

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**DUAS VISÕES SOBRE DANO MORAL: O DANO
MORAL NO BRASIL E NO DIREITO TALMÚDICO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Carlos Antonio Pomagerski Junior

**Santa Maria, RS, Brasil
2012**

DUAS VISÕES SOBRE O DANO MORAL: O DANO MORAL NO BRASIL E NO DIREITO TALMÚDICO.

Carlos Antonio Pomagerski Junior

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador Prof. Dr. Fábio da Silva Porto

Santa Maria, RS, Brasil

2012

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**DUAS VISÕES SOBRE O DANO MORAL: O DANO
MORAL NO BRASIL E NO DIREITO TAMLÚDICO**

elaborada por
Carlos Pomagerski

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Fábio da Silva Porto
(Presidente/Orientador)

Prof. Dr. Luiz Fernando Caminha dos Santos
(Universidade Federal de Santa Maria)

Prof. Dr. Pietro Dal Forno
(Fadisma)

Santa Maria, 19 de dezembro de 2012.

“Hodu Lashem ki tov, ki leolam chasdo”

“Baruch ata Hashem Elokeinu Melech haolam checheiano vekimanu vehiguanu
laazman haze”

Faço um agradecimento especial ao meu novo professor orientador, Fabio Porto,
que me tirou das garras do obscurantismo.

Agradeço ao meu amigo Tobias por ter me gravado Super Mario na infância, meu
amigo Thales pela dedicação e ajuda no ordenamento e revisão da escrita e aos
meus companheiros de café, por fazerem parte da minha “novela monográfica”.

Agradeço também à Luma pela ajuda na formatação e a Carolina por todo apoio e
carinho prestados.

“a verdade não se torna mais verdadeira
porque o mundo inteiro concorda com ela,
nem menos verdadeira, mesmo que o
mundo inteiro discorde dela”.
(Maimônides)

RESUMO

Monografia de Graduação

Curso de Direito

Universidade Federal de Santa Maria

DUAS VISÕES SOBRE O DANO MORAL: O DANO MORAL NO BRASIL E NO ANTIGO DIREITO *TALMUDICO*

AUTOR: **CARLOS ANTÔNIO POMAGERSKI JÚNIOR**

ORIENTADOR: **FABIO DA SILVA PORTO**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 19 de dezembro de 2012.

Este trabalho investiga as diferenças entre as abordagens do Direito positivo brasileiro e do Direito talmúdico em relação ao tratamento dado ao instituto do dano moral, sua quantificação e a possibilidade de cada um dos ordenamentos de produzir decisões para os casos concretos que sejam, ao mesmo tempo, adaptadas às particularidades de cada evento e, também, equitativas e coerentes em relação às demais decisões para casos substancialmente semelhantes. A partir desse estudo, empreendido pelo método de comparação dialética entre ambas os ordenamentos, ficam evidenciadas as dificuldades encontradas pelo sistema jurídico brasileiro de fugir, por um lado, de interpretações exacerbadamente positivistas (que, de modo geral, ignoram as particularidades de cada caso concreto) e, por outro lado, de uma interpretação excessivamente deixada à subjetividade do julgador (passível, por sua vez, tanto de ser sequestrada pelo ativismo judicial quanto de gerar decisões excessivamente díspares em casos semelhantes, o que são fatores de insegurança jurídica). Nesse contexto, verifica-se que a abordagem do Direito talmúdico, que analisa cada evento a partir de critérios objetivos, pode oferecer ferramentas para aprimorar o tratamento dado pelo Direito brasileiro ao tema do dano moral.

Palavras-chave: Direito positivo. Dano Moral. Direito Talmúdico.

ABSTRACT

Graduation Monograph

Law School

Federal University of Santa Maria

TWO VIEWS ON PERSONAL INJURY: BRAZILIAN AND TALMUDIC LAW

Author: Carlos Antônio Pomagerski Júnior

Adviser: Fábio da Silva Porto

Date and Place of Defense: Santa Maria, December 19, 2012.

This paper investigates the differences of approach between Brazilian Civil Law system and Talmudic Law's regarding the treatment given to the institute of personal injury, the rules for its translation into a monetary expression and the possibility for each legal system to produce rulings for actual cases which may be, at the same time, adapted to the particularities of each given event and, also, equitable and coherent regarding other rulings for substantially similar cases. From this study, led by the method of dialectical comparison between both legal systems, we can identify the evident difficulties met by Brazilian legal system to avoid falling, on one hand, into exceedingly positivistic interpretations (which often fail to take into account the particularities of each legal case), and, on the other hand, into interpretations led by little more than subjective choices of the interpreter (open, on its turn, to being hijacked by judicial activism, or to generating too different rulings even in similar cases, which are factors of juridical insecurity). In this context, we can see that Talmudic law's approach, by analyzing each event according to objective criteria, can offer tools to improve the treatment given by Brazilian law to the theme of personal injury.

Keywords: Civil law. Personal injury. Talmudic law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITO E SUBJETIVIDADE	13
2 O DANO MORAL NO BRASIL E AS PRECARIIDADES NOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DE QUANTIFICAÇÃO	19
2.1 Critérios objetivos de avaliação.....	26
2.2 Critérios subjetivos de avaliação.....	30
3 O EXEMPLO DO DANO MORAL NO DIREITO TALMÚDICO	35
3.1 O dano moral no <i>Talmud</i>	38
3.1.1 Dano adequado (<i>nezek</i>) e sua apreciação	39
3.1.2 Interrupção do trabalho (<i>shevet</i>)	40
3.1.3 Custo de cura (<i>ripui</i>)	41
3.1.4 Dor (<i>Tzar</i>)	41
3.1.5 Vergonha ou humilhação (<i>boshet</i>)	42
3.1.6 Lesões não intencionais.....	43
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

Este trabalho constitui-se em uma investigação sobre as ferramentas de que dispõe o Direito brasileiro para compreender, avaliar e quantificar os casos de dano moral, suas limitações e as contribuições que podem ser oferecidas pelo direito talmúdico. No estudo das várias facetas do instituto do dano moral, como apresentado pelo Direito brasileiro, tem sido possível observar que uma dificuldade em encontrar critérios objetivos e aplicáveis para descrever suficientemente, e, portanto, balizar de forma eficiente as sentenças e decisões judiciais que se referem ao assunto, tem levado a produção de uma jurisprudência conflitante. No próprio âmbito do Direito brasileiro, os doutrinadores e o legislador parecem não ter encontrado maneiras de iluminar o problema sem recair, por um lado, em uma exacerbação positivística, representada pela tentativa de tabelar exaustivamente um rol de possíveis tipos de dano moral e atribuir-lhes uma quantificação fixa, nem, por outro lado, em dar espaço a um total subjetivismo por parte do julgador, que, na ausência de quaisquer critérios, tem apenas sua própria percepção como guia para a quantificação do dano moral.

Portanto, numa tentativa de buscar parâmetros para descrever e quantificar os diversos aspectos do dano moral o presente trabalho propõe-se a investigar a possibilidade de aplicação dos parâmetros oferecidos pelo direito talmúdico que têm sido testados e refinados no curso de três mil anos. Nessa linha de raciocínio serão apresentados e exemplificados os diversos critérios que o direito talmúdico reúne em seus escritos e será proposta uma possibilidade de o Direito brasileiro servir-se desses critérios a fim de integrar e enriquecer a sua compreensão do fenômeno do dano moral. Desde já é possível ressaltar que o tratamento que o Direito talmúdico dá à questão passa por “dissecar” o acontecimento – dano e isolar a partir de parâmetros objetivos, o dano moral. É uma abordagem diferente, como se vê, tanto da fixação de “preço” para uma lista de possíveis danos, quanto da ausência completa de critérios.

A chave para compreender a diferença entre essas três espécies de abordagem (análise, positivismo e subjetivismo) está no estudo de duas grandes concepções sobre o que é (ou para que serve) o Estado e o Direito. O primeiro desses dois grandes filões hermenêuticos pode ser chamado de “clássico”, ou seja,

é aquele que reflete a compreensão greco-romana (e também judaica) da real natureza do Direito e da sociedade política. E, contraposta a essa visão, há a perspectiva moderna sobre a utilidade do Direito e do Estado.

A concepção clássica da sociedade política e do Direito busca na natureza humana a chave para compreender os fenômenos jurídico-políticos. Aristóteles, cujo estudo sobre a “Política” é uma das obras básicas para compreender a abordagem clássica do problema, observa que “o homem é um animal político”¹, isto é, que a vida do homem em sociedade deriva da própria natureza humana.

Argumenta o Filósofo que todos os indivíduos humanos precisam, necessariamente, de um grupo de pessoas para nascer (seu pai e sua mãe), para crescer e para sobreviver (já que só excepcionalmente um indivíduo conseguiria produzir sozinho, mesmo depois de adulto, todas as coisas de que necessita para sua existência, tanto em termos meramente econômicos, como em termos psicológicos). Aristóteles também observa que a diferença específica que separa o homem do gênero animal reside na sua capacidade de compreender o mundo que o cerca. Da mesma forma que os animais, o homem é, evidentemente, dotado de um aparato sensorial que lhe permite experimentar de várias maneiras o mundo que o cerca. Ao contrário deles, no entanto, é capaz de, usando da faculdade da razão, reelaborar os dados colhidos sensorialmente e armazenados na memória de modo a construir modelos abstratos que lhe permitem, em última análise, compreender e prever o funcionamento do universo em torno de si. Em consequência disso, à diferença do animal, cujo comportamento é escravo dos estímulos exteriores e interiores a seu corpo, o homem, podendo conhecer de antemão os resultados de suas ações, é capaz (dentro de limites proporcionais ao seu nível de conhecimento e às próprias leis que governam o universo) de agir de forma a obter de seu ambiente as respostas que deseja. Em suma, o ser humano é capaz de inteligência e, conseqüentemente, de livre-arbítrio. É evidente que a possibilidade de ação do homem é ampla o suficiente para que ele aja contra o ato intelectual que a torna possível; isso, no entanto, não tem de modo algum o condão de desfigurar a relação de causa e efeito que a inteligência guarda com o livre-arbítrio. De fato, essa relação

¹ ARISTÓTELES. **Órganon: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofisticas**. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2005. Pag 177

de causalidade gera, por sua vez, o terceiro atributo que define a condição humana, a responsabilidade: a intelecção do ambiente permite a escolha da atitude que o homem transformará em ato dentre as diversas possíveis, mas a intelecção também permite que o Homem conheça a suas ações e a si mesmo, e que seja, portanto, responsável por que suas escolhas não contrariem sua inteligência.

A sociedade, sendo determinação da própria natureza humana, tem, portanto, finalidades que derivam dessa própria natureza, e que se relacionam com ela. De fato, o Filósofo entende que o fim da sociedade é criar as condições mais favoráveis possíveis para que a natureza humana seja posta em ato. Da mesma forma, o Direito que regula as relações do homem, necessariamente social, tem por natureza e finalidade a promoção da humanidade, compreendida como capacidade de intelecção e responsabilidade por adequar as ações humanas a esse ato intelectual. No centro da concepção clássica de humanidade, Direito e sociedade está, portanto, a atenção ao *quid est*, à natureza de cada coisa, ação ou fenômeno, e à adequação que deve haver entre esse entendimento e as suas consequências jurídicas.

Por outro lado, a concepção moderna de humanidade parte não do reconhecimento da natureza, mas de um projeto, de uma finalidade utilitária, à qual o Direito e a sociedade devem servir. Rousseau, um dos autores que melhor representam essa perspectiva, afirma que o objetivo da sociedade e do Direito é conciliar o máximo possível de liberdade (entendida aqui como “liberdade negativa”, ou seja, como ausência de limites ao afirmar-se da vontade de cada indivíduo associado) com o máximo possível de segurança (ou seja, de garantias contra a possibilidade de outros indivíduos restringirem, pelo uso da força, o uso da liberdade negativa)². Ainda, na imagem “atomística” da humanidade esposada por Rousseau (que, através dele e de outros autores, como Locke, está na matriz ideológica da quase totalidade das legislações de nações tão díspares quanto a França revolucionária, os Estados Unidos da América, a China e a extinta União Soviética, bem como das linhagens ideológicas surgidas dessas experiências históricas, como a democracia liberal, o socialismo e a social-democracia, para citar apenas alguns exemplos), os indivíduos humanos são, ao menos hipoteticamente, completamente

² BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Tradução: Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. Pag 56

isolados uns dos outros, sem nenhuma relação necessária de cooperação ou dependência e, a partir desse estado primitivo de isolamento, em que cada indivíduo tem somente a própria força física para tutelar as próprias pretensões (o chamado estado de natureza), os homens decidem associarem-se para produzir uma entidade artificial que possa atingir aquele objetivo de conciliar uma liberdade tão ilimitada quanto possível com um poder capaz de restringir os abusos dessa liberdade (e que, portanto, não pode ser resistido por nenhum dos associados). Desse ponto de vista, o próprio Direito é uma convenção emanada dessa sociedade artificial, surgida para atender a um objetivo fixado pela vontade, e não em acolhimento a alguma necessidade fundada na natureza dos homens. Como convenção que é, o Direito refere-se aos objetivos estabelecidos pela sociedade (através do consenso, nas democracias) e deriva sua autoridade daquele poder ilimitado da *persona societatis* de cuja “vontade geral” esse Direito é a codificação.

Nesse quadro geral do construtivismo jurídico, há duas vertentes hermenêuticas: o positivismo e o relativismo (ou subjetivismo, ou, talvez mais propriamente, alternativismo jurídico), que se dividem por suas abordagens diferentes em relação à chave interpretativa que usam para aplicar as normas jurídicas aos casos concretos.

Por um lado, o positivismo, cujo grande expoente é Kelsen, parte do pressuposto de que a manifestação da vontade geral criadora do Direito é um edifício normativo necessariamente autorreferencial, e que, portanto, o ordenamento jurídico já contém em si todos os elementos necessários à aplicação do Direito. Partindo das normas fundamentais e deduzindo delas, quase que por uma operação algébrica, as normas mais específicas e, por fim, silogisticamente, as soluções para cada caso concreto, o positivismo jurídico tem como método fundamental a obediência àquilo que é estabelecido pelos poderes políticos hegemônicos, tido como legítimos. Uma premissa importante da hermenêutica positivista é que o próprio ordenamento já deve conter, e contém, todos os elementos necessários para resolver qualquer controvérsia.

Por outro lado, o alternativismo jurídico parte da premissa que o Direito deve ser permeável já não à natureza, à realidade essencial, eterna e imutável das coisas (do homem, da sociedade), mas sim às demandas sociais em constante evolução. Aquele objetivo convencional para o qual a sociedade é estabelecida, segundo o mito rousseauiano predominante à época da Revolução francesa, deve, em uma

sociedade sempre mutante, “evoluir” também por sua vez, em uma espécie de paralelo à tese trotskista da “revolução permanente”.

A cada uma dessas três visões sobre o fenômeno jurídico, o presente trabalho pretende mostrar que correspondem diferentes abordagens mesmo para problemas jurídicos bastante específicos, como o da compreensão e correta quantificação do dano moral. Não se trata, evidentemente, de propor uma crítica radical à totalidade do sistema jurídico brasileiro, mas sim de buscar, na abordagem clássica (e, portanto, realista) do *Talmud* elementos para integrar e aperfeiçoar a ciência jurídica pátria, com elementos que não dependam necessariamente nem de um tabelamento engessado e nem que deixem a situação à completa mercê das idiosincrasias, quando não do ativismo judicial, de cada Magistrado.

1 DIREITO E SUBJETIVIDADE

O Direito Civil é uma teia de relações jurídicas que regulam o patrimônio, material ou imaterial. Logo, um dos problemas fundamentais com que se depara o estudioso da matéria é compreender as maneiras de repararem-se os danos que eventualmente esse patrimônio possa sofrer. No caso da reparação do dano na esfera material, existem ferramentas precisas que permitem quantificar de forma aproximadamente objetiva a purga desse dano. Observe-se aqui que a objetividade dos critérios dessa quantificação é uma exigência de equidade, uma vez que bem semelhantes devem ter valoração equivalente, sob pena de incerteza jurídica.

O problema da quantificação objetiva fica mais complicado quando se trata de avaliar um dano que não é estritamente patrimonial, como é o caso do dano moral. Atualmente entende-se que o dano moral ocorre quando há lesão aos denominados direitos da personalidade, consubstanciados no art. 5º, V, da Constituição da República de 1988.

Direitos de personalidade, na definição de Rui Stoco³, são:

direitos públicos subjetivos que desempenham uma função de instrumento jurídico voltado à concretização dos direitos primordiais do direito privado, pois são direitos fundamentais com origem e raízes constitucionais.

Ampliando o mencionado conceito, Sérgio Cavalieri Filho⁴ assim elucida:

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Para Orlando Gomes⁵, o dano moral não se revela como qualquer lesão ao direito de personalidade, porquanto de um atentado à honra e à boa-fama de alguém, por exemplo, podem resultar prejuízos tanto de ordem patrimonial ou causar

³STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁴CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 81.

⁵GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 333.

apenas uma lesão moral, sendo que a expressão dano moral deve ser utilizada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial.

De fato, mesmo a melhor doutrina encontra dificuldades para delinear critérios objetivos que sejam idôneos para quantificar de uma maneira uniforme o dano moral. Por exemplo, matéria publicada no site do STJ⁶ releva:

A dificuldade em estabelecer com exatidão a equivalência entre o dano e o ressarcimento se reflete na quantidade de processos que chegam ao STJ para debater o tema. Em 2008, foram 11.369 processos que, de alguma forma, debatiam dano moral. O número é crescente desde a década de 1990 e, nos últimos 10 anos, somou 67 mil processos só no Tribunal Superior.

A matéria também chama atenção para o problema da subjetividade dos critérios permitidos ao juiz para a quantificação do dano moral:

Quando analisa o pedido de dano moral, o juiz tem liberdade para apreciar, valorar e arbitrar a indenização dentro dos parâmetros pretendidos pelas partes. De acordo com o ministro Salomão, não há um critério legal, objetivo e tarifado para a fixação do dano moral. “Depende muito do caso concreto e da sensibilidade do julgador”, explica. “A indenização não pode ser ínfima, de modo a servir de humilhação a vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa”, completa.

Para o presidente da Terceira Turma do STJ, ministro Sidnei Beneti, essa é uma das questões mais difíceis do Direito brasileiro atual. “Não é cálculo matemático. Impossível afastar um certo subjetivismo”, avalia.

(...)

Tantos fatores para análise resultam em disparidades entre os tribunais na fixação do dano moral. É o que se chama de “jurisprudência lotérica”. O ministro Salomão explica: para um mesmo fato que afeta inúmeras vítimas, uma Câmara do Tribunal fixa um determinado valor de indenização e outra Turma julgadora arbitra, em situação envolvendo partes com situações bem assemelhadas, valor diferente. “Esse é um fator muito ruim para a credibilidade da Justiça, conspirando para a insegurança jurídica”, analisa o ministro do STJ. “A indenização não representa um bilhete premiado”, diz.

No mesmo sentido, artigo publicado no site do TST⁷ chama atenção para o fato de que:

O problema se estabelece porque a legislação não fixa critérios objetivos: ela usa termos genéricos como “proporcionalidade”, “razoabilidade”, “extensão do dano” e “equitativamente”. “A operação judicial na fixação da reparação de dano moral é das mais difíceis e complexas, porque o legislador deixou ao critério prudencial do juiz a atribuição de quantificar o valor da indenização”, admite o ministro.

⁶PORTAL STJ, Coordenadoria de Editoria e Imprensa, **STJ Busca Parâmetros Para Uniformizar Valores de Danos Morais**, 13 set. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em: 27 nov. 2012.

⁷FEIJÓ, Carmen. **A difícil tarefa de quantificar o dano moral**, in Jus Notícias, 22 set. 2012. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/noticias/100069550/a-dificil-tarefa-de-quantificar-o-dano-moral>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

A fim de mitigar o problema da subjetividade na quantificação do dano moral (e da insegurança jurídica que ela pode causar), diversos critérios têm sido propostos, desde a utilização de analogias as mais variadas (abarcando mesmo ramos do Direito que adotam parâmetros bastante diversos daqueles próprios do Direito Civil, como o estudo das condições subjetivas de autor e vítima característicos do Direito Penal – ver texto citado à nota 7 acima) até a compilação de tabelas taxativas que “precificam” as mais variadas ocorrências possíveis de dano moral (conforme por exemplo texto mencionado à nota 6). Todavia, a própria existência de critérios tão dispares acaba por complicar ulteriormente o caso, deixando a cada interprete a escolha de quais parâmetros adotar.

Em reação a essa tentativa de tabelar rigidamente as hipóteses de dano moral, cabe aqui registrar a crítica à concepção kelseniana de um ordenamento jurídico completamente autossuficiente. Norberto Bobbio já dizia que

o dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante, e o é em parte até agora, na teoria jurídica europeia de origem romana. Por alguns é considerado como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico⁸.

Cabe aqui observar que o que Bobbio chama de “teoria jurídica europeia de origem romana”, na verdade, refere-se à absorção, pelo Direito europeu “continental” moderno, do desenvolvimento doutrinário que deu origem à apropriação, pela Revolução francesa, do Direito Romano (no Código Civil de 1804), mas dentro de uma *Weltanschauung* completamente divergente da romana, que, como anotou-se acima, tinha afinidade muito maior com a concepção naturalista, realista, aristotélica de sociedade e Direito.⁹

Essa abordagem pode ser problemática, visto que nem sempre se consegue enquadrar a realidade dentro de um compêndio de leis. Muitas vezes os fatores que acabam se agrupando em determinado fato fazem uma diferente combinação em outra situação bastante similar.

Além disso, é impossível codificar toda e qualquer conduta que poderia ser realizada pelo ser humano, com todas as suas particularidades. Logo, nada mais justo do que se utilizarem os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

⁸ **BOBBIO**, Norberto, **O Futuro da Democracia uma defesa das regras do jogo**, Paz e Terra editora, 6ª Ed. Pag. 78

⁹ *Ibidem*.

Em resposta a esse impasse, a tentativa do sistema jurídico brasileiro de abrir-se a critérios menos rígidos, acabou criando-se outro problema: a utilização de parâmetros que não podem ser quantificados de maneira precisa, e que abrem espaço para a subjetividade do Juiz.

A brecha que se abre, dessa forma, ao “bom senso” do julgador, interpretado como fator meramente subjetivo, deveria ser, *a priori*, algo utilizado com parcimônia, como um tempero acabou por ter uma importância desproporcional dentro do sistema atual, que, ou bem engessa-lhe completamente as possibilidades de levar em consideração as circunstâncias de cada caso concreto, ou bem não lhe oferece nenhuma baliza para a atividade jurisdicional.

Poder-se-ia dizer que uma quimera foi criada, a quimera do Juiz solipsista, que não utiliza mais o prumo da constituição e as leis pátrias, mas sim suas próprias razões. Isso faz com que o sistema perca sua segurança, abalando-se, assim, um dos sustentáculos da sociedade.

É plausível que alguns fatores sejam variáveis. Um deles seria o tempo. Ele acaba por modificar os valores sociais. A sociedade pode em épocas distintas legitimar e reprovar o mesmo fato. Acontece que, no sistema atual, a discrepância acaba ocorrendo numa mesma época.

Um dos exemplos dessa dificuldade é o caso do dano moral. Uma vez que se trata de algo imaterial, com fatores subjetivos diversos, acabam existindo situações em que fatos essencialmente semelhantes venham a ser julgados tão diferentemente que se poderia duvidar que um mesmo código jurídico está na origem dessas decisões.

Diante da dificuldade de encontrar um guia seguro para o estabelecimento de parâmetros que permitam quantificar objetivamente o dano moral, é possível que o estudo das fontes que informaram o desenvolvimento da tradição jurídica ocidental lance luz sobre o problema.

A tradição jurídica ocidental se forma a luz das três grandes correntes de pensamento que deram base à própria civilização europeia: a Filosofia grega, o Direito romano e a Moral Judaico Cristã. Todas essas três correntes de pensamento têm em comum o fato de dar uma importância central à possibilidade do conhecimento da realidade objetivo e à importância capital que esse conhecimento tem para a ideia de justiça, cuja realização é o objetivo que as três tradições atribuem ao Direito. Aristóteles definiu a lei como aquela norma que tende à

objetividade pura, ou seja, livre de interferências advindas das idiossincrasias pessoais do legislador e do intérprete, ou seja:

A definição aristotélica de lei converge com visão romana sobre a natureza do Direito que reside na busca pela equidade e por uma justiça ancorada na realidade objetiva, exemplificada pelo brocardo de Marcus Tullius Cicero “*Iustitia suum cuique distribuit*”¹⁰, isto é, entregar a cada um aquilo que é seu.

O terceiro pilar da tradição jurídica ocidental ao lado da Filosofia grega e do Direito Romano é a chamada Moral Judaico-Cristã. A tradição judaica também aponta para a busca da justiça através da aplicação do Direito e para o discernimento das condições objetivas de cada caso jurídico como instrumento para oferecer uma solução do conflito que preserve a equidade e trate com semelhança questões semelhantes e situações diferentes de maneira proporcionalmente diferente.

O direito talmúdico tem sua origem escrita na Babilônia, mesmo berço da *Lex Talionis*, um pouco antes do primeiro exílio imposto ao povo judeu em consequência da invasão do reino de Judá por Nabucodonossor, também conhecido como o exílio da Babilônia. Yehuda HaNassi, que presidia o “Sanedrim”, o mais alto tribunal de Israel, fez uma compilação de leis que a *priori* deveriam ter permanecido orais e ser transmitidas da mesma forma. Esse período é chamado de “a era dos *Tanaim*”, como eram conhecidos os juristas daquela época. Esse trabalho resultou no corpo jurídico chamado de “*mishna*”. Nessa mesma época, outros textos jurídicos foram registrados, as “*braitas*”, que têm estrutura semelhante à de uma *mishna*, mas que acabaram sendo excluídas do compêndio jurídico compilado pelo “*Nassi*”.

Com o fim do Reino de Judá, o Sinédrio deixou de existir e percebeu-se a necessidade de agregar ao *corpus* formado pela *mishna* e pelas *braitas* (acrescido de estudos, aprofundamentos e comentários) o registro das discussões ocorridas durante no período precedente. Esse trabalho foi feito pelos compiladores Ravina e Rav Hashi, que desenvolveram a *guemara*, a qual viria a ser o cerne de toda lei judaica, que prevê inúmeros institutos atuais, como o direito de sucessões, hipoteca,

¹⁰ De Natura Deorum, III, 38 BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Tradução: Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. Pag 36

aquisição de bens móveis e imóveis. Esse é o chamado “período dos *Amoraim*”, os “comentaristas”.

O conjunto dessas normas é conhecido como *Talmud*, que regula, desde então até o dia de hoje, as disputas jurídicas entre judeus religiosos em várias partes do mundo. Qualquer comunidade judaica estruturada tem pelo menos um tribunal que aplica as referidas leis. Todavia, fora dessas comunidades, existe pouco acesso à tradição jurídica diretamente fundada no *Talmud*.

As leis do direito Talmúdico, escritas na *guemara*. São aplicadas também em vários casos do direito Israelense, como direito de família e resolução de conflitos de interesse monetário. Em Israel existe a possibilidade de pleitear os direitos pelo *Bagatz* (tribunal laico, mas mesmo assim com grande influência de todo sistema de leis talmúdicas), ou pelo *Badatz* (tribunal religioso), que aplica somente o direito talmúdico.

Os institutos jurídicos encontrados nesse texto legal influenciaram a formação de várias teorias utilizadas pelo direito antigo e atual. Como exemplo pode-se citar a famosa máxima “olho por olho, dente por dente”, escrito na lei de talião, ou até mesmo o instituto do casamento, cerne do direito de família.

A abordagem que tanto a Filosofia grega quanto os Direitos Romano e talmúdico adotam para dissecar as situações que se apresentam é, portanto, a tentativa de colher aquilo que, em cada uma delas é essencial (ou seja, está intrinsecamente ligado à sua própria natureza) e aquilo que lhes é acidental (ou seja, aquelas circunstâncias que lhes são exteriores). Essa atitude se afasta dos dois extremos em que pode cair o direito moderno: a subjetividade ou o positivismo mecânico.

2. DANO MORAL NO BRASIL E AS PRECARIIDADES NOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DE QUANTIFICAÇÃO

O acesso cada vez maior da população ao Judiciário acabou por trazer a tona o problema da grande disparidade entre decisões proferidas por diferentes magistrados e tribunais acerca de danos morais. Tal questão encontra-se diretamente relacionada à falta de fatores mais objetivos que possam ser usados como ferramentas para quantificar esse dano abstrato.

Discute-se, assim, a possibilidade de utilizar normas que venham a preencher essa lacuna de uma maneira mais satisfatória. Isso tornaria as decisões proferidas pelos magistrados, colegiados e tribunais, mais uniformes e assim propiciaria uma maior segurança jurídica a quem ingressasse com processos para pleitear os direitos em questão.

Nesse contexto, indaga-se: a situação atual do direito brasileiro é suficiente para garantir a segurança jurídica que nasce de decisões coerentes e uniformes nas sentenças que fixam o *quantum* dos danos morais e suas respectivas penas pecuniárias?

A insegurança jurídica criada justamente pela falta de padrões mais rígidos e objetivos faz com que os juristas brasileiros se sintam inseguros quanto à melhor forma de solucionar as controvérsias que surgem em ações indenizatórias e, por conseguinte, com que as pessoas sintam-se lesadas com situações que envolvem o dano moral.

Há que se sopesar, de outra banda, que a matéria é delicada, pois quantificar essa espécie de dano não seria algo fácil ou pacífico, visto que são inúmeras as questões subjetivas que o cercam. Apenas para dar um exemplo, o *animus* do agente, juntamente com o abalo psicológico da pessoa lesada pode ser muito distinto, inclusive em situações semelhantes.

Vale reiterar que o campo abrangente da pesquisa não se restringe à discussão acadêmica, uma vez que suscita posicionamentos divergentes no cenário nacional e internacional, seja pela perspectiva econômica, no que se refere à diferenciação com que os danos pecuniários vêm sendo fixados, seja sob o enfoque social, no que tange ao direito constitucional à igualdade perante a lei, e a importância de uma maior segurança jurídica. Por tal razão, buscar encontrar uma

harmonização ou a prevalência destes interesses apresenta-se de grande relevância no contexto da sociedade atual.

Nesse sentido, discute-se a possibilidade de usar instrumentos do direito Talmúdico como ferramenta para tentar preencher as faltas deixadas pela legislação pátria. Tal instrumento viabilizaria a exploração de técnicas e posições que vêm sendo usadas aplicadas e refinadas há três mil anos como bases para resolver esse tipo de situação.

Acontece que nem sempre a forma como problema do dano moral é tratado nos manuais é suficiente para abordar suas várias nuances. Apesar de a doutrina ajudar a esclarecê-las, muitas vezes existe um distanciamento entre os manuais e a realidade jurídica que sentencia e quantifica o dano moral.

O modelo atual de responsabilidade civil e, por conseguinte, a valoração e cálculo de danos morais fazem parte do direito das obrigações, que estabelece a ideia de que o autor de um ato ilícito deve reparar o dano¹¹.

A fim de completar as deficiências do sistema, pretendem-se agregar elementos que possam garantir uma maior segurança jurídica. No Brasil a teoria clássica da responsabilidade civil assenta-se em três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano¹².

Para melhor compreender o instituto jurídico do dano, é importante discernir uma série de fatores: qual seria o seu conceito; quais os requisitos devem estar presentes para que ele exista; quem seria obrigado a repará-lo; qual a linha divisória entre dano moral e material e quando seria possível cumulá-los.

Nesse contexto, no Brasil, o Código Civil de 1916 previa uma reparação no caso de aleijamento e de dano contra a honra da mulher, incluindo casos de “defloramento”. Também previa reparações para casos de calúnia, injúria e difamação, tudo calculado conforme valor prefixado na multa criminal prevista e sem diferenciar entre dano material e moral. Sérgio Cavalieri Filho exemplifica de maneira bastante satisfatória a situação do antigo código civil¹³:

¹¹GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 26.

¹²BESSON, Andre, **La notion de garde dans la responsabilité Du fait des choses**. Paris: Dalloz. 1927. p. 5.

¹³CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 81/82.

Não é vero, igualmente, o argumento no sentido de inexistir amparo legal para a reparação do dano moral. O art. 159 do Código Civil de 1916, ao cogitar do dano como elemento da responsabilidade civil, não fazia qualquer distinção sobre a espécie do dano causado. Falava-se, ali, em “violiar direito ou causar prejuízo”, de sorte que, ainda que se apegasse ao entendimento de que o termo prejuízo era restrito ao dano material, a expressão violiar direito estendia a tutela legal aos bens personalíssimos, como a honra, a imagem, o bom nome. Acresce que o art. 76 do mesmo Código e seu parágrafo dispunham que para propor ou contestar uma ação era suficiente o interesse moral, resultando daí a indenizabilidade de tal interesse. Mais adiante, o Código de 1916 cuidava da indenização por injúria ou calúnia (art. 1.547), bem como da mulher agravada em sua honra (art. 1548) etc. – hipóteses nitidamente de dano moral.

Além disso, o Código Civil de 1916 ainda previa um arbitramento de dano em seus artigos 1.548 a 1.552 com danos que nem sempre eram patrimoniais. Mas apesar de o código fazer essa divisão e prever uma indenização por dano moral, mesmo que de maneira intrínseca e embrionária a matéria jurisprudencial era resistente ao reconhecer a matéria, como mostra a decisão de 06/08/1948 do Supremo Tribunal na época:

Nem sempre dano moral é ressarcível, não somente por se não poder dar-lhe valor econômico, por se não poder apreciá-lo em dinheiro, como ainda porque essa insuficiência dos nossos recursos abre a porta a especulações desonestas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos; no entanto, no caso de ferimentos que provoquem aleijões, no caso de valor afetivo coexistir com o moral, no caso de ofensa à honra, à dignidade e à liberdade, se indeniza o valor moral pela forma estabelecida pelo Código Civil. No caso de morte de filho menor não se indeniza o dano moral se ele não contribuía em nada para o sustento da casa.

A Constituição Federal, no título “Dos direitos e garantias fundamentais” (artigo 5º) assegura o “direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou a imagem”; e declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, assegurado o direito de indenização material e moral¹⁴.

A Carta Magna elevou a pessoa humana a um ponto privilegiado e resguardou a reparação dos danos morais em seus direitos fundamentais, fazendo com que a discussão que existia sobre o tema no antigo Código Civil de 1916 deixasse de existir conforme mostra sua redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

¹⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 nov. 2012.

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
 (...)

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

Depois de consolidada a possibilidade de pleitear reparação do dano moral, convergiu nessa direção ainda o STJ, que consolidou a súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”¹⁵. O que possibilitou cumular danos de natureza moral e material na mesma indenização. Nesse sentido também foram criadas leis que previam indenização de caráter moral, como as previstas na lei resguardando os Direitos Autorais (9.609/98) e no Estatuto da Criança e Adolescente (8069/90), além do Código de Defesa do Consumidor, que explicitava a reparação por dano material, moral, coletivo e difuso em seu artigo 6º inciso VI, já em seu artigo 7º o Código de Defesa do Consumidor (após projeto de lei da câmara número 2,496/07) estabeleceu:

Art. 7º. Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

I - ofensa de natureza leve: até oito mil reais;

II - ofensa de natureza média: até quarenta mil reais;

III - ofensa de natureza grave: até cem mil reais;

§ 2º Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política, econômica e creditícia das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

§ 3º A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado.

Nesse contexto, dentro da jurisprudência pátria, as decisões convergiram para um avanço na matéria do dano moral, como é possível vislumbrar nas decisões abaixo:

Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, não mais prevalece, para efeito indenizatório, a tarifação prevista tanto na Convenção de Varsóvia, quanto no Código Brasileiro de Aeronáutica, segundo o entendimento pacificado no âmbito da 2ª Seção do STJ. Precedentes do STJ¹⁶.

¹⁵CORTE ESPECIAL, julgado em 12/03/1992, DJ 17/03/1992. p. 3172, REPDJ 19/03/1992. p.3201.

¹⁶REsp 740.968/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 12/11/2007 p. 221

RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte aéreo. Extravio da bagagem. Dano material. Dano moral. A indenização pelos danos material e moral decorrentes do extravio de bagagem em viagem aérea doméstica não está limitada à tarifa prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica, revogado, nessa parte, pelo Código de Defesa do Consumidor. Recurso conhecido e provido¹⁷.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a indenização por extravio de mercadoria não está sob o regime tarifado, subordinando-se ao princípio da ampla reparação, configurada a relação de consumo.¹⁸

Já o Código Civil atual prevê uma reparação do dano moral ao se referir ao ato ilícito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.¹⁹ O Código Civil também prevê em seu artigo 927 que “aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”. Além desse dispositivo, o Código Civil também expressa a seguinte máxima: “a indenização mede-se pela extensão do dano”²⁰.

Muito embora seja possível identificar uma nítida evolução no direito pátrio, algumas questões ainda não estão submetidas a padrões claros para uma determinação uniforme nas decisões proferidas pelos juízes e tribunais. E o fato de haver decisões demasiadamente díspares e, por muitas vezes, descabidas (por ser matéria muito controversa e complexa quantificar os danos praticados contra a honra) criou-se uma tão famosa “indústria do dano moral”²¹, como exemplifica o artigo abaixo:

A Justiça Brasileira está com seus tribunais superlotados por demandas extremamente morosas, que acarretam prejuízos imensuráveis ao empresariado.

Chega-se ao absurdo de processos judiciais perdurarem mais de um século em primeira instância para a prolação de sentença, por melhor que seja o advogado, é completamente compreensível a indignação do cliente com a morosidade do sistema judiciário. O prejuízo financeiro gerado as empresas pela lentidão do judiciário, que quando diz-se rápido e eficaz - julga uma ação em não menos que um ano e meio, chega a ser imensurável.

Geralmente a culpa não pode ser atribuída ao juízo, e sim ao sistema e aos próprios consumidores, pois com a edição do Código de Defesa

¹⁷REsp 156.240/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2000, DJ 12/02/2001 p. 118.

¹⁸REsp 209.527-RJ, Rel. Min. MENEZES DIREITO, 3ª TURMA, DJ 05/03/01.

¹⁹BRASIL. **Código Civil.** artigo 186. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jun. 2012.

²⁰Ibidem, artigo 944

²¹TAQUES, Thaissa. **A indústria do dano moral.** OAB Editora. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242741776174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

do Consumidor verificou-se a massificação do ingresso de ações por danos morais infundadas, esse crescente ingresso desmedido de demandas desequilibrou o judiciário, muitos juízes já demonstraram sua opinião contrária a essa “indústria” do dano moral.

Reagindo contra a possibilidade de enriquecimento ilícito que advinha da disparidade das decisões e sentenças, criando insegurança jurídica e “jurisprudência lotérica”²², o Senado Federal editou o projeto de lei número 150/1999, que traz faixas de valores limitando o dano moral. O projeto limitaria as indenizações resultantes de ofensas leves em até vinte mil reais, médias entre vinte e noventa mil e graves entre noventa mil e cento e oitenta mil reais.

Acontece que esse projeto de lei proposto pelo Senado Federal deu margem à criação de uma espécie de tabela²³:

Evento	2º grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 MIL	R\$ 20 MIL	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 MIL	10 SM	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	100 SM	R\$ 8 MIL	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; problema resolvido dentro da garantia	R\$ 15 MIL	Não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplente	500 SM	R\$ 10 MIL	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	Não há dano	50 SM	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a verdadeira paternidade biológica das filhas	R\$ 200 MIL	mantida	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 MIL	R\$ 200 MIL	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 MIL	mantida	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 MIL	mantida	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 MIL	R\$ 22.500,00	Resp 401358
Preso erroneamente	Não há dano	R\$ 100 MIL	Resp 872630

Tabela 1 - Indenizações pré-estabelecidas

Não bastando a criação da tabela acima, houve inclusive a tentativa de quantificar o dano moral por meio de forma matemática, para Clayton Reis²⁴ o cálculo deveria ser operado da seguinte maneira:

²²Coordenadoria de Editoria e Imprensa. **STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais.** In Portal STJ. 13 set. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em: 27 nov. 2012.

²³Ibidem.

$$VI = SE(v) + (MD)^2 - QE(r) / SE(r)$$

VI = Valor da indenização.

SE(v) = Situação econômica da vítima.

SE(r) = Situação econômica do réu.

MD = Magnitude do dano.

QE(r) = Quociente de entendimento do réu.

A equação ainda é explicada por uma tabela de valores:

Situação econômica do RÉU - SE (r)

- Péssima = 90 - 100
- Ruim = 70 - 80
- Razoável = 50 - 60
- Boa = 30 - 40
- Excelente = 1 - 20

Magnitude do dano (MD):

- Levíssimo = 0 - 25
- Leve = 26 - 50
- Grave = 51 - 75
- Gravíssimo = 76 - 100

Situação econômica da vítima (SE-v):

- Péssima = 800 - 1.000
- Ruim = 1.001 - 1.200
- Razoável = 1.201 - 1.400
- Ótima = 1.401 - 1.600
- Excelente = 1.601 - 1.800

Quociente de entendimento do lesionador - réu (QE-r):

- Inferior = 700 - 1.000
- Médio = 500 - 700
- Elevado = 300 - 100
- Superior = 100 - 0

Não conseguindo resolver o problema em seu primeiro projeto de lei, o Senado tentou mais uma vez tabelar o tão mal fadado dano moral, como demonstra Leonardo Castro, servidor da Defensoria Pública, em sua matéria²⁵:

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania recebeu voto favoravelmente, do relator, no último dia 18, ao Projeto de Lei do Senado nº. 334 /2008. De autoria do senador Valter Pereira (PMDB/MS), o projeto

²⁴REIS, Clayton. **Dano moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 103.

²⁵CASTRO, Leonardo. **Projeto que regulamenta dano moral recebe voto favorável**. In Jus Brasil Notícias, 23 dez. 2008. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/449681/projeto-que-regulamenta-o-dano-moral-recebe-voto-favoravel>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

pretende tabelar as indenizações por dano moral - o maior pesadelo dos estudiosos do instituto da responsabilidade civil.

É sabido que os critérios de fixação dos valores, muitas vezes, causam perplexidade. Contudo, quando sugerido o tabelamento, é unânime o rechaço. Essa uniformização é peça chave de diversas teorias preocupantes - por exemplo, a conhecida "indústria do dano". Dessa forma, é espantoso que uma redação nesse sentido tenha parecer favorável.

De acordo com a proposta, a indenização deve ser fixada com base em parâmetros objetivos. No caso de morte, o valor não poderá ser superior a R\$ 249 mil. Se a lesão for ao crédito, o quantum flutuará entre R\$ 8.300,00 e R\$ 83 mil.

Além do pavoroso tabelamento, o autor vai além, ao estabelecer os critérios a serem considerados para a estipulação do valor. Na hipótese de morte da vítima, o juiz deverá calcular a sua provável expectativa de vida. Portanto, se a morte ocorrer em idade avançada, o magistrado não poderá indenizar com base no valor máximo, ficando limitado ao piso - R\$ 41 mil.

Por fim, a redação não trata do poder econômico do ofensor, pouco importando se o dano foi causado por uma multinacional ou pelo dono de uma quitanda. Para o autor, o importante é a "posição socioeconômica da vítima". O critério é, indubitavelmente, discriminatório. Para o desembargador do TJ-SC, wton Janke, "é totalmente descabido o argumento de que a verba indenizatória deve guardar proporcionalidade ou correspondência com o padrão de vida ou a condição econômica dos ofendidos".

O PLS nº 334/2008 está na contramão dos estudos contemporâneos. Ao contrário do que imagina o autor, as disparidades não serão resolvidas por meio de valores ancorados em uma tabela. No máximo, pontuará conclusivamente o assunto de forma precária e empobrecida de reflexão jurídica.

(...)

Veja a tabela do dano moral sugerida no projeto de lei.

DANO VALOR

Morte De R\$ 41.500,00 a R\$ 249.000,00.

Lesão corporal De R\$ 4.150,00 a R\$ 124.500,00.

Ofensa à liberdade De R\$ 8.300,00 a R\$ 124.500,00.

Ofensa à honra

a) por abalo de crédito: de R\$ 8.300,00 a R\$ 83.000,00.

b) de outras espécies: de R\$ 8.300,00 a R\$ 124.500,00.

Descumprimento de contrato De R\$ 4.150,00 a R\$ 83.000,00.

Dessa maneira, passam-se a elencar quais são os critérios que permitem com que esse tipo de julgamento ocorra no sistema jurídico brasileiro atual.

2.1 Critérios objetivos de avaliação

Levando-se em consideração os critérios para reparar o dano material, seria necessário fazer com que a vítima retornasse ao *status quo ante* mediante restituição do bem ou prestação pecuniária de caráter compensatório. Essa é a regra essencial de reparação civil por dano material. Nesse sentido, esclarece ainda

Rui Stoco²⁶ que “para que surja o direito de indenização, o prejuízo deve ser certo. Essa é a regra essencial da reparação”.

Acontece que nos danos imateriais é impossível fazer com que a vítima retorne ao *status quo ante*, como se busca na indenização referida acima. Não existe a possibilidade de ressarcir a vergonha, a dor e o sofrimento. E transformar esses danos abstratos em dinheiro também é uma tarefa ingrata. Por inexistirem critérios expressos na lei para a fixação do *quantum*, a indenização passa a ser a critério do magistrado. Como descreve Sérgio Cavalieri Filho²⁷:

Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

O autor vai além:

Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de *fatores instrumentais*²⁸.

Vê-se, portanto, que, diferentemente da reparação por dano material, em se tratando de dano imaterial, existe uma natureza compensatória que tenta amenizar o dano sofrido. Além disso, a pena pecuniária procura desestimular a conduta indesejada (caráter sócio-educativo). Maria Elena Diniz²⁹ afirma que não se pode negar a natureza penal do instituto, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, além da natureza compensatória, que consiste na compensação que atenua a ofensa causada.

Nessa mesma linha de pensamento, Caio Mario da Silva Pereira³⁰ expressa em sua obra:

²⁶STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 91.

²⁸Ibidem. p. 86.

²⁹DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.V. 7.

³⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 55.

Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

Tal entendimento também é corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça³¹:

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúlice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.

A reparação da questão dentro do sistema jurídico brasileiro tem uma dupla função: visa uma **compensação** pelos prejuízos de ordem extrapatrimonial, não tentando quantificar o direito personalíssimo abalado, e sim apaziguar a dor experimentada, através de uma **medida sócio educativa pedagógica**, para a prevenção de uma prática reiterada da conduta. Como exemplifica Sergio Cavalieri Filho³²:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à 'restitutio in integrum' do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava "substituição do prazer, que desaparece, por um novo". Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.

Para o Direito brasileiro, existem apenas dois critérios objetivos que devem ser levados em consideração no que concerne a reparação do dano material e a indenização por dano moral, causada por esse ilícito civil. O primeiro seria a condição socioeconômica do ofensor, pois o pagamento indenizatório não deve ser acima de suas possibilidades financeiras e nem de valor que seja considerado ínfimo pelo mesmo, pois deve o ofensor se sentir impelido a repensar sua atitude e não mais repeti-la. O segundo critério é a capacidade sócio econômica do ofendido,

³¹ REsp 575.023/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ21/06/2004 p. 204.

³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 81.

que deve ser levada em consideração, pois a indenização não pode ser um meio de seu enriquecimento ilícito, mas deve ter a finalidade primordial de compensação dos prejuízos sofridos, como forma de amenizar a dor e o sofrimento. Nesse sentido, releva, com autoridade, Sérgio Cavalieri Filho³³:

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

Corroborando a mesma opinião, Humberto Teodoro Junior acrescenta³⁴:

Se de um lado se aplica uma punição àquele que causa dano moral a outrem, e é por isso que se tem de levar em conta a sua capacidade patrimonial para medir a extensão da pena civil imposta; de outro lado, tem-se de levar em conta a situação e o estado do ofendido, para medir a reparação em face de suas condições pessoais e sociais. Se a indenização não tem o propósito de enriquecê-lo, tem-se que lhe atribuir aquilo que, no seu estado, seja necessário para proporcionar-lhe apenas a obtenção de 'satisfações equivalentes ao que perdeu', como lembra MAZEAUD et MAZEAUD (Responsabilité civile, vol. I, nº 313, apud CAIO MÁRIO, Responsabilidade civil, 2ª ed., Rio, Forense, 1990, nº 45, págs. 63-64).

No entanto existem opiniões diferentes na doutrina, como a exposta por Carlos Alberto Bittar³⁵:

Ora, num momento em que crises de valores e de perspectivas assolam a humanidade, fazendo recrudescer as diferentes formas de violência, esse posicionamento (o da condenação em quantia significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante) constitui sólida barreira jurídica a atitudes ou a condutas incondizentes com os padrões éticos médios da sociedade. De fato, a exacerbação da sanção pecuniária é fórmula que atende às graves consequências que de atentados à moralidade individual ou social podem advir. Mister se faz que imperem o respeito humano e a consideração social, como elementos necessários para a vida em comunidade.

De qualquer forma, os padrões objetivos elencados pela doutrina são poucos e falhos. Cabe ressaltar-se que a lei fica silente na situação em que a diferença econômica entre ofensor e ofendido é tamanha que para existir uma punição que desestimule o ofensor, seria necessário penalizá-lo de maneira que proporcionaria enriquecimento ilícito do ofendido.

³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 83.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 75.

³⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 125.

Outros fatores de suma importância que devem ser levado em consideração são a gravidade do dano causado, a intensidade do dolo ou culpa, além dos critérios elencados acima. Nesse sentido posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

Não só a capacidade econômico-financeira da vítima é critério de análise para o arbitramento dos danos morais, sendo levado em conta, também, à míngua de requisitos legais, a capacidade econômico-financeira do ofensor, as circunstâncias concretas onde o dano ocorreu e a extensão do dano³⁶.

O sistema atual deixa a critério do Juiz a quantificação e fixação de danos morais, facultando-lhe levar em consideração apenas dois critérios objetivos: a capacidade econômica do ofensor e a do ofendido. Logo, torna-se uma tarefa árdua quantificar o dano, e por a lei apresentar inúmeras lacunas e deficiências, dentro de seus fatores, a insegurança jurídica impera nas decisões proferidas pelos magistrados, tão desprovidos de ferramentas de apoio. Nesta seara, discorre Luis Martins da Silva³⁷:

Os elementos de formação moral variam acentuadamente de pessoa para pessoa e o próprio nível econômico, social e intelectual de uma pessoa e o meio em que vive moldam padrões de comportamento que influenciam decisivamente a constituição de suas regras de moralidade. Tudo isso são complicadores para se fixar uma reparação justa do dano moral suportado. (...). Daí, consigna Wilson Melo da Silva, somente pela via indireta é que se poderia chegar à reparação do dano moral, pela aposição da alegria ou da euforia aos sofrimentos, às dores de toda sorte, à desonra e à injusta imagem que lhe é atribuída.

2.2 Critérios Subjetivos de avaliação

No entanto, além dos critérios previamente citados, existem ainda princípios que auxiliam a verificação da matéria. Esses princípios são o da **razoabilidade** e **proporcionalidade**. Para Nelson Nery Júnior³⁸, o princípio da proporcionalidade pode ser entendido como uma lei de ponderação, devendo ser sopesados os interesses e direitos para que se alcance uma solução justa. Assim, juntamente com o princípio da razoabilidade, o Magistrado, ao analisar o caso concreto com o seu livre discernimento e de acordo com sua sensibilidade, fixará o *quantum indenizatório*.

³⁶ AgRg no REsp 700.899/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2008, DJe 06/03/2008.

³⁷ SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 381.

³⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 161.

A atenção aos princípios elencados pode ser verificada de forma clara na decisão a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE EM RODOVIA. FALTA DE SINALIZAÇÃO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DO ART. 948, II, DO CÓDIGO CIVIL. PENSÃO MENSAL E MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não é cabível, em regra, o exame da justiça do valor reparatório nesta via especial, porquanto tal providência depende da reavaliação de fatos e provas (Súmula 7/STJ). O Superior Tribunal de Justiça, por essa razão, consolidou entendimento no sentido de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (REsp 719.354/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 29.8.2005; REsp 662.070/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 29.8.2005; REsp 746.637/PB, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 1º.7.2005; REsp 686.050/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 27.6.2005). Essa excepcionalidade, contudo, não se aplica à hipótese dos autos. Isso, porque, considerando as circunstâncias do caso concreto, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização por danos morais de R\$ 52.500,00 (cinquenta e dois mil e quinhentos reais) nem é irrisória nem desproporcional ao dano sofrido pelos ora agravantes. Ao contrário, o valor foi arbitrado com bom senso, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.(...).³⁹

No entanto, a fixação desses critérios, tanto objetivos como subjetivos, para a fixação do dano moral não torna o problema passível de uma solução, pois os mesmos são poucos e estão longe de resguardar a tão almejada segurança jurídica dentro do sistema jurídico brasileiro, uma vez que, por um lado, a tarefa de medir, no caso concreto, os critérios objetivos (apenas capacidade econômica do ofensor e do ofendido) trazidos pela lei fica, mesmo assim, à mercê do arbítrio do Magistrado, a quem não é oferecido nenhum parâmetro que pautar a proporção adequada entre o que ele avalia serem as capacidades econômicas dos envolvidos e a justa compensação pelo dano. Por outro lado, da mesma forma, os princípios que dão os padrões abstratos para a quantificação do dano, são, por si mesmos, dois dos conceitos mais abertos e difíceis de definir (quanto mais de oferecerem balizas para uma quantificação econômica concreta) do ordenamento jurídico.

Isso pode ser identificado nos casos concretos a seguir, julgados pelo mesmo tribunal e com decisões consideravelmente diferentes:

³⁹ AgRg no Ag 977.062/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe18/09/2008.

Consumidores que ingeriram refrigerante impróprio para o consumo, tendo o laudo constatado a presença de bolores e leveduras, o que lhe causou sensação desagradável, sem maiores consequências, já que ingeriram quantidades insignificantes da bebida. Tal fato levou ao pedido de indenização de 500 salários-mínimos para cada um. O Tribunal julgou improcedente o pedido. “*Indenizável é o dano moral sério, aquele capaz de, em uma pessoa normal, o assim denominado homem médio, provocar grave perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos*”. TJ-SP – Ap. Cív. 132-509-4/6 Bauru – Rel. Des. Laerti Nordi⁴⁰.

Consumidora de refrigerante Coca-Cola ingeriu o mesmo que continha em seu interior frasco quadrado de cor escura e odor desagradável, que veio provocar-lhe vômitos e náuseas. Não houve qualquer lesão física, pois comprovou o laudo técnico que o composto era incapaz de causar qualquer mal à saúde. A consumidora ajuizou ação requerendo o pagamento de **80 milhões de reais por danos morais**. O absurdo é que em primeira instância o pedido foi julgado procedente em 100 salários mínimos. Em segunda instância o Tribunal corrigiu para 50 salários mínimos⁴¹.

Inclusive o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul posicionou-se sobre a matéria tão controversa do dano moral:

Falta critério seguro em sede de direito substancial acerca do “tarifamento” do dano moral a partir da situação concreta. Os parâmetros estão sendo jurisprudencialmente fixados, mas sem, ainda, uma conformação precisa. Daí por que a utilização pela parte desta opção de não indicar o valor requerido a título de danos extrapatrimoniais não pode ensejar interpretações rígidas acerca dos institutos processuais, mormente no que diz respeito ao acesso ao segundo grau de jurisdição. Assim, mostra-se condizente com a melhor doutrina e com as vicissitudes do direito material, que sabidamente influenciam no contorno das questões processuais (v.g., os procedimentos especiais), o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o interesse recursal nestas hipóteses⁴².

Existem em outros países, inclusive, mais fatores que são observados, como exemplifica Carlos Alberto Ghersi⁴³, quais sejam: 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 escritos; 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) a idade da vítima.

⁴⁰ TJ-SP – Ac. Unân. da 1ª Câm. Dir. Priv. De Férias Janeiro/2003. Ap. Cív. n. 136.277-4/5-00 – Comarca de SP. Rel. Des. Eliot Akel.

⁴¹ TJ- SP. Ac. Unân da 3ª turma Câm. Dir. Priv. Férias Janeiro/2003. Ap. Cív n. 133892-4/0-00, Comarca de SP. Rel. Des. Carlos Roberto Gonçalves.

⁴² AC 70022799837; Canoas; 12a Câmara Cível; Relª Desª Judith dos Santos Mottecy; Julg. 08/05/2008; DOERS 10/06/2008. p. 44.

⁴³ 13. GHERSI, Carlos A. **Valuación Económica del Danõ Moral y Psicológico**, Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

Nessa esteira, segundo reportagem escrita no periódico eletrônico “*The Baltimore Sun*”⁴⁴, é comum que juristas norte-americanos busquem dentro do direito talmúdico ferramentas para o enriquecimento do *corpus* jurídico nacional:

On Mondays, Wednesdays and Fridays, Jon Lefkowitz is your average law student. He attends classes, catches up on his studying and worries about upcoming exams at the University of Maryland law school.

But on Sundays, Tuesdays and Thursdays, he goes and studies the *Talmud*, an ancient Jewish law code, at Ner Israel College in Baltimore.

(...)

“The *Talmud* deals with many of the same areas that are studied in law school,” said Professor Irving Breitowitz, who teaches at the UM law school in Baltimore.

Besides having preserved an intellectual tradition that dates back to the days of Moses, the *Talmud* discusses solutions to problems duplicated in many modern courtroom squabbles. A student of the *Talmud* typically has studied real estate disputes, personal injury claims and bankruptcy, for example. But the connection goes deeper than that.

“*Talmud* study teaches close analysis of texts,” said Lawrence Katz, dean of the University of Baltimore law school.

“It gives a perspective, a methodology that strengthens their skill as a lawyer and as a teacher.”

“The *Talmud* is predicated on the idea that there can be a system of law and justice,” said Mr. Breitowitz. That can be helpful for young law students to see, “particularly at a time when lawyers are being attacked for a lack of ethical sensitivities.”

The *Talmud*, he said, balances law on the notion of justice and human rights, a gratifying connection that can be forgotten in an age of litigation.

For Mr. Lefkowitz, who is in his first year of law school, studying the *Talmud* has an “internal motivation” that he doesn’t always get from common law. While poring over several open books at once, Mr. Lefkowitz traces a Talmudic argument through **intellectual nooks and analytical crannies**. The experience, he said, is “studying for the sake of studying. It is an end in itself.”

In the classroom, he said, professors frequently follow reasoning that duplicates the logical steps of rabbis in long-ago Babylonia, one of the sites where the *Talmud* was compiled.

Às segundas, quartas e sextas-feiras, Jon Lefkowitz é estudante de direito. Ele frequenta aulas, põe em dia seus estudos e se preocupa com exames futuros da faculdade de direito da Universidade de Maryland.

Mas aos domingos, terças e quintas-feiras, ele estuda o *Talmud*, um código de antiga lei judaica, no Ner Israel College, em Baltimore.

(...)

“O *Talmud* lida com muitas das mesmas áreas que são estudadas na faculdade de direito”, disse o professor Irving Breitowitz, que leciona na faculdade de Direito da UM em Baltimore, e é um rabino de uma congregação em Silver Spring.

Além de ter preservada uma tradição intelectual que remonta aos dias de Moisés, o *Talmud* discute soluções para problemas repetidos em muitas disputas nos tribunais modernos. Um estudante do *Talmud* normalmente estudou disputas imobiliárias, danos pessoais e de falência, por exemplo. Mas a conexão é mais profunda do que isso.

“Estudar *Talmud* ensina análise minuciosa de textos”, disse Lawrence Katz, reitor da Universidade de Baltimore faculdade de direito.

⁴⁴ **Students find ancient texts of Talmud give them edge in modern law classes.** In *The Baltimore Sun*, 12 abr. 1991. Disponível em: <http://articles.baltimoresun.com/1991-04-12/news/1991102034_1_talmud-lefkowitz-law-school>. Acesso em: 27 nov. 2012.

“Isso dá uma perspectiva, uma metodologia que fortalece sua habilidade como advogado e como professor.”

“O *Talmud* é baseada na ideia de que pode haver um sistema de direito e justiça”, disse o Sr. Breitowitz. Isso pode ser “útil para jovens estudante de direito perceberem”, sobretudo num momento em que os advogados estão sendo atacados por uma falta de sensibilidade ética.”

O *Talmud*, disse ele, equilibra lei sobre a noção de justiça e direitos humanos, uma conexão gratificante que não pode ser esquecida em uma época de litígios.

Para o Sr. Lefkowitz, que está em seu primeiro ano de faculdade de direito, estudar o *Talmud* tem uma “motivação interna” que nem sempre é vista no direito comum. Enquanto se debruça sobre vários livros abertos ao mesmo tempo, o Sr. Lefkowitz traça um argumento talmúdico através **de cantos e recantos intelectuais analíticos**. A experiência, segundo ele, é “estudar por estudar. Ele é um fim em si mesmo.”

Na sala de aula, ele disse, os professores frequentemente seguem o raciocínio que seguem os passos lógicos de rabinos na antiga Babilônia, um dos locais onde o *Talmud* foi compilado.

Nesse sentido a presente monografia buscará, dentro do sistema de leis que engloba o *Talmud* babilônico, uma possível solução para o problema enfrentado, procurando resolver a aporia entre o positivismo mecânico e o subjetivismo privado de critérios seguros.

3 O EXEMPLO DO DANO MORAL NO DIREITO TALMÚDICO

Após verificar como estão apresentados os dispositivos acerca do dano moral no panorama geral do Estado Brasileiro, cabe descrever o que ocorre dentro do direito talmúdico, código de extrema complexidade como exemplifica a matéria publicada pela Universidade de Miami⁴⁵ (que tem dentro do seu programa de estudos o ensino dos fundamentos das leis, dialética, e filosofia talmúdicas):

Research in Jewish law (halacha) is extremely complicated and will be difficult for the non-expert. None of the primary sources are in English, and although a most have been translated, not all of them have. Primary sources of Jewish law can date back over two thousand years and are not integrated and organized in a comprehensive and integrated system of authority as is the American legal system.

(...)

Because the uninitiated researcher will face many obstacles in the use of primary sources, contemporary treatises, are probably the most important research tool for the non-expert. Contemporary treatises of Jewish law form a body of literature written by contemporary scholars and rabbis about topics of Jewish law. These are written, for the most part, by scholars who are able to access the original sources in their original languages and these authors will almost invariably cite to those sources. These helpful resources may be multivolume sets, single monographs or law journal articles. Most law school libraries are likely to be far better stocked in these secondary sources than in the original sources discussed in the second section of this guide.

Tradução:

Pesquisa em lei judaica (halacha) é bastante complicada e difícil para o não-especialista. Nenhuma das fontes primárias foi escrita originalmente em inglês, e embora a maioria possa ter sido traduzida, nem todas o foram. Fontes primárias de lei judaica podem datar mais de dois mil anos e não estão integradas e organizadas em um sistema abrangente e integrado de autoridade, como é o sistema legal americano.

(...)

Uma vez que o pesquisador não familiarizado terá de enfrentar muitos obstáculos no uso de fontes primárias, tratados contemporâneos são provavelmente a ferramenta de pesquisa mais importante para o não-especialista. Os tratados de lei judaica formam um corpo de literatura escrita por estudiosos contemporâneos e rabinos sobre assuntos da lei judaica. Eles são escritos, em sua maior parte, por estudiosos que são capazes de acessar as fontes originais em suas línguas originais e esses autores, quase invariavelmente, citam essas fontes. Esses recursos úteis podem ser conjuntos de vários volumes, monografias individuais ou artigos de revistas de direito. A maioria das bibliotecas das escolas de direito tendem a ser muito mais bem abastecidas dessas fontes secundárias do que das fontes originais discutidas na segunda seção deste guia.

Apesar da dificuldade na pesquisa, devido à necessidade de tradução das fontes originais que são em Aramaico e Hebraico antigo, o mesmo artigo demonstra

⁴⁵University of Miami, school of law, **Jewish law research guide**. Disponível em: <<http://www.law.miami.edu/library/judaicguide.php>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

que existem inúmeras pesquisas e produções científicas atuais baseadas nesses compêndios⁴⁶:

There are several types of these contemporary treatises. First there are general treatises, addressing the whole body of Jewish law in general. An example of this kind, and by far the most valuable resource in conducting research in Jewish law, is Menachem Elon's JEWISH LAW: HISTORY, SOURCES, PRINCIPLES (International Collection BM520.5.E4313 1994). This is a four volume work that is essential for anyone conducting Jewish legal research. The second type of treatise is subject-specific treatises, addressing a single Jewish legal issue or a general subject area of Jewish law. An example of this type is Steven Friedell's Some Observations on the Talmudic Law of Tort,¹⁵ RUTGERS L.J. 897 (1984). (Anglo-American Periodicals Collection) or MEDICINE AND JEWISH LAW, edited by Fred Rosner (Treatise Collection BM538.H43 M43 1990).

Tradução

Existem vários tipos desses tratados contemporâneos. Primeiro, há tratados gerais, abordando todo o corpo da lei judaica em geral. Um exemplo deste tipo, e, de longe, o recurso mais valioso na realização de pesquisas na lei judaica, é o livro "Lei Judaica: História, fontes, princípios (International Collection BM520.5.E4313 1994)" de Menachem Elon. É uma obra de quatro volumes, que é essencial para qualquer realização de pesquisa jurídica judaica. O segundo tipo de tratado é sobre assuntos específicos, abordando questões particulares no sistema jurídico judaico ou uma área de assuntos gerais da lei judaica. Um exemplo desse tipo é o livro "Algumas Observações sobre a lei talmúdica", de Steven Friedell, Tort 15 RUTGERS LJ 897 (1984). (Coleção de Periódicos Anglo-Americanos) ou MEDICINA E A LEI JUDAICA, editado por Fred Rosner (Coleção Tratado BM538.H43 M43 1990).

O estudo do direito talmúdico tem uma vasta abrangência e é tratado com importância também em outras universidades, além da University of Miami. Várias conferências são realizadas, inclusive em Harvard, sobre o assunto como se pode verificar a seguir:

2004-2005

Conference Dedicated to the Legal Heritage of Moses Maimonides, June 1-3, 2004, Sponsored by the Gruss Chair of Talmudic Civil Law, Harvard Law School; the Institute of Jewish Law, Boston University School of Law; and the Faculty of Law, Hebrew University of Jerusalem, through the Israel B. Greene and Sara Mann Greene Fund for Equity Studies.

Conference on Halakhah and Aggadah, May 22-24, 2005 Sponsored by the Gruss Chair of Talmudic Civil Law, Harvard Law School; the Program in Jewish Law and Interdisciplinary Studies, Benjamin N. Cardozo School of Law; and Albany Law School.

Tradução

Conferência dedicada ao patrimônio jurídico de Moisés Maimônides, 01-03 junho de 2004, Patrocinado pela Cátedra Gruss de Direito Civil talmúdico, Harvard Law School, o Instituto da Lei Judaica, Escola de Direito da Universidade de Boston e da Faculdade de Direito, da Universidade

⁴⁶Ibidem.

Hebraica de Jerusalém, através do B. Israel Greene e Mann Sara Greene Fundo para Estudos da Equidade.

Conferência sobre Halachá e Aggada, Maio 22-24, 2005, Patrocinado pelo pela Cátedra Gruss de Direito Civil talmúdico, Harvard Law School, o Programa na Lei judaica e Estudos Interdisciplinares, N. Escola Benjamin Cardozo de Direito e Faculdade de Direito de Albany.

Além das conferências, Harvard possui corpo docente⁴⁷ qualificado no assunto, e publicação jurídica sobre o tema⁴⁸. Pois o *Talmud* possui uma vasta gama de institutos jurídicos que possibilitam uma simbiose bastante pertinente com a realidade.

Dentro dessa esteira do dano moral, a noção de reparar o dano tentando equalizar os dois polos, como previa a *Lex Talionis*, foi substituída por uma noção de que o dano causado deveria ser recomposto, e não ser o causador de outro prejuízo, pois de nada adiantaria incapacitar outra pessoa para trabalho o (como seria o caso, por exemplo, da pena era aplicada quase sempre nos casos de aleijamento).

Logo, é possível trazer para dentro do sistema jurídico atual essas ferramentas de grande valia. Para o *Talmud*, no Tratado *Baba Kama*, conhecido como o “primeiro portão”, o capítulo *Hachovel*, que significa “o que prejudica”, exemplifica quais seriam os pontos que o agente deveria indenizar quando causasse um ferimento ou dano.

O *Talmud* propõe uma indenização em cinco pontos: *Nezek*, que seria o dano real; *Tzar*, o sofrimento, que também se utiliza de padrões mais objetivos e específicos; *Ripui*, que seria todo gasto com despesas médicas, *Boshet*, a vergonha sofrida; *Shevet*, que se assemelha ao instituto do lucro cessante⁴⁹.

Existe um binômio muito complicado quando se tenta quantificar todos esses danos que parecem ser tão subjetivos. E tentar tabelá-los seria uma aberração jurídica. Mas, da mesma maneira, não utilizar parâmetros específicos para valorá-los pode proporcionar um resultado igualmente aleatório. No entanto, deve-se sempre buscar um equilíbrio entre os dois extremos, com o intuito de manter a almejada segurança jurídica.

⁴⁷ **Adiel Sheremer Harvard Law School.** Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/index.html?id=1032>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

⁴⁸ Harvard University Press, Disponível em: <<http://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674474956>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

⁴⁹ HADASH, Vilna. **Talmud Babilônico tratado de Baba Kama.** Jerusalém, Vilna, 2009. p. 83.

Essa dificuldade também existe quando se tenta valorar o dano causado pelo sofrimento e pela vergonha e, por conseguinte, o dano em si. À medida em que saem de cena padrões objetivos, que podem ser definidos pelos gastos realizados (como as despesas médicas), mais difícil se torna a questão.

3.1 O dano no *Talmud*

Dessa forma, neste capítulo serão analisados quais são os padrões utilizados pelo *Talmud* babilônico para o ressarcimento do dano (material e imaterial), e em especial quais são os padrões objetivos que possibilitam quantificar de maneira mais precisa os danos imateriais.

O *Talmud* consiste em 63 capítulos dentro de seis categorizações ou tratados. O capítulo de *Baba Kama* (primeira portão) está contido no *seder Nezikim* (a ordem das leis sobre delitos e danos). Os escritos da *gemara* fornecem 5 pontos a serem observados para o cálculo de qualquer dano. E, além de elencar, apresentam padrões que devem ser levados em conta no cálculo.

Os cinco Fundamentos da Responsabilidade são⁵⁰: dano adequado (*nezek*); paralisação de trabalho (*shevet*); custo de cura (*ripui*); dor (*tzar*); vergonha (*boshet*). Esses elementos “dissecam” o fenômeno do dano em suas várias componentes, e podem (e normalmente são) usados cumulativamente para descrever e orientar a quantificação de um mesmo evento-dano.

Lidando com essas categorias, a *gemara* *Baba Kama* (Primeiro Portão), página 83b, primeiramente discute por que a regra literal do “olho por olho”, exemplificada na *Lex Talionis*, deve ceder à lei mais humana de indenização em dinheiro, referindo-se à passagem de Levítico 24:17 e seguintes.

O ferimento de um homem é tratado (comparado) como o ferimento de um animal. Argumenta-se que, como é feito um pagamento monetário para o ressarcimento do dano no animal, então o mesmo pagamento deve ser feito pelo dano no homem, exceto no caso especial em que o homem é morto (homicídio), na medida em que o Legislador diz (Números 31.): “vós não aceitareis resgate pela vida de um homicida”, o que mostra que, para o assassino não há resgate ou satisfação pecuniária, extrapolando, portanto, a reparação civil.

⁵⁰ HADASH, Vilna. **Talmud Babilônico tratado de Baba Kama**. Jerusalém, Vilna, 2009. Cap. 8.

Seguindo o mesmo raciocínio, se um cego retirar os olhos de um homem que possui a visão, o que pode ser feito para a pessoa condenada na forma de restituição? A priori, levando-se em consideração a restituição como forma de retornar ao status quo ante, o problema seria enfrentado da mesma forma descrita acima, quando se trata de dano moral, que deve ser ressarcido financeiramente. No entanto, a Lei diz: “tereis uma forma da lei” (Levítico 22), que tradicionalmente se interpreta como a negação da possibilidade de o código ser silente nessas situações.

Portanto, a reparação deve ser julgada, e sua restituição deve ser em dinheiro. Isso vale tanto para os casos de danos materiais, em se tratando de restituição ao patrimônio ofendido, quanto para as hipóteses de danos imateriais, quando o bem atingido é a honra. Além disso, o termo citado na legislação é o vocábulo “Tahat” (para, em lugar de) que é aplicado aos animais (denotando uma restituição financeira), como está expresso em “certamente pagará boi por boi” (Êxodo 36). E, novamente, o mesmo vocábulo é utilizado na tão famosa máxima “olho por olho, dente por dente”. Na segunda frase, “olho por [em lugar de] olho”, percebe-se também a mesma lógica de restituição financeira.

Como a interpretação de “olho por olho” é estabelecida como referindo-se a compensação monetária, segue-se a mesma lógica nas demais frases expressas no texto legal, “contusão por contusão”, “ferida por ferida” e seguintes. Da mesma forma, será com pagamento em dinheiro a restituição pela dor sofrida e os demais requisitos elencados. Isso vale tanto para dano material como imaterial. A mesma posição é reforçada pela passagem em Deuteronômio, 28 e 29, que descreve a situação em que alguém seduz uma menina não desposada e se deita com ela. Como pena, esse indivíduo é multado porque “ele a humilhou”.

Os elementos separados de responsabilidade são:

3.1.1 Dano adequado (*Nezek*) e sua apreciação

Quanto uma pessoa deve ser compensada por danos? A *mishna* diz que o dano é avaliado pelo cálculo entre a diferença de dois valores: o quanto a pessoa ferida teria valido como um escravo no mercado antes da lesão e quanto teria passado a valer depois dela (o que reflete, no quadro jurídico-econômico contemporâneo, a redução na capacidade de trabalho). Essa diferença representa a responsabilidade por danos adequada (*Nezek*). Mas se o resultado da lesão tivesse

sido a de tornar sua vítima surda, ele é considerada como tendo perdido totalmente sua capacidade laborativa, o seu valor no mercado de trabalho, e o dano é, portanto, igual a todo o seu valor anterior.

Transpondo para os dias atuais, em se tratando de dano (o dano puro e simples, previsto pelo *Talmud*⁵¹) deve-se levar em consideração a diminuição da capacidade laborativa e também o trabalho que a pessoa atingida desempenha. Leva-se em consideração a capacidade e a possível obtenção de lucros com ela. Logo, o pé de um jogador de futebol famoso vale mais do que o pé de um escritor, pois a perda do membro inferior para o atleta representa a perda total de sua capacidade laborativa específica. Enquanto que para o escritor, o prejuízo financeiro é menor, visto que existe a possibilidade de o escritor prover-se (com renda total), inclusive com o membro inferior danificado.

Neste sentido o *Talmud* se refere também à surdez. Na época, o surdo era considerado incapaz, pois perdia suas capacidades básicas de comunicação. Logo, não poderia dar, receber, ou executar ordens, além de permanecer, até certo ponto, alheio ao ambiente. A *guemara* exemplifica, com a surdez, a incapacidade, tanto na esfera laborativa como na esfera civil. Hoje em dia não se aplicaria esse caso específico, visto que existem várias maneiras de manter o indivíduo com surdez ativo, tanto no campo produtivo econômico, como capaz na esfera civil.

3.1.2 Interrupção de Trabalho (*shevet*)

A indenização proposta pelo *Talmud* para a interrupção do trabalho se assemelha ao lucro cessante proposto aqui no Brasil⁵². Mas, diferentemente do instituto brasileiro, em que o ofendido receberia seu salário integral, o *shevet* proposto pela *mishna* permite ao homem ferido seu salário apenas como um “trabalhador comum”, isto é, um salário que ele poderia ganhar em sua condição de “deficiente” (assemelhando-se a programas assistenciais), pois já lhe foi pago o valor de seu “olho” ou o valor devido pelo seu dano, pois a ação indenizatória é proposta e o dano é pago de uma só vez, após o prejuízo ser feito.

Os juízes estimam a perda de tempo para o ofendido desempenhar suas atividades de maneira completa, devido a sua lesão, e essa estimativa deve ser

⁵¹ HADASH, Vilna. **Talmud Babilônico tratado de Baba Kama**. Jerusalém, Vilna, 2009. Cap. 8.

⁵² *Ibidem*.

paga de maneira integral juntamente com o *nezek* supracitado, mais o cálculo de *shevet*, pelo tempo perdido como adicional⁵³.

3.1.3 Custo de cura (*ripui*)

A Lei talmúdica prevê uma espécie de cobertura dos custos de saúde, uma responsabilidade imposta a quem quer que cause prejuízo⁵⁴. Como está expresso na frase: “fará que ele seja completamente curado” (Êxodo. 19), a inferência é que a parte culpada deve pagar pelos serviços de um médico. Ele não pode oferecer seus próprios serviços, não importa qual possa ser a sua habilidade, nem pode evitar o desembolso de dinheiro por encontrar um médico que irá fazer o trabalho de cura gratuitamente.

Inúmeros casos podem surgir em consequência de um ferimento, e o custo da cura, inclusive destas moléstias derivadas do dano originário também recai sobre o agressor. Todavia, se surgirem enfermidades atreladas a outras causas, se exime da assistência o causador do dano.

Por exemplo, se o homem ferido ignorar as ordens de seu médico e voltar ao seu estado de quando debilitado, o custo de cura não será obrigação do ofensor. No caso em que a ferida desaparecesse e retornasse, o ofensor ainda estaria obrigado a manter os pagamentos devidos pelos gastos médicos, visto que somente se considera restituído o dano de cura com a recuperação total (cicatrização adequada e recuperação da capacidade laborativa de maneira proporcional ao dano). Ou seja, se for uma vez totalmente curado (literalmente, “à sua necessidade total”), a responsabilidade chega ao fim⁵⁵.

Situação bastante similar em relação ao Instituto Nacional do Seguro Social brasileiro. No Brasil o segurando continua recebendo assistência previdenciária, com a condição de manter o tratamento corretamente, sendo cessado o benefício com a desobediência do paciente.

O custo de cura pode existir sem qualquer um dos outros elementos de dano. Por exemplo, no caso em que o ofensor tenha jogado produtos químicos sobre o outro, danificando sua pele, sem causar-lhe dor, vergonha, humilhação ou qualquer

⁵³ HADASH, Vilna. **Talmud Babilônico tratado de Baba Kama**. Jerusalém, Vilna, 2009. Cap. 8. 85b.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem.

sequela permanente. Nesses casos, é seu dever para pagar o custo para o ofendido ter a pele e sua saúde curadas⁵⁶.

3.1.4 Dor (*tzar*)

Os fatores elencados até então, podem ser quantificados de maneira mais precisa, visto que a restituição pode ser valorada por meio de gastos financeiros realizados para a reparação elencada até então. No entanto, os que seguem possuem características mais difíceis de serem precisadas.

No caso da quantificação da dor, o *Talmud* propõe aos juízes perguntarem-se, primeiramente, quanto dinheiro o *homo medius* pediria em troca de submeter-se a dor. E, num segundo momento, estaria esse mesmo homem disposto a pagar para renunciar a dor. A medida anterior, embora nomeado na *mishna*, é considerada inadmissível na *gemara*, pois muitas pessoas não aceitariam todo o dinheiro do mundo para voluntariamente submeterem-se a dor. A última medida passou a ser considerada mais razoável. Os juízes deveriam dizer:

Suponhamos que o homem ferido por ter sido condenado a ter sua mão cortada, o quanto ele estaria disposto a pagar para tê-la retirada sob a influência de uma droga (um anestésico), em vez de tê-la rudemente cortada fora, e esse valor serviria para representar o dano⁵⁷.

Moisés Maimônides, um codificador da lei talmúdica na Idade Média, explicou os princípios sobre os quais estas compensações foram determinadas:

Uma pessoa pode ser extremamente delicada e mimada e rica, de modo que mesmo se lhe fosse dada uma grande soma de dinheiro, isso não a faria submeter-se voluntariamente nem mesmo a um pouco de dor. Outra pessoa pode ser endurecida e robusta, mas pobre, razão pela qual ela o faria voluntariamente por um zuz (moeda da época)⁵⁸.

3.1.5 Vergonha ou humilhação (*boshet*)

Para os doutrinadores, foi considerado de extrema importância evitar a vergonha de outra pessoa. Assim, eles procuraram impor responsabilidade por danos pessoais humilhantes, independentemente dos efeitos físicos.

Aqui é impossível estabelecer regras rígidas e imediatas, pois, como a *mishna* diz, “tudo depende de quem está envergonhando e quem é envergonhado” (ponto tangencial ao direito brasileiro que leva em consideração a capacidade do ofensor e

⁵⁶ HADASH, Vilna. **Talmud Babilônico tratado de Baba Kama**. Jerusalém, Vilna, 2009. Cap. 8. 85b.

⁵⁷ Ibidem

⁵⁸ The Code of Maimonides (1954). eBook.

ofendido). Acontece que dentro do *corpus* jurídico do *Talmud* não se leva em consideração apenas o aspecto econômico e sim a posição ocupada pelos agentes de maneira semelhante ao que ocorre com o assédio moral no âmbito do direito civil. Ou seja, ser humilhado por alguém que detém poder hierárquico seria uma ofensa mais grave, independente dessa hierarquia ser fruto de relação de trabalho, ou apenas social.

Para determinados atos de violência que envolvem pouca dor e sem invalidez permanente, com somente uma ofensa à honra subjetiva, os sábios fixaram uma escala de compensação monetária no tratado de *Baba Kama*. Lá estão elencadas várias formas de conduta, desde um golpe com o joelho, com o pé, tapas entre outros⁵⁹.

De acordo com Maimônides, em seu livro *Yad ha-Hazakah*, que comenta o capítulo oito, *hahovel* (o que prejudica), cada tapa, chute, ou ofensas semelhantes, inclusive com dano somente à honra subjetiva, deve ser cobrado em uma expressão monetária. Maimônides também diz⁶⁰ que essas verbas são destinadas a serem pagas na moeda do país. Essa indenização cobre apenas dor e vergonha: se a doença ocorrer, paralisação e cura têm que ser pagas separadamente.

3.1.6 Lesões não intencionais

Segundo a doutrina do *Talmud*, o fato de que o homem sempre é considerado responsável pelos seus atos de maneira integral, ou seja, responsável por suas ações, dormindo ou acordado, com intenção ou sem.⁶¹ Ainda assim, tal abordagem não chega a constituir uma exceção à regra do *in dubio pro reu*, pois ele somente será considerado culpado depois do devido processo legal.

Ele é responsável por perdas e danos somente se o ato foi praticado intencionalmente ou por negligência, não sendo responsável se o ato foi feito ou inconscientemente, ou por necessidade. Na situação em que um homem sobe uma escada, e um degrau cai sob ele e fere a outro, o primeiro é responsável; se o degrau não era forte o suficiente ou não bem definido (defeito no material que excluiria a culpa, no entanto a falta de cuidados para manutenção, obrigaria a

⁵⁹ HADASH, Vilna. **Talmud Babilônico tratado de Baba Kama**. Jerusalém, Vilna, 2009. Cap. 8. 27b.

⁶⁰ HADASH, Vilna. **Talmud Babilônico tratado de Baba Kama**. Jerusalém, Vilna, 2009. Cap. 8. 36b.

⁶¹ HADASH, Vilna. **Talmud Babilônico tratado de Baba Kama**. Jerusalém, Vilna, 2009. Cap. 8.

indenizar), o agente não responderia. Já se o degrau era forte e bem definido, o dano é considerado como providencial.⁶².

⁶²“Yad”, HobeI, iv 3, 4, baseado em HADASH, Vilna. **Talmud Babilônico tratado de Baba Kama**. Jerusalém, Vilna, 2009. Cap. 8. 28.

CONCLUSÃO

Como foi proposto, o presente trabalho procurou identificar a razão das dificuldades encontradas pelo sistema jurídico brasileiro para oferecer aos magistrados ferramentas que lhes permitam quantificar, de maneira uniforme e coerente, os casos de dano moral, sem cair, por um lado num tabelamento rígido das hipóteses de dano e nem, por outro lado, sem deixar os julgadores ao desabrigo de critérios mais objetivos que defendessem o sistema jurídico da subjetividade e da variação descabida das decisões sobre dano moral.

Identificadas as dificuldades que o Direito brasileiro encontra para resolver a questão, tentou-se mostrar como e por que um sistema jurídico realista, como o *Talmud* pode oferecer uma saída tanto para as o problema de abordagem das matrizes hermenêuticas que se contrapõem na discussão jurídica brasileira quanto para as situações concretas em que pode ser necessário quantificar o dano moral, atentando, sistematicamente, para as semelhanças essenciais entre os casos análogos (que é uma das fragilidades da proposta subjetivista) e, da mesma forma, para as diferenças que podem existir entre uma situação e outra e que não são facilmente captáveis em soluções mais “mecânicas”, como as tabelas de quantificação de dano moral (apresentadas como a solução positivista para o problema). Diante disso, é possível verificar a importância para o ordenamento como um todo à oferta de critérios como os elencados pelo direito talmúdico, trazidos no presente trabalho. As decisões não podem ser embasadas apenas em leis abertas ou critérios que não forneçam balizamento para se lograr uma segurança jurídica.

O debate insolúvel entre a rigidez da lei e a abertura a elementos hermenêuticos vindos de toda sorte de fontes é uma das aporias a que chega o sistema jurídico moderno, de inspiração iluminista. Da mesma forma que a filosofia kantiana exclui da preocupação filosófica imediata o objeto conhecido para focar nas condições cognitivas do sujeito (num caminho que acabará por levar às correntes filosóficas do existencialismo e do desconstrucionismo, que negam a cognoscibilidade objetiva da essência dos objetos do mundo real para reduzir tudo à ação humana, num caso, ou à linguagem, no outro), o direito moderno também se deslocou da tentativa de conhecer as características objetivas da justiça que deve ser realizada em cada caso concreto para a tentativa, em um primeiro momento, de

conceber um sistema jurídico perfeitamente sofisticado, coerente e completamente autorreferencial capaz de deduzir, por simples operação lógica, as últimas conseqüências para cada caso concreto a partir das premissas gerais e abstratas fixadas na lei fundamental. Em um segundo momento, diante da incapacidade de realizar um sistema formal de tamanha complexidade abarcar os conflitos que surgem na sociedade, surgiu a crítica alternativista, que, de certa forma espelha, no campo do direito, a crítica desconstrucionista ao kantismo.

Todavia, quer se aposte radicalmente na possibilidade de se estabelecer um sistema jurídico (ou filosófico) perfeitamente lógico e autorreferente, quer se reconheça a impossibilidade dessa construção, com uma crítica que, afinal, derruba como fútil toda a capacidade humana de articular raciocínios, e que, portanto, vê na luta política, entendida schmittianamente, a única possibilidade de solução dos conflitos humanos, de qualquer maneira, ambas as correntes jusfilosóficas têm em comum o fato de considerar irrelevante para a solução dos conflitos a preocupação com a realidade de cada caso concreto e com a busca da justiça objetivamente cognoscível como finalidade do Direito. É interessante notar o quanto a modernidade, supostamente a “era das luzes”, parte da suposição de que o intelecto humano é incapaz de conhecer tanto coisas pequenas, como a realidade objetiva em cada caso jurídico concreto, quanto grandes, como a direção em que se deve seguir para buscar a justiça e, em virtude disso, acabe buscando quimeras como o sistema jurídico perfeitamente lógico e autorreferente ou, por fim, negando toda a possibilidade de arbítrio racional para as disputas humanas, deixando sua solução aos cuidados do mero exercício do poder dos “amigos” contra os “inimigos”.

Precisamente a aposta na possibilidade desse conhecimento objetivo é que caracteriza as fontes daquilo que a tradição ocidental produziu de mais alto, seja filosófica, seja juridicamente. Como foi acenado, tanto os maiores expoentes da filosofia grega, como Sócrates, Platão e Aristóteles, quanto os Direitos romano e judaico têm como objetivo distinguir, em cada situação concreta e na configuração geral da realidade aquilo que é verdadeiro daquilo que é falso, aquilo que é essencial do que é accidental, o que é justo do que é injusto, o que é oportuno do que deve ser evitado.

Nessa linha, é possível observar como o conhecimento das fontes clássicas que informaram todo o desenvolvimento da civilização e, portanto, do sistema jurídico do Ocidente, acabam sendo relegados a posições de menor importância no

estudo jurídico brasileiro. Na verdade, o ensino jurídico brasileiro pouco discute filosofia, praticamente abandonou o estudo do direito romano e sequer procura absorver as fontes judaicas. Isso é sob o pretexto de focar-se nas matérias técnicas, que serão “efetivamente” empregadas pelos operadores do direito. Observe-se, porém, como finalmente mesmo a área jurídica mais “pragmática”, como o Direito Civil, resente-se da deficiência desse conhecimento. A atenção a essas fontes não é nenhum preciosismo, mas uma exigência hermenêutica da prática jurídica do dia-a-dia, como reconhecem-no amplamente os currículos de centros importantes da ciência jurídica, como as tradicionais universidades norte-americanas citadas.

O *Talmud* Babilônico, em quase três mil anos e sessenta e seis volumes de leis e discussões jurisprudenciais, é, portanto, um exemplo de sistema jurídico que procura analisar cada fenômeno que deve ser tratado, descrevendo e discernindo seus vários elementos, o que pode ter grande valor como base para uma melhor estruturação da problemática enfrentada quando se tenta quantificar o dano moral em todas as suas facetas.

É obvio que a tarefa que se apresenta na quantificação é bastante árdua, visto que essa dosimetria específica do dano imaterial elencado sempre foi vista pelo Direito Civil como algo abstrato e intangível. Esse paradigma criado pela Constituição Federal, que elevou os direitos de personalidade, fez com que os civilistas deixassem de ver o Direito de uma maneira sistêmica. Apenas para relevar um exemplo dessa quebra de organicidade, vale anotar que, no âmbito do Direito Penal, que tutela bens jurídicos de elevada importância, não se questiona que haja regras para a quantificação (de maneira rígida, exata e inequívoca) das penas para a restituição à sociedade. Por que essas regras são, então, rejeitadas na seara do direito privado, que claramente lida com bens menos definitivos?

De qualquer forma, o que se busca é um equilíbrio, fazendo com que as balizas fornecidas pelo direito talmúdico sirvam como ferramentas para informar os magistrados em sua justa e liberdade de decisão, a fim de que as soluções encontradas para cada caso concreto estejam enraizadas mais nas características reais de cada fenômeno do que, por um lado, na rigidez de uma tabela ou, por outro, nas idiosincrasias do julgador. Observe-se que essa abordagem objetiva (nem legalista, nem subjetiva) é o único método que permite tratar sistematicamente todos os casos de forma semelhante e relevar as diferenças que devem separar os casos realmente diferentes. O positivismo estrito fica aquém da tarefa, reconhecendo

apenas aqueles critérios que a lei expressamente prevê. O subjetivismo vai muito além dela, permitindo a infiltração de elementos que não estão na realidade objetiva que está sendo julgada, mas que vêm de fontes estranhas não só ao fato concreto, mas também à lei que deve ser aplicada.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Órganon: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofísticas**. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2005.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Tradução: Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

CARVALHO, Olavo de. **Apostilas do Seminário de Filosofia: Da contemplação amorosa**. Transcrição de aulas gravadas do Seminário de Filosofia, revistas pelo autor. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/apostilas/amorosa.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2006.

_____. **Apostilas do Seminário de Filosofia: Inteligência e verdade**. Transcrição de aulas do Seminário de Filosofia por Luciane Amato, não revista pelo autor. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/apostilas/intver.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. **Aristóteles em nova perspectiva: Introdução à teoria dos quatro discursos**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

_____. **Edmund Husserl contra o psicologismo: Preleções informais em torno de uma leitura da Introdução às Investigações Lógicas**. Ainda não publicado.

_____. **O imbecil coletivo: atualidades inculturais brasileiras**. 4. Ed. Revista, Piorada e Insuportavelmente Aumentada. Rio de Janeiro: Faculdade da Cidade, 1997.

_____. **O império da vontade**. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/semana/060105jb.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. **O jardim das aflições: de Epicuro à ressurreição de César. Ensaio sobre o materialismo e a religião civil**. 2. ed. São Paulo: É realizações, 2000.

MARÍAS, Julián. **História da Filosofia**. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tradução: Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Giovanni. **Metafísica de Aristóteles: Ensaio Introdutório I**. Tradução: Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-6.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____ Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14200/a-imparcialidade-do-juiz-no-contexto-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 nov. 2012.

_____ Disponível em: <http://articles.baltimoresun.com/1991-04-12/news/1991102034_1_Talmud-lefkowitz-law-school>. Acesso em: 11 nov. 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 7.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomos XVI e XVII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.