamento da reparação do “dano moral”.4-Da função da reparação do “dano moral”.5 - Conclusão sobre o sentido de reparação do “dano moral”.

RESUMO

Considerada a real e manifesta distinção entre dano patrimonial e dano moral – enquanto que lesões sofridas recaem sobre bens jurídicos distintos –, tanto faz supor, necessariamente, o uso de critérios diferenciados, para fins reparatórios daqueles.

Dada a patrimonialidade aparente do primeiro, encontra-se facilitada a tarefa de operar-se a recomposição da espécie de lesão sofrida – o que, *contrario sensu*, pela ausência daquele, tanto se torna impossível quanto ao dano moral (desde que de natureza diversa, *in casu*, não patrimonial).

De tanto resulta a necessidade de sempre levar-se em conta, para fins reparatórios, o tipo de lesão sofrida – desde que distinto, num e noutro caso, o sentido da reparação devida.

Para tanto, nada melhor que o aprofundamento da compreensão sobre a função reparatória, em sede do dano moral – e, ao mesmo tempo, da relação direta que tal espécie de reparação guarda, com institutos jurídicos, como os do abuso do direito e do enriquecimento sem causa.

ABSTRACT

Considering the real and obvious distinction between pecuniary damage and moral damage – as lesions suffered by different legal assets –, it is indifferent to assume, necessarily, the use of distinct criteria in order to redress them.

Because of the apparent pecuniarity of that first kind of damage, the task of redressing the suffered lesion shows itself easier – which becomes, *contrario sensu*, because of the absense of the pecuniary character, impossible in what concerns to the moral damage (since its distinct nature, *in casu*, non-patrimonial).

* Doutor em Direito Civil. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFMG. Juiz do Tribunal regional do Trabalho da 3a. Região

In this direction results the necessity to take always in account, in order to redress a lesion, the sort of damage suffered – since it is distinct, in one or in another case, the sense of due redress.

To accomplish this mission, there is nothing better then increasing the comprehension about the redress function under the perspective of the moral damage – and, at the same time, of the direct relationship between that sort of redress and legal institutes, such as the abuse of right and unjustified enrichment.

1 – Introdução

Diante da exacerbada instrumentalização de pedidos de reparação pecuniária por “dano moral” sofrido – constituída, parte das vezes, em afoita e desregrada aventura processual, sem precedentes –, torna-se oportuna uma reflexão a respeito, no âmbito dos princípios informativos da responsabilidade civil, partindo-se, desde logo, duma tentativa de compreensão, quanto à peculiaridade que envolve esta espécie de recomposição de direito não patrimonial.

Oportuna e ajustada, neste caso, a lição de Diogo José Leite de Campos, voltada, precisamente, para o tratamento desta temática:

“A indemnização do dano não patrimonial tem de ser concebida em termos completamente diversos dos do dano patrimonial, na medida em que nada se reintegra, nada se restitui, como sucede no dano patrimonial, eliminável “in natura” ou por equivalente. Nos chamados danos não patrimoniais não haverá uma indemnização verdadeira e própria mas, antes, uma reparação, a atribuição de uma soma de dinheiro que se julga adequada para compensar e reparar umas dores ou sofrimentos, através do proporcionar de certo número de alegrias e satisfações que as minorem ou façam esquecer.”¹

Precisamente, porque não se trata de indenização, propriamente dita – atentada a natureza da lesão sofrida –, em razão disto, surge a questão sobre a adequada forma de recomposição daquela.

Por isso mesmo é que, além do critério básico, para a tanto se proceder, deve-se levar em conta a natureza do objeto da reparação, jamais se podendo deixar de lado os limites que àquele acabam por ser impostos, pelas duas extravagantes figuras jurídicas do abuso de direito e do enriquecimento sem causa – tratadas, de forma expressa, nos arts. 187 e 884 e seguintes do Código Civil vigente.

Daí a razão de ter-se com o certo que, para fins de reparação de “dano moral”, o valor a ser fixado, para tanto, pecuniariamente, por um lado, deve observar o caráter pedagógico, em relação ao autor da lesão – enquanto que, no que se refere ao lesado,

1 CAMPOS, Diogo José Leite de. *Lições de direito da personalidade*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pg. 255, item 2.

sem que tanto deixe de representar uma forma de reparação, pela lesão sofrida, tanto jamais poderá propiciar a prática do abuso de direito ou resultar, no enriquecimento sem causa (o que, portanto, faz concluir que tal espécie de sanção deve ter, como parâmetros de sua definição, além dos critérios legalmente definidos, nos arts. 944 e § único, e § único, do art. 953, do CC/02, “sobretudo, a natureza do dano sofrido, de caráter não patrimonial.”

De tanto ressalta, portanto, questão doutrinária e jurisprudencial corrente, acerca da peculiaridade desta espécie de lesão sofrida - objeto de reflexão, nesta dissertação.

2 – “Dano moral” e reparação

Embora, atualmente, já se encontre definitivamente superada a histórica controvérsia, entre juristas da maior expressão, acerca da “reparação do dano moral” – a ponto de Ramon Dominguez Aguila considerar que “es una conclusión que ya no se discute”² –, ainda assim, jamais se poderá deixar de considerá-la, como questão de maior relevo, dentro do tema proposto, nela se concentrando a principal disputa sobre os critérios mais ajustados à sua própria execução.

A tal propósito, por certo que nunca será demais aqui lembrar que o “dano moral” repousa em **bens jurídicos de caráter não patrimonial** – aspecto, sem dúvida, dos mais ponderáveis, para fins de apreciação sobre a propriedade ou impertinência do uso a respeito do termo “reparação”.

Sob este aspecto, ainda que marcada por um caráter meramente acadêmico, não vemos como poder fugir ao trato desta questão, de cunho nitidamente vocabular, em razão da restrição significativa de que tal expressão, necessariamente, padece, no âmbito da responsabilidade civil, a nível de “dano moral”, sob pena de sofrer gravíssima deturpação, desde que assumida, de maneira unívoca, em relação àquela que encontra assento, no próprio dano patrimonial.

Considerado este, pois, o principal objetivo do presente item – e dado que, para a sua melhor compreensão, muito concorre a do fundamento e função da reparação do “dano moral” –, há – de ser do trato destes seus dois aspectos que, por fim, com mais facilidade, se poderá entender o sentido ou significado da expressão em causa.

3 – Do fundamento da reparação do “dano moral”

Ao lado de tantas e tão expressivas teorias, assentadas na inviabilidade da conversão pecuniária dos bens não patrimoniais, surgiram muitas outras, de igual brilho e ainda melhor fundamento, através das quais se acabou justificando a “reparação” do “dano moral” – e que, ao mesmo tempo, através dos argumentos das últimas, e dos que definem a sua função, acabaram por imprimir àquela o real significado que a singulariza.

2 AGUILA, Ramon Dominguez. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una vision comparatista. *Revista de Derecho*, Universidad de Concepcion - Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales, n.188, año LVIII, jul./dic. 1990, p.154.

Tudo isto porque, conquanto em nosso sistema jurídico, **a nível de responsabilidade civil**, o sentido de “reparação”, em regra, corresponda ao de **ressarcimento de dano ou prejuízo sofrido** (porque, tradicionalmente, conotado, com o de lesão patrimonial), o certo é que, quando se processa, pelo seu equivalente, jamais poderá encontrar paridade de conceito, sempre que tenha seu fundamento, na lesão de bens jurídicos de caráter não patrimonial.

Por isso mesmo, com inteira propriedade, Javier Tamayo considera que “el bien lesionado puede ser patrimonial o extrapatrimonial. A su vez, los perjuicios que se derivan de la lesión a cualquiera de estos bienes, puede ser igualmente patrimonial o moral”³.

Daí que, conquanto sempre reparáveis, conforme sejam duma ou doutra espécie, necessariamente, acabam por implicar **critérios diferenciados** de a tanto se proceder. Em face da natureza do bem lesado, sendo de supor-se, sempre ausente, a idéia de patrimonialidade, só por isto encontra-se totalmente frustrada qualquer tentativa de proceder-se a tais critérios, no campo da reparação do “dano moral”.

De qualquer forma, não há-de ser pelo fato de tornar-se impossível estabelecer uma equivalência, entre dor e dinheiro – sobretudo porque, no dizer de Pires de Lima, para tanto não se pode usar da mesma medida – que, sob o pretexto de que o dinheiro não pode ser considerado meio de resgate do sofrimento, através dele não se acabe por **dulcificar** a própria dor.

Daí a inteira propriedade do seguinte argumento de Ruggiero, a tal respeito: “Se o dinheiro não é uma coisa comparável com a dor, é porém verdade que este é a medida comum, não só dos valores, mas também de todas as utilidades; é o meio pelo qual – na falta de outros e segundo os usos da vida – se dá reparação a uma ofensa; funciona ela como compensação (posto que inadequada e imperfeita) para aqueles que sofrem a lesão e pode variar também para pagar a dor (Schonersengeld), concretizando – independentemente do conteúdo da pena que pode ter para o ofensor – aquela responsabilidade que, de outro modo, ficaria privada de sanção perante a lei”; e remata:

“não deve a inegável dificuldade de equiparar o dinheiro à dor, levar a concluir pela impossibilidade conceitual de uma equiparação, nem para se excluir o seu reconhecimento pelo direito vigente se podem invocar os precedentes legislativos, a novidade da teoria e o silêncio dos códigos”⁴.

De fato, embora se torne inegável que o dinheiro, como **valor de equivalência meramente patrimonial**, jamais poderá representar igual expressão, relativamente aos bens não patrimoniais, nem por isto se poderá negar que, ainda que impropriamente, deixe de concorrer para a mitigação da lesão moralmente sofrida.

3 JARAMILLO, Francisco Javier Tamayo. El Daño Civil e Su Reparación. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, Medellín, n.62, jul./sep. 1983, p.67.

4 DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p.48.

Esta a razão que leva Aguiar Dias a escrever:

“[...] os mais autorizados adversários da reparabilidade do dano moral não aludem, apenas, à dificuldade material da avaliação porque percebem que a objeção é irrelevante, dada a ocorrência de fenômeno idêntico em relação ao dano patrimonial. Sua preferência se volta para a consideração de que é repugnante à consciência jurídica atribuir equivalente pecuniário a um bem jurídico da magnitude dos que integram o patrimônio moral, operação que resulta em degradação daquilo que se tem em vista proteger. Esses argumentos deixam de atender a que o nosso sentimento de justiça não se pode considerar satisfeito com a mera reparação dos prejuízos materiais, em face da ofensa à honra, ao sentimento de piedade, ao afeto, à integridade corpórea e à vida. A satisfação por que ansiamos, quando animados pela reprovação à ofensa, não será completa se se resumir na indenização dos danos patrimoniais. O desgosto, a aflição, a humilhação sofridos pela vítima ficam sem compensação, sem satisfação, se nos limitarmos a indenizar os danos meramente patrimoniais. E isso preocupa os que têm sentimento de justiça, fazendo com que se transija com a fórmula de reparação pecuniária, ao menos até que estabeleça um processo mais idôneo de reparar o dano moral, que lhe assegure equivalente adequado”⁵.

Para que se possa admitir a reparação do “dano moral”, em face da não patrimonialidade deste, não se há-de fazer transposição dos critérios usados, para fins de reparação do dano patrimonial, sob pena de ver frustrada a idéia de equivalência, entre lesão e ressarcimento.

De qualquer forma, da idéia de impossibilidade de conseguir-se a recomposição do equilíbrio, sempre objetivado, pela via de ressarcimento, em casos de responsabilidade civil, pelo menos, sempre se poderá alcançar, pela via de reparação, algum retempero, para aquele que indevidamente sofreu uma lesão.

Outra não é a conclusão de Aramendia, a tal respeito, quando escreve:

“a impossibilidade de fixar o equivalente, em dinheiro, do dano moral não podia ser causa suficiente para que o legislador

5 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.I.I., p.739-40. Segundo Leite de Campos, “pode afirmar-se, mesmo, que o conceito tradicional de não-patrimonialidade, aplicado aos bens da vida, está em crise. É constante a atribuição de um valor econômico a bens de carácter, em si, não patrimonial (vida e saúde, por ex.). O dinheiro assume, ao lado de uma função tradicional de troca, uma nova de igualação perante a perda ou diminuição de um bem da personalidade. ... Trata-se de uma tendência que, se criticável em tese geral, pode fazer aceitar, no caso concreto, uma ressarcibilidade axiologicamente correcta”. CAMPOS, *A indemnização do dano da morte*, p.267, nota 29 de rodapé.

deixasse sem proteção aquele cujo patrimônio foi ferido ou diminuído e a noção de compensação aparece como que chamada a resolver praticamente o problema da reparação pecuniária do prejuízo não econômico”⁶.

4 – Da função da reparação do “dano moral”

Desde que, no caso de “dano moral”, em si mesmo considerado, de indenização jamais se poderá tratar (enquanto que totalmente inviável a forma de restituição “in integrum” – **per se** ou, ao menos, pelo seu equivalente) surge, então, ao lado da justificação da reparação, anteriormente considerada, a questão da função desta última – e para cuja resposta existe um conjunto de teorias, através das quais se procura apresentar o critério modelar de sua própria aplicação.

Neste campo, praticamente, existem correntes, para todos os gostos – pois que, enquanto que para uns a reparação representa uma pena, **para o agressor**, já para outros acaba por significar uma satisfação, **para o lesado**; para terceiros (entre os quais se contam o grande Demogue e Caio Mário), por sua vez, reparação chega a representar um **misto de pena e satisfação**. Se quisermos ir além, temos, ainda, os que entendem que a reparação guarda, apenas, um significado simbólico.

Por isso mesmo é que a tal respeito escreve Antônio Levada: “No que tange à **natureza** do dano moral, doutrinadores de peso, em países como França e Itália, de há muito mantém intensa controvérsia. Assim é que, para Savatier, a função da indenização é satisfatória – compensativa; para Bonnard significa, simplesmente, a afirmação da existência da tutela jurídica, bastando uma reparação simbólica; Demogue defende tratar-se de uma compensação – pena, enquanto que para Chironi, Pessina e Zanardelli a indenização devida não passa de uma pena privada” – complementando, ainda, que desse último sentir é Ripert, para quem a condenação do ofensor visa, não a satisfação da vítima, mas a punição do autor (pois que, para este,

“as perdas e danos não têm o caráter de indenização, mas o caráter exemplar. Se há delito penal, a vítima pede que se acrescente alguma coisa a uma pena pública insuficiente ou mal graduada; se não há delito penal, a vítima denuncia o culpado que soube escapar-se por entre as malhas da lei penal. Há pena privada, porque tem que se pronunciar a pena sob o aspecto de reparação”⁷.

A teoria da reparação do “dano moral”, como pena privada, porém, de há muito se encontra totalmente superada. Segundo Aramendia, com efeito, tal conclusão deriva da confusão, entre dano moral e sua causa:

6 ARAMENDIA, José Pedro. A reparação do dano moral na doutrina e no Código Civil Uruguaio. *Revista Forense*, v.CV, ano XLIII, Fascículo 515, jan. 1946, p.38.

7 LEVADA, Gláucio Antônio Soares. *Liquidação de danos morais*. 2.ed. Campinas: Copola Editora, 1997, p.33-34.

“torna-se claro que é mais fácil apreciar a gravidade de uma falta do que a de um dano causado ao patrimônio moral. Aceitando a idéia de pena privada, em presença de um delito ou quase-delito que provoque dano não econômico, os juízes examinarão a situação de fortuna do culpado e seu grau de culpabilidade e sobre essa base determinarão o limite da soma a pagar. A pena privada seria, assim, um castigo a impor ao culpado, em proveito não do Estado mas da vítima. Dessa maneira, todos os princípios seriam salvos, o culpado teria o castigo e o prejudicado a indenização”.

Entretanto, de acordo com o mesmo autor, “a teoria antes referida se acha hoje totalmente superada e pertence às instituições do passado”⁸.

Para chegar-se à conclusão certa de que, na realidade, de **sanção penal** se não pode tratar, **no direito civil**, necessário se faz, para tanto, partir do sentido exato de **sanção**, em si mesma considerada – e, sobretudo, a nível de direito civil.

De acordo com Miguel Reale, dentro da visão filosófico-jurídica que o mesmo tem de sanção, esta representa “toda a consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando o seu cumprimento obrigatório”; e prossegue: “é meramente aquela consequência querida, desejada, posta com o fim específico de tutelar uma regra” - acabando por explicitar que, “quando a medida se reveste de uma expressão de força física, temos propriamente o que se chama **coação**. A coação, de que tanto falam os juristas é, assim, uma espécie de sanção, ou seja, a sanção da ordem física”⁹.

Se a idéia de sanção, nem filosoficamente se quadra, com a de reparação penal, muito menos tanto se poderá ajustar à ordem da correspondência da responsabilidade civil, porém e apenas à penal¹⁰.

De tanto ainda melhor nos convence Aguila quando, ao tratar de dano e sanção, escreve:

“De lo que se acaba de recordar resultaría que la responsabilidad civil, distinta en ello a la penal, no podría concebir fines sancionatorios y, de este modo, utilizar la condena a pagar una suma de dinero a título de daños, como una pena para el autor del hecho perjudicial. Si existe, a la vez que perjuicio civil, daño a um interés protegido penalmente, se habrá producido, para un mismo hecho, la correspondencia entre delito penal y delito o cuasi-delito civil, no porque sean idénticos, sino porque la misma conducta llena los requisitos de uno y de otro”, e prossegue:

8 ARAMENDIA, José Pedro. A reparação do dano moral na doutrina e no Código Civil Uruguaio. *Revista Forense*, v.CV, ano XLIII, Fascículo 515, jan. 1946, p.42-43.

9 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.260.

10 Esta conclusão encontra-se reforçada pelo estudo apresentado por Kelsen acerca de “Sanção”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1976, p.48.

“Incluso cuando ello sucede y la ley procesal admite que ambas figuras sean conocidas en un mismo proceso admite que ambas figuras sean conocidas en un mismo proceso, ésta se encarga de anotar que la acción penal se dirige a ‘sancionar, en su caso, el delito’, y la civil a ‘reparar los efectos civiles del hecho punible” (art. 10, Cód. Proc. Penal), - concluyendo, por sua vez, que “Sanción y reparación son pues dos cuestiones diversas, para las que existen también dos disciplinas jurídicas separadas. He allí una afirmación que encabeza todo texto que trate de la responsabilidad civil”¹¹.

Também Maria Helena Diniz, tratando da distinção, entre responsabilidade civil e penal, após tecer considerações a respeito, conclui que, “em nosso ordenamento, a instância criminal julga o fato em seu aspecto social, reprimindo o delinquente por meio de penas; logo, a pretensão pecuniária só poderá ser pedida no juízo cível, que julga quanto à vítima que pleiteia a reparação do prejuízo”¹².

Sustentar que a reparação do “dano moral” representa uma **sanção penal**, para o ofensor, acaba por significar o total desconhecimento da real distinção, entre responsabilidade civil e penal, bem assim como as **funções específicas** que cada qual desempenha, em nossa sistemática jurídica.

Pelo visto, quantos assim pensam, inconscientemente, adotam, entre nós, a sistemática jurídica de responsabilidade civil da Common Law. Com efeito, segundo Aguila, este último sistema

“utiliza, abiertamente, la condena a pagar una suma de dinero por daños, no solamente como modo de reparación, sino también como forma de **sanción y disuasión**. Así ocurre con los llamados daños punitivos (punitive damages) que consisten en una suma mandada pagar, incluso más allá del daño compensatorio o aún sin éste y para castigar al demandado y hacer de él un ejemplo que desaliente a otros de igual conducta, cuando ésta es especialmente grave, sea por existir malicia o culpa caracterizada en la interferencia de derechos ajenos. **Estas sumas pueden adquirir cuantía considerable e incluso imposible de concebir para nuestra práctica jurisprudencial**” (grifou-se)¹³.

11 AGUILA, Ramon Dominguez. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una vision comparatista. *Revista de Derecho*, Universidad de Concepcion - Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales, n.188, año LVIII, jul./dic. 1990, p.129-30.

12 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.20.

13 AGUILA, Ramon Dominguez. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una vision comparatista. *Revista de Derecho*, Universidad de Concepcion - Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales, n.188, año LVIII, jul./dic. 1990, p.130.

Acontece, porém, que tal sistemática jurídica comporta certas peculiaridades totalmente estranhas à nossa, enquanto que naquela se permite o agravamento da própria responsabilidade, pelo grau de culpa ou dolo do demandado, chegando-se à distinção, entre simples negligência e dolo ou culpa grave – o que, entre nós, segundo o próprio Aguila, no âmbito da responsabilidade civil, apenas pode ser levado em conta, quando se trata de responsabilidade contratual.

Em se tratando, portanto, de singularidade específica e exclusiva do sistema de responsabilidade civil anglo-saxônico, com características manifestamente diferenciadas do nosso (no qual, para além de tornar-se alheia ao grau de culpa, jamais se poderá conceber, como sistema de pena, **no âmbito da responsabilidade civil** – e, mesmo no da penal, só se podendo admitir pena mediante prévia e expressa disposição de lei a respeito), é de concluir-se que, além de gravíssimo equívoco, representa reprovável arbítrio fazer transplante de sistema de responsabilidade civil que, ademais, torna-se impraticável, observados os caracteres substancialmente diferenciados.

No caso, não é possível olvidar a própria advertência de Aguila a tal propósito:

“la práctica de condenar a tales daños es común y de este modo los **punitive damages** permiten agravar la responsabilidad, o más exactamente, el peso económico que cabe al demandado doloso o autor de culpa grave. Con ello, el interés por distinguir entre simple negligencia y dolo o culpa grave, que entre nosotros sólo tiene importancia respecto de la responsabilidad contractual, adquiere también interés en materia de **torts**”. Segundo o citado autor, com efeito,

“esta práctica obedece, indudablemente, al hecho que el **common law** atribuye a la responsabilidad no solamente fines reparatórios, sino también de sanción o castigo, prevención, preservación de la paz e incluso compensación por daños que, de otro modo no podrían ser reparados.

Ello no quiere decir que el **common law** no atribuya a la condena a pagar daños un rol eminentemente compensatório. Esta es, generalmente, su función primordial: ser una reparación por equivalencia de una pérdida, considerada compensable por el derecho, allí donde no es posible una reparación específica. Pero, como se ha señalado, el rol que en esta tradición jurídica se asigna a la responsabilidad no es únicamente reparatorio y de allí que la noción de daño no pueda asimilarse, como tiende a hacerse en nuestro sistema, a la de pérdida o interés compensable, o no pueda afirmarse que perjuicio y daño sean términos equivalentes. Primero porque el **Common Law** carece, como es próprio a su estructura, de un concepto genérico aplicable a cualquier interés o derecho para calificarle de daño, de modo que en cada ‘**tort**’ habrá de verificarse cuáles son los

intereses que se protegen. Pero, además, porque la condena a pagar una suma de dinero a título de daños no siempre y necesariamente se dicta con objeto de compensación, sino también de sanción y prevención. De allí que, gráficamente, se afirme que haya de distinguirse entre “daños” e “daños”, siendo el primer termino equivalente a nuestra idéia de interés compensable y la segunda, equivalente a la suma que el demandado ha de pagar en el proceso de responsabilidad. Ambas nociones generalmente coinciden, en el sentido que el principio de compensación integral impone compensar el daño causado; pero ésa no es una regla absoluta, porque a veces esa suma es mayor que el perjuicio como ocurre con los daños sancionatorios a que se ha aludido o también menor, como ocurre con los daños nominales”¹⁴.

Por isso mesmo, o que facilmente se explica, **no sistema da Common Law**, sobretudo, no direito Norte-Americano, em termos de reparações milionárias, por “dano moral”, não se compreende, nem muito menos se explica, **na sistemática romano-germânica**, onde a culpa é considerada **in abstracto**, e não **in concreto**¹⁵.

Por tudo isto é que, ao lado da ajustada lição de Aguila, quanto à distinção imperante, entre a responsabilidade civil do direito anglo-saxônico e a do ocidental, igualmente, tornar-se respeitável, ao mesmo propósito, a apresentada por Montenegro, na seguinte passagem:

“aos que ainda alimentam o vezo da vingança e da punição, lembramos que para as arremetidas contra os bens que compõem o patrimônio moral do homem o melhor desagravo é a condenação criminal do ofensor. Mais: as funções preventivas e repressivas próprias do Direito Penal são estranhas à responsabilidade civil, cujo fundo animador é eliminar o prejuízo econômico derivado do ato ilícito”¹⁶.

14 AGUILA, Ramon Dominguez. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una vision comparatista. *Revista de Derecho*, Universidad de Concepcion - Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales, n.188, año LVIII, jul./dic. 1990, p.130-32.

15 Daí o pensamento de Guilherme Moreira: “Perante a teoria da culpa, o dano causado por mera negligência resulta de um facto voluntário. Para os efeitos legais, desde que o autor do facto ilícito pudesse, usando da necessaria diligência, evitá-lo, quis tanto o dano, como quem o causou intencionalmente. Sendo assim, constituindo-se o autor da injúria culposa na obrigação de reparar o dano, e devendo essa responsabilidade abranger todas as consequências prejudiciais que resultam, necessariamente, do facto ilícito, ou que, sendo devidas a causas fortuitas, se não haveriam dado, se não praticasse esse facto, não pode fazer-se a distinção entre facto ilícito doloso e culposo, pelo que respeita à medida objectiva de responsabilidade civil. Essa distinção só poderá ter importância em relação aos efeitos penais”. MOREIRA, Guilherme. Estudos sobre a Responsabilidade Civil. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v.LIII, 1977, p.414-15.

16 MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. Monteiro. *Ressarcimento de danos morais e materiais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições Ltda, 1992, p.154.

Caso se queira, ainda, um reforço de argumento, contra quantos tentam acoplar o sentido de pena ao de reparação, no “dano moral”, poder-se-á lançar mão do seguinte pensamento de Oliveira Deda, ao mesmo propósito: “Adverte-se, porém, que, nos dias de hoje, seria um contra-senso afirmar-se a indenização-pena, pois o juízo civil não é de punição, mas de simples reparação”.

Até mesmo certas sanções de direito civil, como a cláusula penal - apesar de seu nome – tem caráter indenizatório, e não penal, conforme observa Von Thur. O mesmo se diga das arras, acrescenta Alfredo Orgaz. Em livro publicado, em 1867, José da Silva Costa afirmou que “a satisfação vindicativa ... está fora do plano da justiça social, onde a vingança não tem império, por envolver claro antagonismo com **a ars boni et aequi** da legendária legislação”¹⁷.

Ao lado de quantos tentam imprimir o sentido de pena ao de reparação por “dano moral”, **outros há que defendem que aquela representa, ao mesmo tempo, uma pena, para o ofensor, e uma satisfação, para a vítima.** Neste sentido de uma reparação de natureza mista, pode-se citar, entre nós, o próprio Oliveira Deda, para o qual

“o dinheiro não desempenha, apenas, a função de equivalência, como geralmente acontece nos casos de danos patrimoniais, porém, outras funções como **compensatória**, na responsabilidade por certos danos extrapatrimoniais e, mesmo, por certos danos patrimoniais de aferição difícil, senão impossível.

Mas reconhecemos que, em outros casos, sua função é meramente **satisfatória** e, concomitantemente, penal”.

Falando, porém, em **função penal de reparação**, desde logo adianta o sentido lato que a esta se deve imprimir, ao complementar:

“Tudo o que acarreta uma pena, para o ofensor, traz à vítima um prazer de vingança, não se podendo olvidar a realidade desse sentimento de vindita dos homens, tão primitivo como sua própria existência e que o direito sublimou e ordenou dentro de certos princípios”¹⁸.

Ao contrário da primeira corrente que sustenta o caráter penal da reparação por “dano moral”, defende esta a ordem satisfatória, sendo dos mais elucidativos a respeito o seguinte pensamento de Sessarego, quando escreve:

“En ciertos casos, debidamente ponderados por los jueces, es justo, por ende, entregar a la victima de un daño a su persona

17 DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Controvérsia teórica sobre a reparabilidade dos danos morais. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 1, jul./set. 1997, p.22.

18 DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Controvérsia teórica sobre a reparabilidade dos danos morais. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 1, jul./set. 1997, p.24.

de carácter no patrimonial, una suma de dinero. Esta entrega no debe ser apreciada con la categoría conceptual **resarcitoria**, inherente a la indemnización de un daño emergente, sino con un critério **reparatorio**, que obedece al propósito de otorgar a la víctima una satisfacción frente al daño sufrido”. Para concluir: “Finalmente vale a pena insistir es un argumento que, por mucho tiempo, no se tomó debidamente en cuenta por un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia, cual es el rol diferente que cumplen la sanción penal y la reparación civil tratándose de un daño a la persona sin reflejos patrimoniales”¹⁹.

Desde que o sentido de pena, aqui, assume o significado metafórico de simples **diminuição de patrimônio do ofensor**, a rigor, vinga a respeito a conclusão de que a função da reparação do “dano moral” tem **natureza meramente satisfatória**, para com o ofendido – cumprindo esclarecer, também, a este propósito que, por sua vez, **tal sentido jamais poderá abranger o de preenchimento de necessidades do ofendido**, porém e apenas o de sua **gratificação pessoal**, enquanto que fruto de uma condenação do responsável pela lesão causada, constituída em meio idôneo de recomposição do próprio patrimônio moral lesado.

Para uma terceira corrente, encabeçada por Bonnard, a reparação do “dano moral”, não passa de uma simples afirmação da existência de tutela jurídica, chamada por Bentham de **reparação atestatória** – que, na prática, **dispensa à reparação um carácter meramente simbólico**. Trata-se de posição extrema daquela que defende o carácter indenizatório do “dano moral”.

De fato, conquanto no “dano moral”, ao contrário do patrimonial, jamais o dinheiro se possa prestar à recomposição do prejuízo sofrido – enquanto que totalmente impossível estabelecer-se, através desse meio, o princípio da equivalência –, o certo é que nem por isso se deve deixar de mostrar ao ofensor que a justiça fica indiferente a situações de tal ordem, devendo torná-lo certo de que sua conduta foi reprovável, diante do ofendido.

Afastada, assim, em razão do seu sentido extremado, tanto a corrente que tem na reparação uma forma de pena indenizatória, para o ofensor, quanto a que defende o sentido meramente simbólico daquela, **em face de uma transgressão jurisdicional**, resta como conclusiva aquela que sustenta a natureza compensatória do pagamento feito para tal fim, **in pecunia**, conforme síntese proposta por Maria Helena Diniz:

“A reparação do dano moral é, em regra, **pecuniária**, ante a impossibilidade do exercício do **jus vindictae**, visto que ele ofenderia os princípios da coexistência e da paz sociais. A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos

19 SESSAREGO, Carlos Fernandez. Precisiones preliminares sobre el daño a la persona. *Themis - Revista de Derecho*, n.34, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p.217.

de mágoa, dor, tristeza, angústia, pela superveniência de sensações positivas, de alegria, de satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer, que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento; ter-se-ia, então, como já dissemos, uma reparação do dano moral, pela compensação da dor com a alegria. O dinheiro seria, tão-somente, um lenitivo que facilitaria a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao lesado uma compensação por seus sofrimentos”²⁰.

Com igual propriedade, escreve, ao mesmo propósito, Pires de Lima: “o dinheiro que o ofendido recebe pela dor moral sofrida não é o preço do bem lesado, pois esse é moralmente insuscetível de escambo, mas uma compensação, a única que é possível dar-se pelo dano causado”; e conclui:

“Realmente, provada como está a impossibilidade de compensar um dano de natureza não patrimonial com um bem da mesma espécie, parece-nos bastante contestável a opinião de Gabba, pois que mais imoral do que exigir uma compensação em dinheiro por um bem inestimável seria não exigir compensação alguma e dar lugar a que pudessem ser lesados os mais altos direitos individuais, sem se aplicar o mínimo castigo ao ofensor”²¹.

5 – Conclusão sobre o sentido da reparação do “dano moral”

Admitindo-se, com Aramendia, como evidente, que “não pode ser exatamente aferida, com critério objetivo, a soma monetária que restituirá o patrimônio moral do lesado ao estado em que se encontrava, antes de produzir-se o dano”²² – idéia possível, só no campo da lesão patrimonial, através da figura da “restitutio in integrum” –, ainda cabe relevar uma preocupação de Sessarego, quanto ao verdadeiro significado da expressão, reparação por “dano moral”:

“Consideramos que sería conveniente en este caso, dentro de un proceso de clarificación conceptual, distinguir dentro del genérico concepto de ‘indemnización’ dos categorías diferentes en cuanto a su finalidad que responden, a su vez, a dos expresiones lingüísticas distintas. Así, propusimos hace algún tiempo reservar el verbo ‘resarcir’ para identificar el proceso indemnizatório de daños con consecuencias patrimoniales, y utilizar el verbo ‘reparar’ para referirnos, tal como en su momento lo hicieran Ravazzoni e Pacchioni, a la indemnización de los

20 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.81.

21 LIMA, Z. Pires de. Responsabilidade Civil por danos morais. *Revista Forense*, v.83, 1940, p.225.

22 ARAMENDIA, José Pedro. A reparação do dano moral na doutrina e no Código Civil Uruguaio. *Revista Forense*, v.CV, ano XLIII, Fascículo 515, jan. 1946, p.38.

daños a la persona no valorizables en dinero. Este último autor manifiesta al respecto que ‘mientras el resarcimiento colma un vacío patrimonial, la reparación encuentra un patrimonio intacto y lo aumenta, con la finalidad que el ofendido pueda hallar na compensación a su dor’;

E reforçando o argumento, prossegue: “Es conveniente señalar a este propósito, que la expresión ‘reparar’ tiene, según el Diccionario de la Real Academia, el significado de ‘dar una satisfacción’, ‘desagraviar’”, concluyendo: “Y es, precisamente, una satisfacción y un desagravio lo que comporta el dinero que se entrega, en ciertos casos, a la víctima de un daño a la persona sin connotación patrimonial”²³.

Tenta justificar, assim, o uso da expressão “reparação”, precisamente, em razão da função que segundo ele a mesma exerce e desempenha – no caso, de **satisfação ou desagravo à vítima de um dano pessoal** – com o que, de resto, concordamos, **inteiramente**.

Também, entre nós, Montenegro assegura que

“fundada em tais conceitos, parte da doutrina, para distinguir as duas espécies, usa o termo ressarcimento, sempre que o dano à pessoa atinja o seu patrimônio, de forma positiva (dano emergente) ou de forma negativa (lucro cessante). Na hipótese de **dano puramente moral**, emprega-se o vocábulo reparação; aqui inexistente o elemento de equivalência em relação ao dano produzido, donde falar a doutrina germânica em dinheiro da dor – schmergensgeld – onde predomina a função de desagravo – funktion der genugtuung” – acabando por concluir o seguinte: “Não temos dúvida em apoiar essa doutrina. Na verdade, se o dano só atinge o foro íntimo da pessoa (sem reflexos na sua fortuna) a sanção que se lhe queira impor visa mais punir a culpa do ofensor. Neste caso, parece mais adequado falar em reparação satisfatória. Já o ressarcimento surge para eliminar os efeitos prejudiciais do dano patrimonial”²⁴.

Tem-se, aí, mais um adepto do pensamento de que, a rigor, o sentido de reparação não decorre, diretamente, da potencialidade significativa da palavra, porém, da que lhe é atribuída (indiretamente) pelo direito, em razão da função a que se liga, no campo do “dano moral”.

Em outras palavras: a qualidade “moral” do objeto “dano” é decisivo, para entender-se a reparação.

23 SESSAREGO, Carlos Fernandez. Precisiones preliminares sobre el daño a la persona. *Themis - Revista de Derecho*, n.34, Pontificia Universidad Católica del Peru, 1996, p.206.

24 MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. Monteiro. *Ressarcimento de danos morais e materiais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições Ltda, 1992, p.72-73.

Com efeito, de outra forma não teríamos como negar que o sentido exato da reparação do dano implica, sempre que possível, no de restauração de direito violado, através do restabelecimento da situação do **status quo ante** (*restitutio in integrum*) ou, na impossibilidade desta, a recomposição pelo equivalente (a qual, por sua vez, tradicionalmente, se processa, pela via pecuniária).

Neste último caso, Oliveira Deda apresenta explicação condizente quanto à interpretação afeta à “reparação”, no campo do “dano moral”, quando declara:

“para alguns autores, a reparação pecuniária desempenha, exclusivamente, a função de equivalência. Outros, porém, consideram que, quando o dano, por sua natureza, não comporta adequada estimação em dinheiro, a reparação pecuniária pode exercer uma função meramente satisfatória”²⁵.

E é neste último sentido, precisamente, que melhor se ajusta à espécie o sentido de *reparação* do que o correntemente usado de *indenização* por “dano moral”.

Referências bibliográficas

- AGUILA, Ramon Dominguez. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una vision comparatista. *Revista de Derecho*, Universidad de Concepcion - Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales, n.188, año LVIII, jul./dic. 1990.
- ARAMENDIA, José Pedro. A Reparação do dano Moral na Doutrina e no Código Civil Uruguaio. *Revista Forense*, v.CV, ano XLIII, Fascículo 515, jan. 1946.
- CAMPOS, Diogo José Leite de. *Lições de Direito da personalidade*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1973.
- DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Controvérsia teórica sobre a reparabilidade dos danos morais. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 1, jul./set. 1997.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.I. e II.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- JARAMILLO, Francisco Javier Tamayo. El Daño Civil e Su Reparación. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, Medelin, n.62, jul./sep. 1983.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1976.
- LEVADA, Glaúcio Antônio Soares. *Liquidação de danos morais*. 2.ed. Campinas: Copola Editora, 1997.

25 DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Controvérsia teórica sobre a reparabilidade dos danos morais. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 1, jul./set. 1997, p.17.

- LIMA, Z. Pires de. Responsabilidade Civil por danos morais. *Revista Forense*, v.83, 1940.
- MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. Monteiro. *Ressarcimento de danos morais e materiais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições Ltda, 1992.
- MOREIRA, Guilherme. Estudos sobre a Responsabilidade Civil. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v.LIII, 1977.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SESSAREGO, Carlos Fernandez. Precisiones preliminares sobre el daño a la persona. *Themis - Revista de Derecho*, n.34, Pontificia Universidad Católica del Peru, 1996.