

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

JESINA TERESINHA MENEZES RIBEIRO CHAVES

**O QUANTUM INDENIZATÓRIO NAS AÇÕES DE DANO MORAL
MOVIDAS CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL**

**Aracaju
2012**

JESINA TERESINHA MENEZES RIBEIRO CHAVES

**O QUANTUM INDENIZATÓRIO NAS AÇÕES DE DANO MORAL
MOVIDAS CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Monografia apresentada à
Faculdade de Administração e
Negócios de Sergipe - FANESE,
como um dos pré-requisitos para a
obtenção do grau de bacharel em
Direito.

ORIENTADOR: Prof. Msc. Victor
Condorelli

**Aracaju
2012**

JESINA TERESINHA MENEZES RIBEIRO CHAVES

**O QUANTUM INDENIZATÓRIO NAS AÇÕES DE DANO MORAL CONTRA A
PREVIDÊNCIA**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel, na área de concentração de Direito, à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em ____/____/____

Banca Examinadora

Orientador Prof. Msc. Victor Condorelli
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

José Carlos dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Guilherme da Costa Nascimento
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus familiares pela paciência e pelo incentivo demonstrado durante todos os anos do Curso de Direito, uma parcela desse empreendimento lhes pertence.

AGRADECIMENTO

Para realização deste trabalho várias pessoas foram fundamentais e contribuíram muito para esse momento, pelo que agradeço:

Ao senhor de todas as coisas, criador do céu e da terra, que faz com que confiantes na fé e com esperança consigamos ultrapassar os percalços.

A meu querido Pai in memoriam e a minha querida Mãe, pelo amor e pelos grandes ensinamentos que usufruo e procuro transmitir até hoje.

Aos meus filhos Antônio Jose, João Ricardo e Julio Cesar, agradeço a paciência quando das minhas ausências, dedico esta vitória à vocês.

Ao meu filho e companheiro Julio Cesar, que muito contribuiu para que esta empreitada se realizasse.

Aos meus netos Anna Beatriz, Victor e Antônio Neto, por existirem na minha vida.

As minhas queridas funcionárias Gleide e Isiane, que muitas vezes preencheram as lacunas do ir e vir do nosso escritório.

Aos meus Clientes, de 20, de 15, de 10, de 05, de 01 ano pela força.

As minhas queridas amigas que nunca reclamaram as minhas negativas quando o motivo era estudar: Lourdes, Ana Silvia, Clara Mercia, Gleide Selma, Ana Valença, Lilian, Vanda Fonseca, Genilse, Moema, Patricia, Maria Angélica e Rosalgina.

As meus estimados colegas pelo apoio, pelo respeito, pela escuta quando muitas vezes a reclamação ou os conselhos eram a tônica. Não posso deixar de lembrar do nosso primeiro dia e estavam lá: Paulo, Adriana, Claudia, Amanda, Luciana, Karla, Genivaldo, Karen, Dione, Marceli, Jaime e Abner.

Aos queridos mestres que nesta empreitada me alargaram os conhecimentos, bem como pela consideração e distinção. Em especial os professores: Marcela, Anna Paula, Pedro Durão, Eduardo Oliva, Jose Carlos, Alexandre Manoel e Mateus. A Professora Doutora Hortência pela atenção e estímulo, pela paciência e ensinamentos.

Ao meu querido orientador, Professor Mestre Victor Condorelli, por acreditar que eu poderia realizar este grande projeto.

Enganam-se infantilmente os que colocam as suas esperanças num regresso ao passado.

Rui Barbosa

RESUMO

A presente monografia faz um estudo sobre a forma atual colocada em prática pelos Magistrados quando é necessário encontrar o quantum indenizatório nas ações de dano moral. De difícil avaliação o dano moral diferencia-se do dano material porque a indenização é compensatória, isto é, ela procura reparar um dano abstrato interno do lesado e esta situação geralmente é difícil de avaliar. Para estudar este tema se fez necessário em estudo sobre o que vem a ser responsabilidade civil, suas implicações com o dano material e dano moral, e como a legislação ampara o lesado no Código Civil e na Constituição do Brasil. Encontrados estes pontos de convergência adentramos no conceito de Previdência Social, e seus vínculos já que a indenização que irá ser compensada neste estudo é sobre as obrigações que esta tem para com seus filiados. Assim diante de qualquer lacuna administrativa quando da ocorrência das hipóteses de cobertura previdenciária, existirá o dano, tanto o material como o moral. Muitos são os beneficiários que diante da burocracia, da falta de preparo dos agentes do Instituto Nacional de Previdência Social - INSS, da insegurança dos dados, não conseguem realizar sua expectativa e assim ficam submetidos primeiro a processos administrativos, depois quando não atendidos seus direitos se submetem ao processo judicial. A questão jurídica envolvendo as indenizações por dano moral vem tendo uma maior relevância no mundo do direito, o que acarreta uma série de novas discussões que é justamente como arbitrar e previamente delimitar o dano moral. Como indenizar algo imaterial e que não pode ser sentido se inexistente perante a legislação fundamento para tanto. A evolução do direito exige que façamos as melhores interpretações, mas para isso, necessário se faz que as leis deem os posicionamentos para tanto, ou que delimitem um norte. O objetivo do presente trabalho é justamente entender e situar a realidade em questão dentro da responsabilidade civil, analisando mais especificamente o dano moral em face da Previdência Social, e seu contorno do quantum indenizatório, atribuindo conceitos. Para se chegar efetivamente ao cerne da questão, tentando entendê-lo e solucioná-lo. A base de estudo para a realização do presente trabalho se deu através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando livros de doutrina, artigos, legislação pátria e jurisprudências.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil; previdência social; dano moral; valor indenizatório.

ABSTRACT

This monograph is a study on how current put into practice by the Magistrates when you need to find the quantum of severance actions in moral damages. Difficult to assess the damage morale differs from the material damage is because the compensatory damages, that is, it seeks to repair an abstract internal damage of the victim and this situation is often difficult to assess. To study it was necessary to study what comes to civil liability implications with material damage and moral damage, and how the law protects the injured to the Civil Code and the Constitution of Brazil. Found these points of convergence we enter the concept of Social Security, and their ties since the compensation that will be compensated in this study is about the obligations that it owes to its members. So before any administrative gap when the occurrence of events of pension coverage, there will be damage, both material and moral. Many beneficiaries who are facing the bureaucracy, the lack of preparation of the agents of the National Institute of Social Security - INSS, insecurity data, can not perform your expectation and thus are submitted first to the administrative processes, then when their rights are not met submit to the judicial process. The legal issue involving compensation for moral damage is having greater relevance in the world of law, which entails a series of further discussions it's just like previously arbitrate and delimit the damage. How indemnify something intangible that can not be felt if nonexistent before the law foundation for both. The evolution of the law requires us to make the best interpretations, but for this, it is necessary that laws deem placements for both, or clarifying a north. The aim of this study is to understand and situate the reality in question within the liability, analyzing more specifically moral damages in the face of Social Security, and his outline of quantum indemnity, attributing concepts. To effectively reach the heart of the matter, trying to understand it and fix it. The study base for the realization of this work was made through the literature and case law doctrine of using books, articles, legislation and jurisprudence homeland.

KEY WORDS: responsibility civil; social security; damage moral; value indemnity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 Evolução histórica	13
2.2 Conceito	14
2.3 Pressupostos	16
2.4 Espécies de responsabilidade.....	17
3 PREVIDÊNCIA SOCIAL	19
3.1 Evolução da Previdência Social no Brasil	19
3.2 Conceito	20
3.3 Natureza jurídica	20
3.4 Princípios da Previdência Social	21
3.5 Funções da Previdência Social	22
4 DANO MORAL.....	26
4.1 Evolução do dano moral no mundo e no Brasil.....	26
4.2 Conceito	27
4.3 Dano moral e sua reparação.....	29
4.4 Natureza jurídica	32
4.5 Configuração do dano moral	32
4.6 A vítima do dano moral	34
5 VALORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO	36
5.1 Aspectos iniciais.....	37
5.2 Os problemas da fixação do quantum indenizatório	38
5.3 Fundamentação e critério para a determinação do dano moral	41
5.4 O dano moral e as decisões jurisprudenciais.....	42
6 CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

As modificações e evoluções da sociedade exigem dos ordenamentos jurídicos uma intensa reformulação, ocorre que em muitos momentos essa evolução legislativa nunca consegue acompanhar essas mutações societárias. Assim é muito normal que as legislações demorem em incorporar esses novos conceitos sociais.

Não é estranho que os magistrados ao exercerem suas funções tenham que julgar algo que não está fundamentada na legislação fazendo com que o critério subjetivo tenha que ser usado para acompanhar as demandas sociais.

Desta forma foi aos poucos sendo arquitetada a responsabilidade civil, ao tempo que respondia as exigências da sociedade, procurando suprir as dificuldades encontradas, primeiro alicerçada no direito civil depois passando a ser um ramo independente identificando a figura do dano, havendo posteriormente uma diferença do que venha a ser o dano, o material e mais tarde o dano moral.

O dano moral surgiu dessa forma, fruto da evolução do Gênero Responsabilidade Civil, como um elemento imaterial. Muitos estudos foram necessários para que esta espécie de dano fizesse parte da responsabilidade civil já que sua existência abstrata não tinha parâmetros para a sua realidade física.

Superadas as incertezas temos hoje doutrinadores com conceitos respeitados que confirmam sobre a existência do dano moral sempre atrelado ao dano psíquico isto é aos danos internos daquele que sofre a lesão, mesmo que para isso se faça necessário imaginá-lo como forma de caracterizá-lo para assim repará-lo.

Se a reparação por parte do causador do ilícito não pode ser trazida para a realidade anterior, cabe neste caso à compensação e tal situação só encontra no elemento pecuniário uma possível solução.

Assim, o causador do dano responde por seu ato seja ele omissivo ou comissivo, assegurados pela legislação onde nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição da República do Brasil, que assegura a reparação por dano moral, por ofensa à honra, imagem, intimidade e privacidade. Dentro dessa ordem chegamos ao artigo 37, § 6º, da mesma Constituição, que estabelece a responsabilidade objetiva, onde a prova dos atos lesivos, do dano e do nexo de causalidade, independe da culpa ou dolo por parte dos responsáveis quando o dever é do Estado.

Dentro da gama de possibilidades da responsabilidade civil, temos que acrescentar que o dano moral além da reparabilidade entre pessoas, físicas ou jurídicas, há a possibilidade da existência da mesma reparabilidade dos entes que compõe o Estado, incluindo-se todas as instituições, isto é, as diretas e as indiretas.

Também dentro deste raciocínio, chegamos ao dano moral previdenciário, um direito básico para a sobrevivência das pessoas, pois, possui natureza alimentar, devendo, portanto, ser de aplicação imediata quando da ocorrência do fato gerador e sua efetivação deve ser concreta respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante da prova inequívoca da responsabilidade do Estado passamos a autarquia que o representa e que, portanto irá responder pelos danos causados quando da concessão de benefícios aos seus segurados.

Cabe ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, a responsabilidade de conceder, calcular e pagar os benefícios previdenciários. Com todo este poder não é de se admirar a quantidade de ações por onde são transmitidas as revoltas por parte dos beneficiários quando esta autarquia estima os benefícios a menor, ou mesmo não o concede quando do preenchimento dos pré-requisitos instituídos por lei.

Diante de tais situações, é que nasce o processo da reparação do erro, seja ele pequeno, médio ou grande há um enorme lapso temporal para ver esse erro sanado por parte da Previdência Social, posto que no quesito Previdenciário, as obrigações só são pagáveis através dos precatórios, depois de uma cansativa e extensa luta processual onde os prazos para o Estado são dobrados e geralmente o beneficiário lesado está na condição de vulnerabilidade, quer pela saúde, quer pela responsabilidade com terceiros a exemplo dos dependentes, quer pelo prêmio da aposentadoria, isto é uma idade avançada para uma larga maioria.

Como reparar esta indignidade, se não se pode voltar ao estado inicial, sem erros, como proceder para compensar este dano, mais que isto, como valorar este hiato da vida, esta diminuição daquela honra, daquela imagem, daquela intimidade e daquela privacidade constante do artigo 5º, X, da Carta Magna.

É de se destacar que na atualidade, já se faz mais justiça, hoje não é raro as sentenças que penalizam o Instituto em dano moral quando este não dá os direitos devidos aos seus beneficiários, muito diferente de outros tempos, onde causas dessas naturezas em que haviam erros nem era discutidos.

Encontrada a solução eis que surge outro grande impasse. Como decidir sobre um valor de natureza tão singular? Quais elementos serão usados pelo magistrado para dar solução a este impasse, isto é tentar substituir o dano moral, algo imaterial, por algo material para assim reparar o lesado?

No presente artigo, foram estabelecidos como objetivos da pesquisa: Relatar a experiência prática dos Tribunais do País nas ações de dano moral movidas contra a Previdência Social; descrever as dificuldades de comprovação do dano moral sofrido pelo beneficiário do direito em face do Instituto Nacional de Seguridade Social e ainda, mostrar como tal instituto em muito agride o direito do cidadão que depende desta autarquia.

Por mais que se pense que o elemento do dano moral seja um tema incontroverso e demasiadamente pacificado, ainda não é essa uma situação que evidentemente se concretiza, já que mesmo que passado um século de suas discussões começaram a figurar sobre o instituto como o constante questionamento sobre reparabilidade moral, e também se o dano imaterial pode ser realmente reparado via elementos pecuniários.

A dúvida histórica do dano moral paira sobre a adequação do valor ao dano moral, ou seja, como se consegue valorar um dano que não é sentido por aquele que irá decidir sobre a lesão, se o mesmo não é perceptível, podendo tão somente ser imaginado.

O tema do presente projeto tenta justamente decifrar o estado atual do dano moral, que é justamente a sua reparação em termos pecuniários. Como, dado certo problema, e aqui um erro do Instituto Nacional de Seguridade Social, consegue o Juiz auferir o valor do dano de algo imaterial e que não pode ser sentido nem previamente delimitado.

Ocorre que por mais que pareça uma situação estranha e complicada de ser auferida, atualmente a doutrina e a jurisprudência no Brasil têm resolvido os intensos questionamentos, apontando as características mais relevantes e conceituando as problemáticas mais precisas.

Desta feita, o presente trabalho se baseou em textos doutrinários que sintetizam na teoria os pontos mais importantes desse assunto.

Aliado a questões doutrinárias, foram utilizados os posicionamentos atuais da jurisprudência Brasileira e dos legisladores com seus projetos de lei, acerca do tema, o que de fato serve para ver na prática aquilo que deve

fundamentar as decisões atinentes ao dano moral e a sua reparação em valor.

O estudo versará sobre quatro institutos principais com a finalidade de integrá-los e assim justificar este trabalho. A explanação iniciará-se pelo conceito de Responsabilidade Civil, sua evolução histórica, sua ocorrência e suas espécies; depois uma abordagem do que vem a ser a Previdência Social, com seu conceito, evolução, sua natureza jurídica, princípios norteadores.

Após esse conteúdo introdutório, chega-se ao tema proposto, ou seja, o Estudo do Dano Moral, com a evolução, seu conceito, sua natureza jurídica, sua configuração e sobre quem será a vítima do mesmo e por último o aspecto valorativo do dano, de modo a torna-lo palpável no mundo jurídico.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil surgiu e se desenvolveu intimamente ligada à evolução da sociedade isso se deu logo nas primeiras formas de organização societária, já que normas de caráter geral coordenavam o grupo baseado no costume e nas tradições.

No início, os organismos sociais não possuíam regras positivas de agir ou mesmo de se comportar, mas as suas ações e reações estavam ligados a princípios éticos e acima de tudo costumeiros da sociedade.

Assim, a sociedade evoluiu no tratar das relações costumeiras, evoluindo, por conseguinte o histórico da responsabilidade civil.

2.1 Evolução histórica

A responsabilidade civil possui algumas fases que bem traçam o caminho da sua evolução. Alguns doutrinadores divergem em determinados momentos históricos, com acréscimos de situações, mas de maneira geral, todos abordam ponto a ponto o início do referido instituto.

A primeira fase da responsabilidade civil que a maioria dos doutrinadores aborda, é a fase de vingança. Por tal fase, entende-se que o sujeito que sofreu o dano ou que obteve algum prejuízo, tendo em vista determinada ação praticada por terceiro, tinha o direito de revidar nos mesmos moldes a agressão que sofreu. Tal situação é delimitada pela Lei de Talião, que tinha como brocardo a frase “Olho por olho, dente por dente”.

Alguns doutrinadores, dentre eles Diniz (2002) delimita que a presente fase se subdividia em duas outras, no caso, a Vingança Coletiva e a Vingança Individual.

A Vingança Coletiva se caracteriza por uma reação em grupo contra o agente que praticou a ofensa, evoluindo posteriormente em um segundo momento para a possibilidade do agredido, per si, fazer justiça nos moldes em que sofreu a agressão, fato que ficou conhecido como segundo momento da Vingança, denominada de vingança individual.

Ainda nesta fase inicial da responsabilidade civil, importa salientar a existência, mesmo que pequena e pouco expressiva, do fenômeno da composição,

onde era previsto a possibilidade de ambas as partes acordarem entre si a estipulação de uma pena para o agressor, sem a aplicação da Lei do Talião, por essa pequena evolução alguns doutrinadores delimitam tal situação como sendo a segunda fase evolutiva da Responsabilidade Civil.

No entanto, é na terceira fase evolutiva do instituto que o fenômeno da composição tem destaque e crescimento, pois é nesse momento que a reparação pelo dano causado não se dá tão somente pelo sofrimento físico do ofensor, já que o dano poderia ser reparado mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro, delimitada como poena, e que era instituído diretamente pelo ofendido. Ocorre que tal punição era considerada como um duplo dano, já que no momento em que há a cobrança pecuniária, pelo direito a retaliação, criou-se a situação do dano da vítima, que propriamente sofreu o dano, e o do ofensor, já que a sua penalidade estava nas mãos do ofendido, já que o mesmo era quem iria delimitar a importância a ser paga, podendo assim fugir dos critérios lógicos da reparação.

Por tal situação, os estudiosos da época entenderam que necessitava haver uma maior certeza do dano causado pelo ofensor, pois a responsabilização era baseada muito genericamente, o que possibilitaria o surgimento de imperfeições. Assim, foi criada a *Lex Aquilia de damno*, que trataria da apreciação do grau de culpa do agente lesionante, para ao final delimitar a responsabilidade pelo dano causado.

A presente lei, no primeiro momento, fora considerada um marco na evolução do instituto da Responsabilidade Social, posto que, abriu a possibilidade de auferir se verdadeiramente o agente que promoveu o dano agiu de maneira intencional ou não, surgindo assim à avaliação da culpa do agente que causou o dano, o que fez criar mesmo que de maneira imperceptível a atualmente chamada responsabilidade extracontratual.

2.2 Conceito

Na concepção de Diniz (2002, p. 34) a responsabilidade civil de definiria como sendo:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua

guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Por tal definição, a doutrinadora abarca dois ramos da responsabilidade civil, a subjetiva, que como citado necessita do elemento comprovador da culpa, e a objetiva que pela imposição legal dada a certas situações seriam consideradas condutas culposas.

Ainda na questão do conceito da responsabilidade civil, devemos ainda nos ater no panorama delimitado por Gagliano (2004) ao afirmar que a responsabilidade civil decorrente de uma agressão feita a um interesse estritamente privativo e particular sujeitaria ao causador do dano um pagamento de determinada compensação, esta em valor pecuniário à vítima do dano, se o causador do ato lesivo não conseguir repor in natura o estado naturalmente anterior à lesão.

Com a análise deste segundo conceito, percebe-se que o presente doutrinador abarcou um novo termo, ainda dentro da responsabilidade cível, que é a pecúnia, que remete a ideia de compensação da dor ou dano sofrido pelo elemento material, elemento financeiro, elemento este primordial no estudo da responsabilidade civil, já que o tema do ressarcimento pelo elemento dinheiro é bastante discutido.

Stoco (1999, p. 60) aduz sobre o conceito da Responsabilidade Civil, entende que o mesmo não pode ser previamente delineado, pois são várias as formas pela qual a responsabilidade pode estar transvestida. No entanto, nos seus dizeres a responsabilidade cível seria “resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação”.

Por tal conceito, entende-se que o homem seria responsável pelos seus próprios atos, ou seja, caberia ao homem agir dentro de suas responsabilidades e quando seus atos seja mediante ação ou omissão, o mesmo seria responsável pelo resultado.

O Código Civil, em seu artigo 186, conceitua assim: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Aqui Florêncio (2012, p. 187):

Reputa-se ato ilícito o que, estando em desacordo com a ordem jurídica, viola direito subjetivo e causa dano, material ou moral, a alguém, constituindo-se a inclusão deste numa das grandes inovações do Código,

que na esteira da Constituição Federal (artigo 5º, V e X), reafirmou a existência do dano moral, pondo termo aos debates e as resistências. Frise-se que neste artigo se vê a consagração da responsabilidade civil fundada na culpa, ainda que pese o disposto do parágrafo único do artigo 927 (responsabilidade objetiva), ou seja, prestigiou o legislador a responsabilidade subjetiva nascida da exegese conjunta dos artigos 186 e 927 do Código Civil, donde se tem que é necessário provar a culpa do agente para que a ilicitude seja reconhecida, bem como o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

2.3 Pressupostos

A responsabilidade civil tem determinados componentes indispensáveis para o seu surgimento os quais foram aparecendo com a evolução da história civilista.

Dentre os componentes indispensáveis, temos a existência de uma ação seja ela positiva ou negativa, o dano seja ele patrimonial ou não, e o último elemento que é o nexo de causalidade que une os dois anteriores, formando a Responsabilidade Civil.

Alguns doutrinadores diferenciam quanto a nomenclatura, já que uns se utilizam do termo pressupostos, como no caso de Diniz (2002) enquanto que outros utilizam Elementos da Responsabilidade Civil, como no caso de Gagliano e Pamplona Filho (2004) mas que no fundo, não possui diferenças em seu contexto.

Ainda em relação ao primeiro elemento, insta frisar que para que o mesmo ocorra necessário se faz a presença do condão da voluntariedade do agente que comete o ilícito, calcado na ideia de culpa, ou lícito, amparado pelo risco. Assim aquele que pratica o ato, o pratique voluntariamente, tendo consciência do que esteja praticando. Sobre aspecto bem delimitou Gagliano e Pamplona Filho (2004, p. 31) ao afirmarem que o elemento voluntariedade “resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”.

O segundo dos elementos formadores da responsabilidade civil é o Dano, que também pode ser denominado como sendo o prejuízo e que se constitui no resultado do ato praticado pelo agente. Tal pressuposto exige a presença de um bem juridicamente tutelado e que nos termos da prática do ato ou omissão fora lesionado, assim de tal forma para o dano estaria completa a ideia de responsabilidade.

O terceiro pressuposto da responsabilidade civil e não menos importante que os dois anteriores são o nexo de causalidade, que se constitui justamente no liame entre a prática de ato, ou omissão, e que efetivou o dano. O elemento liga os dois anteriores e dá a conexão necessária para se apurar se realmente o dano ocorreria se o ato, ou conduta humana, não tivesse sido praticado.

Assim, é básico para se comprovar a responsabilidade civil a presença dos três elementos.

Para Florêncio (2012, p. 187/188):

O ato ilícito pode advir de ação ou omissão voluntária, isto é, situação na qual o agente tencionou (dolo) causar o dano, mediante ação ou pela omissão. Sucede-se também o ato ilícito em decorrência de negligência (omissão involuntária) ou imprudência (ação involuntária), situações nas quais o agente concorre para o dano, sem que tenha intenção de causá-lo.

Assim, conclui o doutrinador que os elementos essenciais para evidenciar-se a ilicitude são: “1) conduta (comissiva ou omissiva); 2) culpa, em sentido lato, englobando tanto o dolo como a culpa stricto sensu; 3) dano, seja patrimonial ou moral; 4 nexo de causalidade entre a conduta e o dano” (Op. Cit., p. 188).

2.4 Espécies de responsabilidade

A responsabilidade civil apresenta-se em relação ao fato gerador, em relação ao fundamento e em relação ao agente.

Em relação ao fato gerador a responsabilidade civil pode ser de duas formas, contratual quando mediante um acordo bilateral ou unilateral entre as partes é quebrado por uma delas ou pelas duas, gera o efeito da responsabilidade. Outra forma do fato gerador é a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, esta já citada anteriormente no aspecto histórico, pois surgiu nos primórdios da responsabilidade civil. Sobre este segundo fato gerador, é de ser destacado que aqui inexistente para as partes um acordo objetivo, ou seja, aqui não há uma relação contratual ou obrigacional, mas que por não ter sido acordado não exime aquele que causou o dano, pois tal responsabilidade é gerada pela lei, ou mesmo por um direito que quando ofendido gera um dano.

A outra responsabilidade é gerada pelo fundamento, ela pode ser subjetiva ou objetiva. A subjetiva se baseia no ideal de culpa do agente causador do dano, assim para que este seja responsabilizado civilmente o elemento culpa tem que estar presente. Na objetiva a culpa não é levada em consideração o que é considerado é o risco, pois tanto a conduta quanto o dano são irrelevantes, bastando tão somente o nexo causal.

Por último a responsabilidade em relação ao agente, esta pode ser direta ou indireta, na primeira emana do próprio causador do dano respondendo ele pelo dano causado, na segunda emana de terceiros, nesse caso é necessário que haja um vínculo jurídico com o agente causador do dano.

3 PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Constituição Federal no artigo 6º estabelece quais os direitos sociais, elencando entre eles a previdência social. No artigo 3º estabelece entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, como a Previdência Social se baseia no princípio da solidariedade ela constitui-se num dos objetivos fundamentais República Federativa do Brasil.

Afirma Alessandro Farineli e Maschieto (2011, p. 36) em seu livro *Dano moral Previdenciário*, “O direito previdenciário é direito fundamental ao Homem. seguindo a classificação geracional dos direitos fundamentais, o direito previdenciário enquadrar-se-ia como direito de segunda geração”.

A Previdência Social está disciplinada nos artigos 201 e 202 da Constituição Federal de 1988. É um sistema contributivo, mediante o qual os trabalhadores estarão protegidos contra as contingências da doença, da morte, da invalidez, da idade avançada, dos encargos familiares, da prisão do segurado de baixa renda, além da proteção a maternidade e contra o desemprego involuntário.

Protegerá aqueles que a ele se vincular, através do exercício de alguma atividade que lhe permita a filiação compulsória ou mediante contribuições facultativas.

3.1 Evolução da Previdência Social no Brasil

A Constituição Imperial de 1824 em seu artigo 179 parágrafo 31 instituiu sobre a garantia dos socorros públicos. Entretanto, não prescreviam quais seriam esses socorros, não definia a forma de financiamento e tampouco estabelecia direitos subjetivos aos cidadãos. Era uma norma jurídica de eficácia mínima.

Somente após o surgimento do Seguro Social na Alemanha por Bismark, em 1883, seguro este criado em favor dos trabalhadores, baseado nos moldes do seguro privado onde já se iniciava a proteção daqueles. Decorrente da efervescência da Europa com a revolução industrial, o surgimento do socialismo e os movimentos operários da França.

Esse modelo alemão rapidamente se expandiu pela Europa e depois pelo mundo, num fenômeno de internacionalização e universalização que ganhou

grande impulso com a criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho em 1919.

Assim, em 1935, surge nos EUA – Estados Unidos da América pela primeira vez a denominação Seguridade Social como diploma legal, entretanto só em 1942 na Inglaterra consolidou-se o Sistema de Seguridade Social, que integrava o Seguro Social a algumas prestações assistenciais semelhantes à brasileira prevista na Carta Magna.

Durante o período anterior a Constituição Federal de 1988, muitas legislações foram criadas com o intuito de proteger o trabalhador, no entanto, elas foram sendo agrupadas pouco a pouco até que em 1977 foi constituído o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, permanecendo nestes moldes durante anos, até que houve a Previsão Constitucional do Sistema de Seguridade Social em 1988.

3.2 Conceito

A Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde, são espécies da Seguridade Social. Assim a CF em seu artigo 194 estabelece que Seguridade Social é um conjunto integrado de ações, de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a garantir os direitos relativos a saúde, previdência e assistência social.

A Previdência Social esta disciplinada nos arts. 201 e 202 da CF, que dispõem ser esse um sistema contributivo, mediante o qual os trabalhadores estarão protegidos contra as contingências elencadas no primeiro artigo acima citado.

3.3 Natureza jurídica

A natureza jurídica da Previdência Social é conhecida em seis vertentes: Teoria do Salário Social; Teoria Fiscal, Teoria Parafiscal, Teoria do Prêmio de Seguro, Teoria do Salário Deferido e Teoria da exação sui generis.

Na Teoria Fiscal, sustenta ser a contribuição à previdência uma obrigação tributária, ou seja, uma prestação pecuniária compulsória paga ao Estado (lato sensu), com a finalidade de sustentar o fundo econômico que fomenta o Sistema de Seguridade Social. Afirma a presente teoria que a contribuição é um tributo.

A Teoria Parafiscal acompanha os conceitos da fiscal só que ao contrário do tributo que se destina a uma gama de destinos, a contribuição à previdência destina-se a um futuro benefício previdenciário.

A Teoria do Prêmio Seguro defende que a natureza jurídica da contribuição à previdência é um prêmio de seguro pago pelo beneficiário. Assim seria um prêmio de seguro de direito público, dada a obrigatoriedade da contribuição social destinada ao benefício dos próprios segurados.

A Teoria do Salário Deferido se baseia no fato do salário do trabalhador sofrer um desconto obrigatório destinado a seguridade e este constituiria um “salário deferido”, que acompanha o trabalhador como uma poupança usável somente se ocorrer alguma das condições necessárias.

A Teoria da Exação *sui generis*, baseia-se no fato de ser a contribuição uma exação, isto é, uma exigência com previsão em lei, *sui generis*, isto é, por não ser tributo.

A Teoria do Salário Social ou salário socializado. Esta teoria explica que a contribuição em natureza salarial, pois o trabalhador desconta um percentual como se fosse uma poupança para utilizar quando necessário.

Assim, diante das diversas teorias e sem entrar nas críticas entre os doutrinadores, pode-se chegar a conclusão que o aspecto obrigatório da contribuição, faz por onde se constatar que as contribuições sociais tem natureza tributária.

3.4 Princípios da Previdência Social

Os princípios da Previdência social estão especificados no artigo 201 da Constituição Social, sendo que estão presentes também no artigo segundo da Lei 8213/91 (Planos de Benefício da Previdência Social). Os mais recorrentes são:

O Princípio da Contributividade, que trabalha a ideia do caráter oneroso da previdência, dessa forma somente os filiados a este sistema teriam direito de usufruir;

O Princípio da Filiação Obrigatória, afirma que os trabalhadores que exercem atividade remunerada estão automaticamente filiados à previdência social independentemente de sua vontade;

O Princípio da Universalidade de Participação nos Planos Previdenciários, aduz que a Previdência Social deve buscar abranger a todos que dela desejam participar, como segurados obrigatórios ou segurados facultativos;

O Princípio da Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços, onde há a unificação das populações urbana e rural;

O Princípio do Cálculo dos Benefícios Considerando-se os Salários de Contribuição Corrigida Monetariamente, institui que os salários de contribuição são para a previdência social o espelho da remuneração do segurado durante a sua vida produtiva, como abrange uma gama de anos, os mesmos terão que ser corrigidos monetariamente para que não haja perda de poder aquisitivo;

O Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios trata que o benefício sofrerá os acréscimos da correção monetária para que não haja a perda do poder de compra;

O Princípio do Rendimento não inferior ao do Salário-mínimo, onde o benefício não pode ser inferior ao mínimo se este for substituto do salário de contribuição, não se aplicando aos benefícios de auxílio de acidentes e salário família;

O Princípio da Previdência Complementar Facultativa delimita que ao segurado é admitida a previdência que complementa sua renda já que a previdência oficial tem também o teto máximo de remuneração.

Por último, e não menos importante, temos o Princípio Democrático e Descentralizado da Gestão Administrativa, que justifica a gestão quatripartite, isto é, uma gestão onde participam: o governo, os trabalhadores, os empregadores e os Aposentados, ou seja, os quatro membros compõem a administração e sustentam o sistema da Previdência Social conjuntamente.

3.5 Funções da Previdência Social

O Regime Geral Previdência Social – RGPS é o grande plano previdenciário brasileiro, pois abarca a grande maioria dos trabalhadores, exceto os servidores civis em cargo efetivos e militares vinculados a União, Estados e Municípios, bem como os das respectivas autarquias e fundações desde que amparadas a Regime Próprio de Previdência Social.

Não só quem trabalha poderá se filiar ao RGPS. As pessoas que não trabalham poderão ingressar no regime na condição de segurados facultativos, a exemplo dos estagiários e a dona de casa. O primeiro recebe apenas ajuda de custo e a segunda em atendimento ao Princípio da Universalidade de Cobertura e Atendimento.

Estão consignados no artigo 201 da Constituição Federal os eventos a serem cobertos: Doenças, invalidez, morte e idade avançada; Proteção a maternidade, especialmente a gestante; Proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; Salário-família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; Pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiros e dependentes.

Contudo, em desrespeito ao legislador constitucional, o desemprego involuntário não está coberto pelo RGPS, na forma do artigo 9º, da Lei 8213/91, não sendo o seguro desemprego um benefício previdenciário, que é regido pela Lei 7998/90 e pago pelo Ministério do Trabalho e Emprego com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Como se trata de um plano básico, o RGPS não objetiva pagar benefícios altos aos seus beneficiários, tendo como teto atualmente o valor de R\$ 3.916,20 (valor atualizado em 06.01.2012), cabendo aos segurados que quiserem obter uma renda maior na inatividade contratar um plano complementar privado.

A administração do RGPS foi atribuída ao Ministério da Previdência Social, órgão integrante da União, sendo exercida pelos demais órgãos e entidades a ele vinculados, tendo sido criado pela Lei 8.029/90 o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, autarquia federal, fruto da fusão do INPS – Instituto da Administração Financeira da Previdência Social com o INPS – Instituto Nacional de Previdência Social, com a principal função administrativa na atualidade gerir o plano de benefícios e serviços do RGPS.

As regras gerais do RGPS estão positivadas no artigo 201 da Constituição Federal de 1988, tendo seu plano de custeio sido aprovado pela Lei 8.212/91 e o plano de benefícios e serviços pela Lei 8.213/91, atualmente regulamentados pelo Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social).

Ademais, algumas regras importantes se encontram em normas esparsas, especialmente nas Leis 9.876/99 (criação do fator previdenciário que altera as

regras do cálculo do salário benefício) e a Lei 10.666/03 (trouxe inovações para aposentadorias, auxílio-reclusão e custeio).

O RGPS é um sistema previdenciário parcialmente inspirado no modelo alemão de Bismarck, vez que supõe contribuições específicas dos filiados e das Empresas para que haja cobertura securitária, ao contrário do modelo Beveridgiano (Plano Inglês, 1942, que tem caráter universal na luta contra a pobreza) que abarcava toda a população e era mantido pelos tributos em geral (BOSCHETTI, 2009).

Contudo, trata-se de um sistema contributivo de repartição e não de capitalização, pois restou instituído um fundo único para o pagamento de benefícios previdenciários, sendo possível que determinados benefícios sejam concedidos mesmo que ainda não haja uma contribuição sequer ao sistema, no interstício entre a filiação e o primeiro pagamento, a exemplo da pensão por morte e do auxílio-acidente, prestações que dispensam a carência.

O Fundo do RGPS está previsto no artigo 250, da Constituição Federal, sendo criado pelo artigo 68, da Lei Complementar 101/2000, vinculado ao Ministério da Previdência Social e gerido pelo INSS, cuja arrecadação está afetada exclusivamente ao pagamento dos benefícios, na forma do artigo 167, inciso XI, da Constituição Federal, cabendo a União complementar os recursos faltantes.

Caso fosse adotado um sistema de capitalização no RGPS, seria necessário um número mínimo de contribuições para o gozo de todos os benefícios previdenciários, provavelmente em contas individuais, mas esta sistemática em nada atenderia ao Princípio da Solidariedade, razão pela qual não foi adotado nesse plano básico brasileiro.

Também, o artigo 201 da Constituição Federal determina que o Regime Geral observe critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, prestando o Estado cada vez mais serviços com melhor qualidade e eficiência aos segurados e seus dependentes.

Hoje o Regime Geral funciona como a primeira base do Sistema de Proteção Social no Brasil, tendo as seguintes características: público, contributivo, prima pelo equilíbrio financeiro e atuarial, da filiação obrigatória para os trabalhadores em geral, da repartição (fundo único), solidário, de gestão quadripartite (União, trabalhadores e empresas, empregadores e equiparados).

O RGPS é um pacto político e social e intergerencial, já que os inativos são sustentados pelos ativos na atualidade que, no futuro, serão mantidos pelas próximas gerações de trabalhadores.

Assim, se entende que a Previdência Social sustenta a visão de longo prazo do Estado para que o trabalhador e sua família possam obter proteção solidária, inclusiva e sustentável.

Sua política é a de programar uma política previdenciária justa e sustentável, melhorar a qualidade de atendimento e reconhecer direitos e promover inclusão no sistema.

A Previdência Social oferece proteção e dignidade com a redução da pobreza, protegendo o trabalhador durante a sua vida laboral e depois quando já não pode trabalhar, garante o seu sustento e dos seus dependentes.

Com os recursos injetados pela previdência social é notória a riqueza espalhada por milhares de municípios no Brasil. Segundo fonte CGU – Controladoria Geral da União, os recursos dos benefícios pagos pela Previdência Social representam valores superiores aos disponibilizados pelo Fundo de Participação dos Municípios garantindo assim a movimentação do comércio e serviços em todas as localidades.

4 DANO MORAL

4.1 Evolução do dano moral no mundo e no Brasil

A evolução histórica do dano moral, esta atrelado ao desenvolvimento da própria responsabilidade civil, já que os institutos possuem uma grande relação, além de o dano moral estar inserido na responsabilidade civil.

A grande maioria dos doutrinadores entende que o primeiro sistema a abordar o dano moral foi o Código de Hamurabi, 1800 AC Mesopotâmia, hoje Irã, que conferiu a ideia de que “o forte não prejudicará o fraco”. Tal sistema determinou que qualquer pessoa que sofresse ofensas pessoais poderia revidar nos mesmos moldes das ofensas sofridas fato este que ficou conhecido como Lei do Talião, “olho por olho, dente por dente”, anteriormente citado.

Em um segundo momento, surgiu o Código de Manu, 1300 à 800 AC, que trouxe uma evolução bastante significativa para o instituto do dano moral, já que aliou a reparação do dano extrapatrimonial ao aspecto pecuniário e não mais o direito de revidar nos mesmos moldes da lesão sofrida. Gagliano e Pamplona Filho (2004) fizeram um comparativo entre os dois códigos, ao afirmar que o primeiro tinha como via possível para o ressarcimento o ato de cometer outra lesão, enquanto que o Código de Manu abarcou o pagamento de certo valor em pecúnia para recompor o ilícito sofrido.

Ainda no panorama das evoluções, dois sistemas também trataram do tema do dano moral, estes mais ligados aos aspectos religiosos do que jurídico, como o Alcorão e a Bíblia. No primeiro deles, fora abordado de maneira ácida a situação do adultério delimitando que tal situação se enquadrava em uma agressão ao patrimônio moral do indivíduo, e, portanto, cabível uma justa indenização. No segundo caso, a Bíblia no antigo testamento, também considerou a possibilidade de existência do dano moral, no caso de não cumprido o compromisso firmado com uma moça, o que a deixaria em má fama, mas diferentemente do Alcorão a Bíblia instituiu que o valor da indenização pelo dano sofrido não seria pago para a mulher que veio a sofrer o dano, mas sim para o pai dela.

No contexto evolucionista do dano moral, duas civilizações antigas foram importantes para a divulgação do instituto, são elas as civilizações Grega e Romana. Na primeira, a possibilidade de ocorrência de dano moral abrangia os bens quando

violasse o patrimônio, mas também aos cidadãos, pois os mesmos deveriam receber proteção jurídica, ou seja, que qualquer ameaça a tais bens mediante uma lesão, seja o bem ou mesmo o detentor da coisa lesionada poderia exigir a devida reparação, afastando a assim a vingança como satisfação do prejuízo.

Na civilização Romana, a evolução do instituto ocorreu na parte que conferiu aos Romanos a chance de pleitear a justa indenização com a utilização de uma ação específica para isso, a chamada Ação Pretoriana ou “Injuriarum aestimatoria”, em que cabia a um Juiz avaliar o caso concreto e se houve a necessidade de compensação, o mesmo arbitraria prudentemente a reparação devida em dinheiro.

No Brasil, a evolução do instituto se deu de maneira tardia, pois somente na segunda metade do século XX, é que o instituto passou a ser abordado na ceara legislativa, ainda sem a devida importância, já que seu estudo somente fora abordado em mecanismos infraconstitucionais como o Código Brasileiro de Telecomunicações, o Código Eleitoral, a Lei da Imprensa, entre outros.

No entanto, no Brasil o instituto somente passou a ter status constitucional com a promulgação da atual Carta Constitucional Brasileira, esta promulgada em 1988, e que determinou de maneira clara o dano moral como elemento inerente à responsabilidade civil.

4.2 Conceito

O conceito de dano moral pode se dar das mais variadas formas, isso de acordo com a temática que se procura, tendo em vista que o sistema legislativo brasileiro não cuidou de conceitua-lo de maneira explícita, isto é, não delimitou previamente o que se afigura como dano extrapatrimonial.

Dessa forma, os juristas e doutrinadores do assunto abordam os mais variados conceitos para plenamente desenvolver a ideia do que seja o dano moral.

Para melhor exemplificar tal situação, o ilustre doutrinador Santini (1997 apud SILVA, 1999, p. 42) em seu livro de estudo de dano moral citou os mais variados tipos de conceituação para o dano moral, o que mostra de fato que o conceito de dano imaterial não é uno, pois a depender da abordagem e do tema que ele seleciona, o mesmo pode ter variadas formas de conceito.

Segundo a doutrinadora Diniz (2002, p. 81) “[...] [o] dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa jurídica ou física, provocada pelo fato lesivo”. Por tal conceito, se vê claramente que o dano imaterial não se reproduz da esfera do patrimônio, pois ocorrendo tal situação seria mais um caso de dano material.

Também, define o conceito que a pessoa jurídica juntamente a pessoa física figuram como lesadas, numa evolução dos legisladores já que em tempos mais remotos não se incluía as pessoas jurídicas.

Nesse ponto Cavalieri Filho (2012, p. 93) conceituou o dano moral mais ligado ao aspecto da pessoa física passível de sofrer o dano do que em relação também à pessoa jurídica.

No entanto a sua conceituação serve para os dois tipos, tendo em vista a gama dos efeitos ditos.

Neste ponto o doutrinador acima referenciado conceitua “dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que agressão à dignidade humana” (Op. Cit., p. 93).

E continua:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar (Op. Cit., p. 93).

Também, com uma interpretação mais detalhada Cahali (2011, p. 19) caracteriza o dano moral pelos seus elementos como:

A privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.

O autor continua denominando o dano como patrimônio moral onde “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes a sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado” (Op. Cit., p. 19).

Dessa forma, apesar da gama de conceitos conclui-se que todos se traduzem quase que no mesmo fato e circunstância.

4.3 Dano moral e sua reparação

O direito de ser ressarcido de um dano gerado por ato ilícito se caracteriza inicialmente pela presença de três requisitos essenciais, no caso, o ato culposo realizado por um agente e por último o nexo de causalidade entre o referido ato e o resultado lesivo.

Dessa forma, o lesionado para tentar ser ressarcido de qualquer ato ilícito tem que provar a existência dos três requisitos supramencionados, pois caso contrário o direito a indenização restaria totalmente prejudicado, já que o mesmo não comprovou que o ilícito gerou um dano, e este, indenizável.

A prova do dano moral para se ter direito a reparação, não é essencial, conforme a análise do artigo 333, Inciso I do Código de Processo Civil, ou seja, tal dispositivo de lei não determina expressamente que o dano imaterial deva ser comprovado pelo sofredor do dano, já que se trata de um direito pessoal, ou que atinge o elemento interno e psíquico daquele que sofre o dano, mas nem por isso é desnecessário, ao menos demonstrar o liame jurídico entre a conduta e o dano praticado.

Como dito anteriormente, o dano moral somente veio a ser declarado elemento constitucional no Brasil com o advento da atual Constituição em 1988, que previu em seu artigo 5º, inciso X, a possibilidade de reparação, não só dos danos materiais, mas como também os danos imateriais, assim somente com a aprovação e a entrada em vigor da nova Carta Constitucional é que a reparação pelo ilícito que atingisse a moral passou a ter sucedâneo na Constituição, fato que demorou longos anos em relação a outros países.

O eminente Santini (1997 apud SILVA, 1999, p. 38) ao falar da enfim instituição do dano moral como elemento constitucional, bem como realçou o aspecto relevante deste tipo de ilícito na Carta Magna, assim preceituando:

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (art. 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor da moral individual tornando-a mesmo em bem indenizável (art. 5º, V e X). A moral individual, sintetiza a honra das pessoas, o bom nome, a boa forma, a reputação, que integram a vida humana como discussão imaterial. Ela e seus componentes

são atribuídos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Dai porque o respeito à integridade moral do indivíduo assuma feição de direito fundamental.

Como se vê, os elementos imateriais da indenização passaram também a serem previstos no rol das ações indenizatórias, desde que tenha causado um dano a uma determinada pessoa, pois a nova Carta Constitucional determinou a equivalência tanto em relação aos danos materiais quanto aos morais na questão das indenizações.

Ainda na parte de reparação sabe-se que logo no início os doutrinadores fizeram pouco caso do dano moral, aduzindo que o mesmo não podia ser vislumbrado por ser inestimável, sendo para alguns outros doutrinadores antigos uma situação imoral ao cobrar uma dor ou sofrimento por determinado prejuízo. No entanto, aos poucos, foi evidenciado que tais argumentos não poderiam mais prosperar na esfera do direito, já que tal situação não se tratava de um *pretium doloris*, mas de tão somente uma compensação, mesmo que de menor porte, tendo em vista uma tristeza injustamente causada à vítima.

Ressalte-se que o ressarcimento do dano moral não tem como elemento propulsor a restituição integral da coisa que fora prejudicada, por isso seria impossível, já que se trabalha com elementos imateriais como o sentimento, a dor entre outros. Dessa forma, se teria uma função compensatória do ilícito do que puramente a restituição do elemento imaterial tutelado já que a indenização seria utilizada tão somente para diminuir o abalo emocional antes de qualquer outra coisa. Assim, se substituiu o conceito de equivalência de dano, ou seja, reparar na igualdade de forma e no valor do objeto que fora prejudicado, pelo ideal de compensação que se relaciona de maneira indireta com as consequências do sofrimento e do abalo sofrido.

No entanto sobre tal tema ainda pairam inúmeros questionamentos acerca de como reparar algo imaterial, invisível aos olhos, posto que o dano moral trabalha com aspectos internos e psicológicos.

Nessas intensas dúvidas, inúmeros questionamentos como a efemeridade do dano moral, a incerteza do direito interno violado, a dificuldade de evidenciar a existência do dano, a questão da imoralidade de compensar a dor com o dinheiro, a impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral, entre outros tantos casos são os argumentos defendidos por aqueles que vêm no dano moral a

figura da reparação do ilícito, já que com o tempo a dor e a angústia podem passar esquecidas.

A primeira negativa para a reparação do dano moral é a questão da pouca duração do dano imaterial, por tal situação o dano é temporário, não tendo um efeito permanente e por isso mesmo não necessitava se compensar, por assim ser a existência da reparação pelo dano imaterial não deveria prosperar. No entanto os estudiosos do assunto além do legislador preceituaram que não é o fato do dano moral ser temporário que sua ocorrência pouco influi na pessoa ou empresa que sofreu o abalo moral, pois, depende do caso, já que uns podem esquecer ou cair no esquecimento outros podem perder boa parte da vida por conta de tais situações.

O segundo ponto que traria problemas para reparação do dano moral, é a questão da dificuldade de descobrir o dano, pois já que se trata de danos internos que atinge única e exclusivamente a vítima do dano, somente este teria condições de avaliar o mal que tange. Ocorre que mesmo com justificativa, o tema também já fora resolvido, posto que, não se necessitaria explicitamente em prova da ocorrência do dano, prova esse material, fato que somente é exigido quando se trata de dano material. Aqui caberia a análise do caso e a repercussão que o dano imaterial causos na vítima, o abalo sofrido, entre outros, e por mais difícil que seja sua visualização, a mesma também não é impossível de ser observada.

A compensação pecuniária é um dos temas que mais insiste em existir, já que ainda são encontradas resistências contrárias ao dano moral e sua devida compensação. Para os críticos do dano moral a reparação pecuniária é o principal exemplo de como tal situação é cheia de falhas e pode tão somente vir a complicar o mundo jurídico, do que efetivamente facilitar a vida em sociedade, no entanto tal crítica não tem fundamento, já que a resolução dos casos se dá pelo senso médio do julgador da ação indenizatória, pois, como se sabe não são todas as situações que podem ser passíveis de serem indenizadas.

Sempre a compensação pecuniária pala dor, também é um tema por demais polêmico, mas tal situação não chega em momento nenhum atrapalhar a evolução do instituto, já que aqui não se trataria de uma compensação, pois o entendimento é que o arbitramento pecuniário seria apenas para diminuir ou minorar o dano efetivado.

4.4 Natureza jurídica

Sobre este tema, convém frisar que existem diferentes posicionamentos sobre a reparação e sua natureza jurídica, pois para alguns doutrinadores a figura da reparação do dano moral estaria ligada a duas situações distintas, mas que se converteriam em um misto de características, a primeira seria a forma penal da reparação, enquanto que a segunda seria a função satisfatória ou compensatória.

Diniz (2002) é defensora do misto de características do dano moral. Para ela a reparação se daria em dois momentos quase que simultâneos, mas ao mesmo tempo distintos entre si. A pena se daria com a imposição da função satisfativa/compensatória do dano, ou seja, o Juiz ao estipular o quantum indenizatório para o ofendido estaria impondo de imediato uma pena para o ofensor, mas tal situação não seria isolada, já que o Magistrado, no mesmo momento, estaria sancionando àquele lesionante e compensando o lesionado com determinada quantia pela dor, sofrimento ou vexame que fora exposto.

No entanto, há determinados autores que não veem tal situação, para eles o entendimento era que somente haveria o fenômeno da compensação satisfatória do dano, não existindo a figura da pena defendida para tantos outros, quando o Juiz impõe em sua sentença o dever de reparação.

Tal posicionamento é defendido por Cavalieri Filho (2012) que entende que ao arbitrar a reparação pelo ilícito causado, o Magistrado não estaria impondo uma punição, mas tão somente determinando um dever de reparação do dano que fora provocado pelo agente.

Mesmo assim, com o presente posicionamento é impossível de se imaginar que a imposição da reparação não se constituiria ao mesmo tempo em uma punição, pois a reparação tem sim um liame originado na pena para aquele que provocou o dano, e por isso mesmo ao negar existência de uma pena arbitrada pelo Juiz, mesmo que não declarada explicitamente, estaria por gerar quase que uma negativa do dever indenizatório.

4.5 Configuração do dano moral

Outro ponto acerca do dano moral é a problemática de sua configuração, no ponto de vista de que se o ato praticado realmente abalou emocionalmente a

vítima do dano ou foi um fato corriqueiro sem questões demasiadamente sérias que abalassem a moral.

Nesse assunto, cumpre salientar o aumento sem escrúpulo do ressarcimento do dano moral, sem o mesmo existir, por pessoas que se dizem vítimas de um dano que o seriamente abalou perante seus sentimentos internos ou mesmo perante a sociedade.

Diversos são os posicionamentos não só de Magistrados, mas também dos doutrinadores a respeito do tema, que criticam muito a busca incessante e abusiva do Judiciário aduzindo questões de abalos emocionais e morais, pleiteando assim a indenização que julga ser devida por dano imaterial que não existiu de fato, já que o dano em comento não cabe em todas as situações possíveis.

Essa busca incessante é justamente causada porque o dano moral não necessita de prova, e muitos pensam que por não necessitar de prova material do dano o mesmo poderia ser concedido pelos Doutos Magistrados apenas por supor a existência do mesmo.

Ocorre que o judiciário sabendo dessa busca pelos danos morais, tem atualmente critérios facilitadores para diferenciar um dano imaterial de causas do cotidiano de qualquer pessoa.

Ademais, por mais que o dano moral não necessite de prova material para embasar o pedido de ressarcimento, é posição majoritária e pacífica que ao autor da devida ocorrência, ou seja, reparação é necessária pelo menos a comprovação do vínculo entre a conduta do agente que praticou o dano e o resultado ocorrido, ou seja, para que a vítima ou suposta vítima tenha direito a reparação, necessário seria que o mesmo comprovasse o nexos causal entre a conduta e o dano moral gerado.

No entanto, mesmo com a prova do nexos causal, ainda existem situações para que o Direito não tutela a reparação do dano moral, que são as chamadas causas de mero aborrecimento, onde o ilícito, ou suposto ilícito causado, gera para a vítima tão somente dissabores da vida cotidiana, pois todos, sem exceção, estão passíveis de sofrerem qualquer dano que venha causar em si um aborrecimento.

Cavaliere Filho (2012, p. 93) cita muito bem a luta que Direito hodiernamente vem travando no âmbito do dano moral:

Corremos, agora, o risco de ingressar na fase da industrialização do dano moral, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.

Como se vê, a busca pela justiça que deveria ser a última instância para resolver as lides se tornou um veículo propiciador de resolução de conflitos desnecessários, isto dito dentro do dano moral, já que inúmeros casos aparecem na Justiça pleiteando altíssimos valores de indenização, que quando sopesados na balança do Direito percebe-se que aquela situação necessitaria de pouca compensação, ou em alguns casos nenhuma.

Ainda no entendimento Varela (1994 apud CAVALIERI FILHO, 2012, p. 93) pondera:

A gravidade do dano há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter uma linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito; o dano deve ser de tal grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado.

Por tal entendimento, bem pelo que até agora fora abordado, o Juiz quando da análise do caso não proferirá sua decisão baseada tão somente no aspecto objetivo da norma, ou seja, aplica-la e tão só, pois necessário também à valoração do aspecto interno para aduzir se há ou não a necessidade de reparação.

4.6 A vítima do dano moral

Sobre a vítima do dano moral a princípio possa parecer de fácil e de óbvia constatação e configuração, no entanto, tal situação não é tão simples assim, pois em muitos casos há uma necessidade por parte do Magistrado que sejam observadas e avaliadas certas circunstâncias lesivas de fato e que quando sopesados em seu julgamento possa desvirtuar o suposto dano causado e resolver, lógico destros do prudente arbítrio, que na realidade a tal vítima não sofreu nenhum tipo de ilicitude.

Stoco (1999) tecendo comentários sobre o presente assunto afirma que a facilidade com que se identifica o lesionado no dano material não se efetiva da

mesma forma e maneira no dano moral, pois na opinião do citado autor é necessário uma maior avaliação do caso, tendo em vista à existência de certas particularidades.

5 VALORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

O valor que irá compensar um dano é a grande incógnita que se estudará neste capítulo, usando para isto as doutrinas e algumas jurisprudências.

A eminente doutrinadora Cianci (2007) em seu livro “O valor da Reparação Moral”, cita inicialmente que antes mesmo de se arbitrar e de se chegar a um valor da indenização de qualquer dano, é necessário analisar se aquele dano produzido poderia ser recomposto ao fato anterior, aqui não considerando o dano material ou moral, pois, se o dano gerado pudesse voltar ao status quo antes da agressão, o dano deixaria de existir e, portanto, não haveria razão de se pleitear indenização.

O juiz assim primeiro poderia analisar a possibilidade da reparação natural do dano para assim delimitar um valor a título de indenização visando compensar a lesão ao bem jurídico tutelado.

Dessa forma Cianci (2007, p. 77-78) citando os ensinamentos trazidos pelo doutrinador Casillo assim defende:

A melhor das soluções seria aquela que permitisse ser a ofensa reparada in Natura, ou seja, que as coisas fossem colocadas exatamente no seu status quo anterior. O objeto destruído, por exemplo, seria restituído por outro Idêntico, sem qualquer ônus para a vítima.

Neste posicionamento caberia ao Juiz auferir a possibilidade da reparação em natura do objeto que sofreu a lesão e somente posteriormente a tal situação, quando não for mais possível a reparação, é que poderia ocorrer o ressarcimento do dano, este avaliado em valor pecuniário, já que tem que existir alguma forma de compensação. Assim, a reparação natural seria algo impossível de ser dispensado pelo Magistrado e que o mesmo estaria atrelado a tal situação para tão somente depois poder auferir um valor em pecúnia.

No entanto tal entendimento não é muito aceito dentro da Responsabilidade Civil, pois, como se sabe dentro do campo moral, não se trabalha com bens ou objetos observáveis a olho nu, mas tão somente com questões ligadas aos aspectos internos e do subconsciente da vítima do dano e que por sua vez na grande maioria dos casos não podem ser recompostos tão facilmente visando recompor o patrimônio lesado.

Nessa situação Silva citado por Cianci (2007, p. 78) indica que a reparação natural somente poderia assumir tal feição dentro da agressão a um direito eminentemente moral quando o mesmo puder ser compensado com algo não pecuniário, como no caso do direito de resposta de uma agressão veiculada em órgão de imprensa, entre outros. Assim o arbitramento de compensação pecuniária só poderia ocorrer quando for impossível a volta ao estado anterior.

Alguns, doutrinadores, têm o entendimento que a indenização pelo dano moral teria cunho reparatório e não sancionador, pois, teria como objetivo recompor o patrimônio lesado àquele que sofreu a lesão e nada mais. Ocorre que tal pensamento não reflete o maior grau de acerto já que o dano moral seria equivalente por demais ao dano material e sua finalidade não seria atingida ante a injusta agressão provocada no subconsciente. Dessa forma, a justa recomposição não seria o âmbito primordial da indenização pelo dano moral, já que o valor pecuniário seria um fator preponderante dentro da Responsabilidade Civil e dentro do dano moral, já que tais elementos necessitam punir o causador do dano.

Ante tais considerações o cerne da questão seria justamente no fato de arbitrar o valor pecuniário para o dano moral sofrido, já que inexistente perante a doutrina ou mesmo perante a legislação critérios que delimitem o valor que deveria ser arbitrado para o dano extrapatrimonial causado.

5.1 Aspectos iniciais

O autor Venosa (2012, p. 317-318) em seu livro de Responsabilidade Civil admite atualmente que a grande temática envolvendo o dano moral não seja a questão atinente à sua existência ou validade, mas especificamente quanto a sua aferição em pecúnia:

Atualmente, as objeções encontram-se superadas: a dificuldade de avaliação, em qualquer situação, não pode ser obstáculo à indenização. Não há necessidade de que o dano seja permanente para que seja indenizável. Como vimos a discricionariedade do Juiz é de todo o Poder Judiciário e da sociedade. A dificuldade de identificar a vítima é meramente probatória.

Ante tal situação, a problemática de estudo de campo do dano moral não está se o dano extrapatrimonial é passível de existir ou não dentro do contexto da

sociedade, mas como é possível para o Magistrado chegar ao aspecto valorativo do dano. Ou mesmo como é possível ser uniforme no valor a ser aplicado a título de indenização tendo em vista os inúmeros casos em que podem ser encaixados como dano moral.

Exemplos de legislações que não são específicas, mas que serviram durante anos para ajudarem os juízes quando estes tinham que formar uma decisão sobre o quantum indenizatório foi a lei de número 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) e a lei de número 2.250/69 (Lei da Imprensa). Por estas leis os Magistrados avaliavam o grau de responsabilidade do causador do dano em relação ao pagamento da indenização, arbitrando um valor dentro da situação, que variava da seguinte maneira, na primeira legislação o mínimo era de cinco salários mínimos, enquanto que o máximo podia chegar a cem salários mínimos, já na segunda lei, no caso a lei da imprensa, os valores podiam alcançar de cinco a duzentos salários mínimos. Sobre estas leis Venosa (2012, p. 321) declarou:

Não se trata, no entanto, da aplicação inflexível, mas de mera base de raciocínio do Juiz, que não está adstrito a qualquer regra nesse campo, pois, com frequência, há necessidade de serem fixados valores muito acima do máximo estabelecido nessas legislações. Devem ser sopesadas as situações no caso concreto. O Juiz avaliará a magnitude da lesão sofrida pela vítima, utilizando-se da prova, da realidade que o cerca e das máximas da experiência. Ademais, em se tratando de dano moral, a mesma situação pode atingir de forma diversa cada pessoa.

Desta forma os juízes ao se utilizarem destes mecanismos legislativos não estariam obrigados a respeitar o que os dispositivos delimitam, posto que os entendimentos dos Magistrados sejam livres e que os mesmos aplicariam ao caso concreto aquilo que por seu entendimento fosse correto e estas legislações seriam apenas um norte.

5.2 A problemática da fixação do quantum indenizatório

Como ressaltado a delimitação do valor da indenização é um dos elementos que atualmente sofrem muitas discussões no ramo jurídico e tudo isso se deve de fato a diversidade de posicionamentos que os Magistrados podem utilizar para um mesmo caso.

Para que facilitasse a resolução de problemas e ao mesmo delimitasse valores específicos para que o Poder Judiciário em todo o país pudesse usar a

mesma forma de aplicação da sanção pecuniária, é que foi enviado ao Congresso Nacional em 2002 em projeto de lei que delimita os valores devidos por aquele que causar um dano moral a outrem, dando a subdivisão do dano imaterial como sendo de natureza leve, média e grave e que teria justamente dentro deste contexto valores de tanto a tanto em que o Magistrado poderia se ater.

O projeto de lei de nº 7.124/2002 previa um padrão dos valores a serem arbitrados no caso de dano moral. Ela estabelecia R\$20.000,00 (vinte mil reais) para lesões consideradas leves; de R\$20.000,00 (vinte mil reais) até R\$90.000,00 (noventa mil reais) para lesões de natureza média; e por fim de R\$90.000,00 (noventa mil reais) à R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais) para ofensas consideradas graves.

Outra proposta, esta, de nº 1443/2003 estabelecia que o dano moral fosse fixado em até duas vezes e meia os rendimentos do ofensor ao tempo do fato, desde que não exceda em dez vezes o valor dos rendimentos mensais do ofendido, que será considerado limite máximo. Que na ocorrência conjunta de dano moral, o valor indenizatório do dano moral não poderá exceder a dez vezes o valor daquele apurado. Por último que para a fixação do montante indenizatório, o comportamento do ofendido e se houve retratação por parte do ofensor, pode isto reduzir a indenização bem como cancela-la se houver anuência do ofendido.

Também, a de nº 7.329/2010, que pedia o acréscimo ao artigo 186 do Código Civil/2002 que afirmava que:

A ação ou omissão que provoca, de maneira injustificada, perturbação, intranquilidade e ofensa a outrem, será indenizado em valor não superior ao rendimento anual do ofensor nem ao rendimento correspondente a dois anos do ofendido.

Também estabelecia que quando ocorrer o dano moral em conjunto com o dano material não poderia exceder a seis vezes o valor apurado deste.

Por último a proposta de projeto de lei que serviu de parâmetro para indenização de danos morais, o de nº 1914/2003, que prevê a alteração da redação do artigo 953 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil, com a inserção de dois parágrafos:

§ 1º Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao Juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso e de acordo com o disposto no parágrafo seguinte. §

2º Na fixação o da indenização por danos morais, o juiz, a fim de evitar o enriquecimento indevido do demandante, levará em consideração a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa, a posição social ou política do ofendido, bem como o sofrimento por ele experimentado (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2003, [n.p.]).

Os três primeiros projetos de lei aqui listados são considerados por uma grande parte de doutrinadores falhos por não atender a demanda dos tribunais no sentido de dar um norte para a indenização de dano moral.

Assim a falta de critério é um dos entraves para o pleno desenvolvimento do instituto do dano moral e este fato colabora para grandes falhas ao sistema jurídico brasileiro, pois como já fora dito, os Magistrados dentro de um mesmo caso específico não tendem a ser equivalente no valor indenizatório, além de em particulares casos, os Tribunais Superiores não avaliarem com amplitude de ideias o caso em que se deu o dano.

Estes entraves não contribuem para o desenvolvimento do dano moral, já que no Brasil o dano moral tem apenas um dano reparatório do que um efeito sancionador, ainda que tenha certo aspecto punitivo, diferentemente de outros países como estados Unidos da América (EUA), para quem o dano extrapatrimonial tem além do contexto reparatório e sancionador algo que além que leva em conta grande parte o aspecto punitivo do agente causador do dano, já que se tem no contexto que aquele fato não pode se repetir mais, fazendo assim, lá um dos países que mais valoram em termos pecuniários o dano moral.

Entretanto eis que surge uma luz por parte dos legisladores aprovando parâmetros para a indenização de danos morais. Assim pelo texto do Projeto de Lei 1914/03, acima descrito o juiz deve evitar que a medida seja usada para enriquecimento indevido de quem reclama ter sofrido o dano. O Projeto de Lei tramita em caráter conclusivo nas comissões, a proposta segue para o Senado Federal.

O projeto de lei em seu parágrafo segundo é bem claro ao determinar que ao fixar o valor o juiz leve em conta a situação econômica do ofensor, a intenção de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa, a posição social ou política do ofendido, além do sofrimento decorrente da ofensa.

O relator do Projeto de Lei, Deputado Federal Regis de Oliveira, recomendou a aprovação do projeto, que altera o Código Civil dizendo “de fato, muitas ações de reparação de dano moral se transformaram em expedientes para a

obtenção de vantagem indevida por parte das supostas vítimas” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2003, [n.p.]).

Segundo o relator, citado parágrafo acima, as três propostas citadas acima ferem a Constituição Federal ao tentar definir o que pode ou não ser considerado dano moral. Além disso, ao citar danos que poderiam ser provocados por veículos de comunicação, os projetos, ferem a liberdade de imprensa.

Em relação aos valores fixados para a reparação de danos morais, o relator afirmou também que a medida limitaria o poder do Juiz.

5.3 Fundamentação e critérios para fundamentação do dano moral

No Brasil inexistente legislação expressa que delimite ponto a ponto os critérios a serem levados em consideração para a delimitação do dano moral, mas ainda assim a doutrina encontrou um caminho para indicar, aos Magistrados quais são, e quais deveriam ser os fundamentos que deveriam incidir dentro do campo do dano moral. Venosa (2012, p. 322) citando Ghersi, cita os seguintes critérios para fundamentar o dano moral:

- a) Os danos morais não devem necessariamente guardar proporção com outros danos indenizáveis, os quais, inclusive, podem inexistir;
- b) o dano moral não está sujeito a cânones estritos;
- c) não se deve recorrer a cálculos puramente matemáticos;
- d) devem ser levadas em conta as condições pessoais de quem será indenizado, os padecimentos causados, as circunstâncias traumáticas da conduta do ofensor e as sequelas que afetam a vítima e, finalmente;
- e) deve ser considerada a idade da vítima.

Atualmente são pacíficos os entendimentos de qual deveriam ser os critérios em que o quantum indenizatório do dano moral deveria se basear. Muito dessa temática se deve em parte a uniformização do STJ ao julgar os casos de dano moral, além dos aspectos doutrinários que assim o leva.

Assim a posição de Ghersi, citada por Venosa (2012) é uma das mais acertadas correntes que indicam o caminho para se chegar, ou melhor dizendo, para a melhor delimitação da indenização no dano moral, já que avalia não apenas um critério uno e indivisível, mas sim uma série de critérios como a condição social da vítima bem como do ofensor, os resultados originados pelo dano, e é essa forma pelo que os tribunais superiores aceitam e entendem, por que de fato abarcaria quilo que o dano moral realmente representa em termos de sua reparação.

Venosa (2012, p. 324) ainda analisando tais critérios entende que a valoração do dano tem que ser feita pelo magistrado analisando não só os critérios acima mencionados, mas tem que se ver também o aspecto subjetivo, tendo em vista a existência de três fatores, que no caso seria a compensação, a dissuasão e punição, para ele em determinados casos apenas pode vir a existir somente um deles, ou dois, quem sabe os três, mas o ideal seria quando o Juiz fosse analisar o dano imaterial averiguasse a existência dessas três figuras, pois, para ele com a conjugação de tais elementos o arbitramento do valor do dano seria mais fácil, e, por conseguinte o valor do dano seria necessariamente o quantum satisfatório, mas, no entanto chegaria mais próximo disso.

De qualquer modo em sede de indenização por danos imateriais há que se apreciar sempre a conjugação dos três fatores ora mencionados: compensação, dissuasão e punição. Dependendo do caso concreto, ora prepondera um, ora outro, mas os três devem ser levados em consideração. Como se nota, os novos paradigmas da responsabilidade civil exigem que hoje os julgados se voltem para novos valores que muito pouco têm a ver com o sentido histórico da responsabilidade aquiliana.

5.4 O dano moral e as decisões jurisprudenciais

Como já ressaltado inexistente dentro do ordenamento jurídico brasileiro qualquer fator que dê aos magistrados subsistências para o arbitramento do dano, mas que os mesmos devem agir de acordo com certos limites como ressaltados acima na parte dos critérios para determinar o valor do dano moral.

Assim vejamos um exemplo no Tribunal de Sergipe, onde, o magistrado de 1º grau arbitrou pela morte de uma criança atropelada por um ônibus, a quantia de R\$20.000,00 (vinte mil reais) e adiante o Tribunal de Justiça de Sergipe, reformou a decisão para a metade, ou seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Tendo em vista o não conformismo dos autores, já no STJ – Superior Tribunal de Justiça, este desconsiderou a ambos como segue a ementa:

RECURSO ESPECIAL CIVIL. DANO MORAL ATROPELAMENTO. MORTE DE FILHO MENOR. QUANTUM IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE RECURSO PROVIDO. 1. Incontroverso o pressuposto de culpa exclusiva do recorrido no evento que causou a morte do menor, o quantum indenizatório, fixado na origem em 20.000,00 (vinte mil reais) mostra-se em descompasso com os parâmetros que vem adotando esta corte Superior, para casos assemelhados, que vão até 500 salários mínimos. 2. A jurisprudência deste tribunal é firme no sentido de que o quantum definido pela Corte de origem somente pode ser alterado, em sede

de recurso especial, quando manifestadamente excessivo ou irrisório, o que, se verifica no caso dos autos; na espécie, o valor da indenização pela perda do filho menor dos recorrentes, deve ser elevado ao montante de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais). 3. Recurso Especial conhecido e provido parcialmente (Recurso Especial nº 936.792/STJ, Ministro Relator Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 04.10.2007).

A presente ementa evidencia em plano claro de que inexistiu uniformidade para as decisões, posto que o quantum indenizatório arbitrado em instâncias inferiores foi por demais aquém daquele que deveria ser o valor realmente instituído necessitando diversos recursos para que somente o STJ viesse a delimitar um valor adequado para o dano.

Vejamos o Recurso Especial 959780-MAI/2007, onde o Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou pagamento de 500 salários mínimos, o equivalente a R\$ 272.500,00 (duzentos e setenta e dois mil e quinhentos reais), como compensação por danos morais à família de uma mulher morta em atropelamento. O acidente ocorreu no Município de Serra no Estado do Espírito Santo. A decisão da Terceira Turma foi unânime, adotou os critérios para arbitramento de valor proposto pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator do caso.

De acordo com o processo o motorista estaria dirigindo em velocidade incompatível com a via. Ele teria atravessado a barreira eletrônica a 66 km/h, velocidade acima do permitido para o local, de 40 km/h, e teria deixado de prestar socorro à vítima após o atropelamento. Ela tinha 43 anos e deixou o esposo e quatro filhos, sendo um deles interditado.

Em primeira instância, o pedido de reparação de danos materiais morais foi julgado e considerado improcedente por falta de provas de que o acidente tivesse acontecido por conta do motorista. A família recorreu ao Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que determinou indenização de dano moral no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Ao analisar recurso apresentado pela família, observou a diferença entre o valor determinado pelo tribunal estadual e o valor que tem sido considerado razoável pela Corte. Ele destacou que o estabelecimento de critérios objetivos para o arbitramento do valor da reparação por danos extrapatrimoniais é “um dos problemas mais delicados da prática forense na atualidade”

Paulo de Tarso Sanseverino fundamentou seu voto no método bifásico, que analisa dois critérios principais: o bem jurídico lesado e as circunstâncias

relatadas no processo. Em conformidade com a média dos valores em precedentes semelhantes, considerando a morte da vítima após o atropelamento, o relator fixou a base da indenização em 400 salários mínimos. Posteriormente acrescentou 100 salários mínimos ao valor definitivo, considerando as particularidades do caso em julgamento.

Também o Recurso Especial nº 1.026.088 – SC (2008/0023141-0), onde o relator Ministro Francisco Falcão em Ementa do Recurso Especial; em Brasília (DF), 03/08/2008; de Elstor Claudio Cshultz e Outros em face do Instituto de Nacional de Seguro Social – INSS, que diz:

RESPONSABILIDADE DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALECIMENTO DE SEGURADA DO INSS. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO DOENÇA, NEXO CAUSAL CONSTATADO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ, REDUÇÃO DO QUANTUM. POSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. VALOR EXORBITANTE. PRECEDENTES.

I)- Trata-se de ação ajuizada contra o INSS, objetivando a indenização por danos morais, decorrentes da morte da esposa e mãe dos autores, relacionada à cassação do benefício de auxílio doença por parte da autarquia previdenciária, tendo o pedido sido acolhido pelo Tribunal Regional a quo.

II – Esta egrégia Corte de Justiça, no entanto, admite a revisão do valor fixado a tal título quando este se mostrar irrisório ou exorbitante. Dessa forma, é de se reduzir o quantum fixado pela instância ordinária(aproximadamente 900 salários mínimos da época) para se adequar a jurisprudência deste tribunal, fixando a indenização em 300 salários mínimos. Precedentes: RE/SP nº 737.797/RJ, Relator Min. LUIZ FUX, DJ de 28.08.06, RE/SP nº 790.090/º 790.090/º 790.090/, el. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 10.09.07, entre outros.

Mas voltando ao assunto em cheque, se deve observar nas brilhantes palavras do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, o Dr. Jose Alves Neto, ao justamente falar de forma que o Magistrado deve levar em conta para arbitrar o dano, nas palavras dele seria:

No tocante à quantificação da indenização, é necessário analisar alguns aspectos para se chegar a um valor justo para o caso concreto, atentando-se à extensão do dano, ao comportamento dos envolvidos, às condições econômicas e sociais das partes e a repercussão do fato, valendo-se o Julgador de sua experiência e do bom senso necessário às peculiaridades de cada caso.

Ademais, é sabido que o dano moral, conquanto seja compará-lo ao dano sofrido pela vítima, deve ser estipulado como uma forma de sanção civil, a fim de que o uso ilícito perpetrado não venha a ser reiterado outras vezes.

É certo também que não pode a indenização servir como fonte de riqueza para a vítima, e, por isso, o Magistrado deve arbitrar a indenização em termos razoáveis (Apelação Civil nº 3937/2007 – Tribunal de Justiça de Sergipe, Desembargador Relator Jose Alves Neto, julgado em 06/11/2007).

Assim, na certeza de estar agindo de acordo não somente com os mecanismos legislativos, mas também com o ideal de Justiça necessário, deve o Magistrado ter em mente tais pressupostos.

Justiça comprovada se verifica quando das possibilidades a seguir enunciada proferida pelo Relator Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz em 2009, em face do INSS, como segue:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. É possível a cumulação de pedido de concessão de benefício previdenciário com condenação por dano moral em razão de indevido indeferimento, já que o dano moral representa reflexo da exposição social de um ultraje causado pela autarquia contra o segurado ao retardar a concessão da prestação devida (TRF4ª. – AC 2006.71.12.008595-7-RS- 6ª T. – Relator. Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz – DJ 01.10.2009).

Também pela TRF 2ª Região, por parte da Relatora Juíza Federal Convocada Andrea Cunha Esmeraldo, como segue:

RECUPERAÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA – DANO MORAL CONFIGURADO – INDENIZAÇÃO RAZOÁVEL. 1 – Benefício por incapacidade mantido por vários anos até que adveio a cessação por ato administrativo, sem que haja prova inequívoca quando a recuperação da capacidade laborativa pelo segurado, sendo que o INSS sequer comprovou que o segurado havia sido notificado para comparecer a novo exame médico. 2 – O ato de concessão do benefício goza de presunção de legalidade e legitimidade, cabendo a Autarquia Previdenciária (INSS) o ônus da prova para fins de desconstituir tal presunção. 3 – Dano moral configurado em razão do sofrimento experimentado pelo segurado ao se ver desprovido de seu benefício de natureza alimentar, notadamente levando-se em conta que não possui condições de exercer atividade laborativa que lhe garanta a sobrevivência. 4 – Valor da indenização fixado com base no critério da razoabilidade de acordo com as peculiaridades do caso concreto. 5 – Recurso conhecido e improvido, confirmando-se a decisão agravada, por seus próprios fundamentos (TRF 2ª R.- AC 2003.51.01.501218-8 – 2ª T – Relª Juíza Fedª Convocada Andrea Cunha Esmeraldo – DJ 18.112.2008).

O que se percebe de fato é que o Judiciário Brasileiro tem evoluído em quase todos os termos quando se trata de arbitrar o valor de um dano moral, posto que não existe mais certos empecilhos que barrem as posições que os Magistrados queiram adotar, ou mesmo que previamente delimitem, o que existe de fato, são certos direcionamentos por turmas recursais, para que as instâncias inferiores saibam adequar o caso a realidade e assim adequar o padrão da Justiça do Brasil.

6 CONCLUSÃO

Por fim, a lógica do presente trabalho sempre se pautou no elemento discursivo do quantum indenizatório tendo em vista as grandes dificuldades acerca do tema, posto que os elementos subjetivos do juiz aliados a ausência de qualquer tipo de precedente advindos da lei poderiam causar de certa forma incongruências dentro do mundo jurídico quando do arbitramento do valor indenizatório causado pelo dano moral.

A ausência de elementos que delimitem evidentemente o valor do dano é uma das atuais situações que mais criam discussões no mundo jurídico, já que o fator da delimitação do dano estaria mais ligado a questões subjetivas do que propriamente a fatores didáticos expressos em lei. Assim, fora citado a existência de projetos lei em que na delimitação do quantum indenizatório os Juizes deixariam de lado de uma vez por todas os questionamentos ligados à subjetividade.

Por mais que tais projetos de lei pudessem auxiliar e elucidar realmente os Magistrados, retirando o aspecto da subjetividade, outro problema nasceu, qual seja, a autonomia que os Juizes possuem em suas decisões. Ou seja, os Juizes ficariam adstritos a questões meramente lógicas o que acarretaria em prejuízo a parte que pleiteia o dano moral.

Também é fato que o poder legislativo vem tendo bastante preocupação com este quantum, haja vista os projetos de lei identificados no presente estudo, passível de aprovação no Senado, que norteia em parte os responsáveis por tão difícil tarefa.

No campo do Direito Previdenciário, existe cada vez mais uma corrente crescente no campo de atribuir a Previdência Social responsabilizações por seus erros e omissões quando do não pagamento de benefícios sociais ou erro no respectivo valor. No entanto, infelizmente ainda há um largo campo a percorrer para tratar o tema com a amplitude que se deseja, visto que, sérias agressões ainda ocorrem, e o pouco que o Estado paga pelos seus erros previdenciários não chega nem perto da indenização a que se teria direito.

Citemos como exemplo o processo número 96.0001366-7, da 2ª Vara Federal de Sergipe, de 23.04.1996, em face do INSS – Instituto Nacional de Previdência Social, onde foi solicitada pela parte Demandante uma revisão do valor do benefício pago. A sentença foi favorável a Requerente em todos os graus

recursais, tendo por fim novembro de 2003, onde não caberia qualquer alegação contrária pelo INSS, devendo haver o pagamento imediato. No entanto, a autora só recebeu o valor correto do seu benefício mensal em setembro de 2004, isto é, 3.314 dias depois da entrada da ação, ou seja, 09 anos.

Segundo os doutrinadores, no caso acima, teríamos que provar o dano moral baseado no prejuízo interno causado a vítima ou autora e aos seus dependentes, fato passivelmente demonstrado uma vez o lapso temporal até que o INSS arcasse com aquilo que lhe era próprio.

Será que é necessário provar alguma coisa para demonstrar que o erro da autarquia provocou um dano moral? Como se poderia compensar a angústia e a espera dos familiares pela resposta as suas demandas, inclusive a menores de idade.

Seria tranquilo afirmar que estamos diante de um dano moral, ou seja um caso de responsabilidade civil, que necessitaria do amparo do Poder Judiciário para mensurar o dano causado. Não resta dúvida que com tais elementos já se conseguiria demonstrar de fato a natureza danosa da conduta.

Segundo os doutrinadores citados neste trabalho teríamos que compensar a autora da ação acima citada, já que não conseguiríamos voltar no tempo, onde ela receberia seu benefício de maneira correta e onde de posse do mesmo ela poderia escalonar os projetos de vida da sua família, sem prejuízos futuros.

Assim, esta é uma decisão discricionária do Juiz, onde será considerado todos os infortúnios passados pela autora, a situação econômica do ofensor, o ânimo de ofender, a repercussão da ofensa, a posição social ou política do ofendido.

O parágrafo acima resume o projeto de lei que modificará o artigo 953 do Código Civil, se aprovado pelo Senado conforme já o foi pela Câmara dos Deputados, em que se cria originalmente um tema específico do Dano moral no Código Civil.

Ocorre que por mais que seja figurado o dano, muitos Magistrados ainda resistem em arbitrar valores satisfatórios para compensar a dor e angústias que muitos beneficiários da Previdência Social passam nas mãos do Instituto de Seguridade Brasileiro.

Certamente são muitos os casos de erros e irresponsabilidade do INSS perante a sociedade que não são resolvidos com a rapidez e a presteza que lhe é

exigida, pois, por natureza sabe-se que o INSS é compelido a agir no caso de aposentadorias e outros casos em que a idade do segurado já é avançada, então, o atraso ou mesmo a singela demora já acarreta uma responsabilidade que vai além do aceitável e permitido pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.

O tamanho do INSS perante os segurados é infinitamente superior, e não é aceitável em pleno século XXI que o Instituto calcule benefícios a menor, ou que negue a existência de benefícios.

O dano moral, apesar de já ser figura aceitável ao caso, deve ser mensurado conforme a regra básica do instituto, ofendido, ofensa ocasionada, e a capacidade econômica do ofensor. No entanto, essa regra é esquecida ou mesmo mitigada pelos Magistrados que se veem engessados ao arbitrar o valor do dano moral de maneira a coibir o INSS de praticar condutas desrespeitosas.

Sabemos que no Direito Brasileiro ainda não existe a figura do “punitive damage”, mas esse elemento deve ser levado de orientação seja pelos nossos Legisladores, seja pelos nossos Magistrados, para arbitrar as irresponsabilidades do INSS em âmbito previdenciário.

Não se pode perpetrar a omissão do INSS, nem tampouco reduzir sua responsabilidade para o caso.

Assim, deve-se chegar a conclusão que, por mais que os institutos jurídicos do nosso país ainda protejam a Previdência Social, os Magistrados e o Poder Judiciário não podem aceitar que as irresponsabilidades sejam causadas e não sejam punidas exemplarmente no que diz respeito ao valor da indenização. Por mais que se diga que arbitrar o valor indenizatório elevado não seja o sentimento de justiça, esse é infelizmente o único meio pelo qual o autarquia pague pelas suas responsabilidades/irresponsabilidades.

REFERÊNCIAS

BOSCHETTI, Ivanete. *Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação*. 2009. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAABnB4AC/seguridade-social-no-brasil>>. Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL. **Constituição** (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. **Código Civil** (2002). São Paulo: Saraiva, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMARA DE DEPUTADOS. **Projeto de lei 7.124/2002**. Deputado Rubens Otoni. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegraPL+3376/2004>. Acesso em: 01 nov. 2012.

CAMARA DE DEPUTADOS. **Projeto de lei 1914/2003**. Relator Deputado Federal Regis de Oliveira. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=132136>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

CAMARA DE DEPUTADOS. **Projeto de lei 7.329/2010**. Deputado Ratinho Junior. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegraPL+7329/2010>. Acesso em: 01 nov. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CIANCI, Mirna. *O valor da Reparação Moral*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Função Previdência Social**. 2010. Disponível em: <www.cgu.gov.br/>. Acesso em: 20 out. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 16 ed. Saraiva: São Paulo, 2002.

FARINELI, Alexandro Menezes; MASCHIETO, Fábila. **Dano moral previdenciário**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (coordenadora). **Constituição (1988) interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Costa Machado (organizador). 3 ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

FLORÊNCIO, Gilbert R. L. **Código Civil Interpretado**: Costa Machado (organizador). 5ª ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. 2. ed. rev., atual., amp. São Paulo: Saraiva, 2004. v 3.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RE n. 936.792**. Ministro Relator Hélio Quaglia Barbosa. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RE n. 959780**. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RE n. 1.026.088**. Ministro Relator Ministro Francisco Falcão. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RE n. 1.026.088**. Ministro Relator Ministro Francisco Falcão. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE. **Apelação Civil nº 3937/2007**. Desembargador Relator Jose Alves Neto. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.se.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. **AC 2003.51.01.501218-8**. Relatora Juíza Federal Convocada Andrea Cunha Esmeraldo. 2009. Disponível em: <<http://www.TRF2.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **AC 2006.71.12.008595-7-RS**. Relator Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz. 2009. Disponível em: <<http://www.TRF4.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

VENOSA, Silvio de Savio. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.