

**RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL
POR DANO MORAL**

Marcelo Fortes Barbosa*

Princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade é aquele que impõe a quem causa dano a outrem, o dever de reparar, e que vem consagrado no artigo 159 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Teorias: doutrina subjetiva ou teoria da culpa, e, de outro lado, a doutrina objetiva, que faz abstração da culpa (responsabilidade sem culpa) e se concentra mais precisamente na teoria do risco.

Savatier¹ define a responsabilidade civil como a obrigação que pode incumbir uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

- responsabilidade civil/responsabilidade penal;
- responsabilidade contratual (artigo 1056, CC), em que, antes da obrigação de indenizar emergir, existe um vínculo jurídico derivado de convenção;
- responsabilidade aquiliana, também chamada extracontratual: não há vínculo jurídico anterior entre causador do dano e vítima, até que a ação daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar.

Pressupostos da responsabilidade civil (subjetiva):

- a) ação ou omissão do agente
- b) culpa do agente
- c) relação de causalidade
- d) dano experimentado pela vítima

* Desembagador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor no Curso de Pós-Graduação em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie e Professor Assistente Doutor do Departamento em Direito Penal da Universidade de São Paulo.

¹ *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2 ed. Paris, 1951, n. 1.

1. Generalidades sobre o dano e sua reparação

Indenizar significa tornar indene a vítima, ressarcir o prejuízo, cobrindo todo o dano por ela experimentado. Determina o artigo 1059, CC, que as perdas e danos derivados abrangem não só o dano emergente (tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu), como também o lucro cessante (tudo o que ela razoavelmente deixou de ganhar).

Henri de Page, citado por Caio Mário da Silva Pereira, define o dano, dentro da teoria da responsabilidade civil, como “um prejuízo resultante de uma lesão a um direito”. De tal sorte o dano está entrosado com a teoria da responsabilidade civil, que Aguiar Dias considera verdadeiro truísmo sustentar que não pode haver responsabilidade civil sem a existência de dano, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, “logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar”.

Como requisito do dever de reparação, no seu conceito não se insere o elemento quantitativo. Está sujeito a indenizar aquele que causa prejuízos matematicamente reduzidos, tanto quanto o que o cause em proporções elevadas. Mas, o prejuízo goza de função essencial quando se trata de medir a reparação, para aplicação do princípio da reparação integral.

Note-se que a reparação integral independe do grau de culpa do agente causador do dano, quer seja grave, leve ou levíssima.

O Anteprojeto do Código Civil de 1072, na primeira parte de seu artigo 1003, coloca em termos legais o que é entendimento unânime na doutrina, ao afirmar que “a indenização não se mede pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano”. O Projeto do Código Civil de 1975 alterou ligeiramente a regra, ao dispor, no artigo 980, que a indenização mede-se pela gravidade do dano.

2. Dano material/dano moral

Matéria da mais alta relevância era a que se encerrava na indagação se o dano moral deveria ser reparado, ainda quando não associado a dano material.

Danos morais, na definição de Wilson Mello da Silva, clássico monografista da matéria (*O dano moral e a sua reparação*, Rio de Janeiro, 1955, nº 1), “são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”. Trata-se de dano sem qualquer repercussão patrimonial.

Se a injúria assacada contra a vítima, em artigo de jornal, provoca a queda de seu crédito e a diminuição de seu ganho comercial, o prejuízo é patrimonial, e não meramente moral. Este ocorre quando se trata de reparação da dor causada à vítima, sem reflexo no seu patrimônio.

Para a determinação da existência do dano, como elemento objetivo da responsabilidade civil, é indispensável assentar que houve ofensa a um “bem jurídico”.

Optando-se pela definição do dano como toda ofensa a um bem jurídico, evita-se a restrição à patrimonialidade do prejuízo.

A matéria é polêmica. Se é certo que Pothier, Brinz, Keller, Chironi são adversos à reparação do dano moral, e se Giorgi e Dernburg somente admitem-na quando atinge a integridade do patrimônio, certo é, também, que corrente mais moderna aceita sem tergiversar a indenização do dano moral, puro e simples (Ripert, De Page, Gand, Givord, Martin Achard, Mazeaud, Savatier, Philippe Mallaurie, Alex Weill e François Terré, Jean Carbonier, Marty e Raynaud, e, entre nós, Beviláqua, Aguiar Dias, Wilson Melo da Silva, Silvio Rodrigues, Serpa Lopes, Alcino Salazar, Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo, Hahnemann Guimarães, Amilcar de Castro, e Caio Mário da Silva Pereira) (*apud* Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 54).

O fundamento da responsabilidade civil por dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. Savatier define-o como “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc.

Os adversários da reparabilidade do dano moral apegam-se ao argumento de que o sofrimento, a dor, a honorabilidade são inestimáveis, sendo heterogêneos em relação à pecúnia, e, portanto, não são indenizáveis.

Todavia, o ponto de partida para a sustentação do ressarcimento do dano moral está na distinção do que seja prejuízo. A dificuldade de avaliar, responde De Page, “não apaga a realidade do dano, e, por conseguinte, não dispensa da obrigação de repará-lo”.

Sob o aspecto da patrimonialidade, o conceito de reparação está adstrito ao étimo “indenizar”, que contém em si mesmo a idéia de colocar alguma coisa no lugar do bem lesado, ou seja, prover a vítima de algo equivalente ao que perdeu. Indenizar será, portanto, suprir em espécie ou pecuniariamente à vítima a perda que sofreu.

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 ao mal sofrido.

No dano moral, a estimativa pecuniária não é fundamental.

Quem sustenta que o dano moral é indenizável somente quando e na medida em que atinge o patrimônio está, na verdade, recusando a indenização do dano moral. É preciso convencer-se de que são ressarcíveis bens jurídicos sem valor estimável financeiramente em si mesmos, pelo só fato de serem ofendidos pelo comportamento antijurídico do agente. Como diz Wilson Melo da Silva, “na ocorrência de uma lesão, manda o direito ou a equidade que se não deixe o lesado ao desamparo de sua própria sorte”.

RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL POR DANO MORAL

Mazeaud e Mazeaud defendendo a reparação do dano moral, partem de que o vocábulo “reparar” não pode ser entendido na acepção restrita de refazer o que foi destruído; é dar à vítima a “possibilidade de obter satisfações equivalentes ao que perdeu; ela é livre para procurar o que lhe apraza”.

Não cabe, por outro lado, argumentar sejam incompatíveis os pedidos de reparação patrimonial e indenização por dano moral. O fato gerador pode ser o mesmo, porém, o efeito pode ser múltiplo. A morte de uma pessoa fundamenta a indenização por dano material na medida em que se avalia o que perdem pecuniariamente os seus dependentes. Ao mesmo tempo justifica a reparação por dano moral quando se tem em vista a dor, o sofrimento que representa para os seus parentes ou aliados a eliminação violenta e injusta do ente querido, independentemente de que sua falta atinja a economia dos familiares e dependentes.

Tratando o assunto casuisticamente, nosso Direito Positivo já formulava algumas hipóteses de reparação de dano moral, quando do ferimento resulta aleijão ou deformidade ou quando atinge mulher solteira ou viúva ainda em idade de casar (artigo 1538, CC); gravame imposto a uma mulher por defloramento, sedução com promessa de casamento, violência sexual (artigos 1548, 1549, CC); ofensa à liberdade pessoal (artigo 1550, CC) e a indenização por calúnia ou injúria (artigo 1547, CC) ou também, difamação, por via publicitária (Lei nº 4.117/62 – Código de Telecomunicações).

A resistência encontrada à teoria da reparação do dano moral, no Brasil, está em que não havia uma disposição genérica, no Código Civil. Admitindo-se, Clóvis Beviláqua, propugnador da indenização do dano moral, enxerga suporte legal na regra do artigo 76 e seu parágrafo do Código Civil, segundo o qual, para propor ou contestar uma ação, é suficiente um interesse moral.

O argumento, entretanto, não convence os opositores. Para Caio Mário da Silva Pereira, a indenização do dano moral repousa numa interpretação sistemática de nosso direito, abrangendo o próprio artigo 159, CC que, ao aludir à “violação de um direito”, não está limitando a reparação ao caso de dano material apenas. Não importa que os redatores do Código não hajam assim. A lei, uma vez elaborada, desprende-se da pessoa que a redigiu. A idéia de “interpretação histórica” está cada dia menos autorizada. O que prevalece é o conteúdo social da lei, cuja hermenêutica acompanha a evolução da sociedade e de suas injunções (LICC, artigo 5º). Nesta linha de raciocínio, Caio Mário busca amparo na lição de Chioroni, de que a expressão genérica emitida pelo Código Civil Italiano, ao se referir a “qualunque danno” pode ser interpretada como abrangendo “la responsabilità ordinata dei danni materiali e di morali”.

A Constituição de 1988 veio a pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. O artigo 5º, inciso X, dispôs: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. A reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo, a enumeração é meramente exemplificativa, sendo ilícito aditar-se outros casos.

No mesmo sentido, a Lei de Proteção ao Consumidor (Lei nº 8.078, 11/9/90) assegura a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivo e difusos (artigo 6º, VI).

Incorporado que está o princípio da reparação por dano moral, em nosso direito positivo, cabe estabelecer critérios, em que deva o juiz basear-se. Recai-se, freqüentemente, no *arbitrium boni viri* do juiz.

O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, própria da indenização do dano material, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (Aguilar Dias).

A vítima deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Se é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, suas más condições não o eximem do dever ressarcitório. O fator patrimonial é apenas um dos vários a serem ponderados.

Quanto à evolução da jurisprudência brasileira, a tese vencedora era a que proclamava a irressarcibilidade do dano moral, inclusive no STF (RF 138/452, cuja ementa é a seguinte: "Não é admissível que os danos morais dêem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material").

Hipótese freqüente era a que tratava da indenização devida aos pais pela morte de filho menor. Os pronunciamentos dos tribunais brasileiros, contrários ao referido ressarcimento por dano moral, era o de que o artigo 1537 do Código Civil previa apenas o pedido de reembolso das despesas de tratamento, luto e funerais, e, como o menor não devia prestação alimentícia a seus pais (também prevista no artigo 1537), o pagamento de qualquer outra cifra seria indenização por dano moral, inadmitida na lei positiva (Arquivo Judiciário 60/230; RF 93/506; RT 176/229; RF 94/477 e 101/79).

Posteriormente, admitiu-se indenização quando o menor trabalhasse; todavia, não se cogitava de dano moral, mas de dano patrimonial (RT 226/204).

A evolução prosseguiu, no sentido de admitir-se indenização em caso de homicídio de filho menor, mesmo quando este não trabalhasse e mesmo quando se tratasse de criança de tenra idade, vindo a gerar a Súmula 491, STF do seguinte teor: "É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado".

O acórdão relatado por Aliomar Baleeiro constitui, ao que parece, o *leading case* em matéria de ressarcimento de dano moral (RTJ 39/38). Versava a hipótese sobre acidente de ônibus donde resultou a morte de dois irmãos, com 10 e 4 anos, e o pai reclamava indenização excedente às despesas de funerais e luto.

RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL POR DANO MORAL

A tese da reparabilidade do dano moral, sem qualquer ressalva, sem nenhuma divergência, e sem entrar em justificativas que implicassem em restrições à sua admissibilidade, foi proclamada em acórdão unânime do Tribunal Pleno, relatado pelo ilustre Moacyr Amaral Santos (RTJ 56/733), orientação reafirmada em outras decisões do Pretório Excelso (RTJ 57/786; 62/102; 62/255).

E julgado unânime da 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido na Apelação Cível nº 250.863, j., em 29 de abril de 1976, com a seguinte ementa: “O nosso Código Civil admite o ressarcimento do dano exclusivamente moral”.

Em outras decisões, o STF parece ter dado um passo atrás, retornando à posição da irressarcibilidade do dano moral (RTJ 92/749 e 92/886).

Indenização – Dano moral – Protesto cambiário indevido – Procedência – Autora que arcou com descrédito econômico e conseqüente perda da confiança pública na capacidade de cumprir suas obrigações negociais – Garantia de ressarcimento expressa no artigo 5º, X da CR/88 “Quantum” arbitrável (artigo 1553 do CC), eis que não há critério objetivo para seu cálculo – Fixação em 100 (cem) vezes o valor do título, corrigido desde a data do protesto e juros de mora desde a citação – Rec. Parcialmente provido. (Ap. Civ. nº 131.663-I – Taubaté, 2ª C. Civil, Des. Cezar Peluso, 16.04.91)

“Indenização – Crime contra a honra – Injúria – Ocorrência Publicação em jornal do nome do autor como condenado por prevaricação – Pretendida a reparação por dano moral e à imagem – Admissibilidade violação ao artigo 5º, X e LVII da CR/88 – Hipótese, ademais, em que ao tempo da publicação o réu já havia sido absolvido – Ação procedente.” (Ap. Civ. nº 142.455-1/6 – 1ª C. Cível – rel. Des. Álvaro Lazzarini – v. u., 22.10.91, SP).

“Ação Indenizatória por dano moral – Ato unilateral do banco que não respeitou o pactuado no “contrato de abertura de crédito para atender eventual reforço em conta corrente,” com prorrogação automática do ajuste a cada quatro meses, e sem avisar o autor da rescisão, devolveu cheque seu por falta de provisão de fundos. O banco estomou a multa, mas negou a carta de retratação ao autor, agravando sua situação junto a terceiros. Reparação devida pela violação do dispositivo do artigo 5º, X, CR/88. Recurso provido. (Apelação Cível nº 113554-1 – 8ª C. Cível – Rel. Des. José Osório – v. u. – SP – 12. 09. 89).

“Responsabilidade Civil. Condenação e prisão criminais. Erro judiciário. Dano material e dano moral. Cumulabilidade. Se há dano material e dano moral, como objetos distintos de reparação, esta é devida a cada um deles, ainda que provenham ambos do mesmo fato. Tal cumulabilidade só não cabe nas hipóteses em que, a pretexto de indenizar-se dano material, o fundamento da restituição é, em substância, a só existência do dano moral”.

“Responsabilidade Civil. Erro Judiciário. Dano moral. Indenização devida. Arbitramento. Juízo prudencial. A indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e no atentado, o autor da ofensa”. (Apelação Cível 143413-1/2 – SP 2ª C. Civil – rel. Des. Cezar Peluso, j. 05.11.91).

“O acórdão consigna ainda: “A Constituição da República é, hoje, expressa no garantir a indenizabilidade da lesão moral (artigo 5º, inciso X), independente de estar, ou não, associada a dano ao patrimônio físico”

3. Dano à imagem

A impressão que se tem a primeira vista desta palavra imagem é que seria uma imagem de comunicação. Seria o termo a imagem comunicativa.

A expressão imagem, todavia, tem várias acepções. A acepção mais correta da expressão imagem, pelo menos quando se relaciona com a expressão dano, é reputação, quando se fala de dano à imagem, está-se falando de dano à reputação.

O que é reputação? Porque imagem, num sentido amplo, abrange até imagem do planeta terra, agora a imagem específica ao ser humano, está vinculada à reputação.

O que é reputação? Qual o vínculo que essa expressão reputação tem?

Reputação é a honra objetiva, é o conceito que a comunidade faz de uma pessoa.

O que é honra?

Segundo ensina Manoel Pedro Pimentel, na sua Legislação Penal Especial no Tratado de Imprensa, honra é o conjunto de atributos que exortam uma pessoa humana. Atributos que pertencem a pessoa humana, e diz mais, a honra se divide em honra objetiva e honra subjetiva.

A honra objetiva é a reputação.

Reputação é o conceito que a comunidade faz do ser humano, é o conceito que a pessoa goza no seio da comunidade.

Comunidade tomada no sentido geral da sociedade, não como grupo social menor, mas como sociedade aberta.

Nesta sociedade a imagem do agente é sua reputação, sua honra objetiva. Ao passo que a honra subjetiva é o conceito que nós fazemos de nós mesmos.

A honra subjetiva se divide em dignidade e decoro.

A dignidade é o conceito que nós fazemos de nós mesmos em um aspecto mais íntimo, nós temos dignidade na medida que nós nos respeitamos. É o auto-respeito.

O decoro é o conceito que nós fazemos de nós mesmos diante dos outros, ou seja, da comunidade. Veja diferença entre decoro e reputação.

Reputação é o conceito que a comunidade faz de nós.

O decoro é o conceito que nós fazemos de nós mesmos diante da sociedade. Por exemplo, seria ofensivo ao decoro estar nesta sala de aula vestido de havaiano dançando rumba, isto porque eu, velho professor, não estaria me respeitando. Talvez esta atitude fosse a imagem adequada para um navio de turismo, Eugênio C, e não para uma sala de aula.

Reputação todas as pessoas tem. É o conceito que a sociedade faz de nós, tem aspecto mais abrangente que a dignidade e o decoro, por isso é mais importante como imagem.

A reputação atinge, também, as pessoas jurídicas e não somente as pessoas físicas.

Assim, por exemplo, o BRADESCO tem uma reputação. Na época da ditadura militar, espalhou-se um boato de que o BRADESCO iria quebrar, este boato ocasionou uma grande corrida ao banco que só não quebrou por ser um banco muito

RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL POR DANO MORAL

forte, é o maior da América Latina. E, conseqüentemente, não havia como quebrar. Desta forma, foi feito um ataque a sua reputação.

É muito comum na praça, principalmente no sensível mercado empresarial, quando o Presidente da República, ou o Ministro da Fazenda ou do Parlamento faz alguma declaração não apropriada, provocar-se grandes confusões e corridas na bolsa de valores. Qual o motivo disto? Isto ocorre porque ataca-se a reputação dos mecanismos financeiros pela via reflexa.

Quais são os crimes que o Código Penal relaciona com a honra?

São eles: calúnia, injúria e difamação.

Existe um outro crime, que na legislação brasileira figura como crime contra a administração da justiça, é a denunciação caluniosa, que é uma espécie de calúnia qualificada que vem prevista no artigo 339 do Código Penal.

A diferença fundamental entre a calúnia e a denunciação caluniosa é que esta é crime de ação pública.

O Código Penal prevê, nos artigos 138, 139 e 140, a calúnia, a injúria e a difamação.

Já a Lei de Imprensa, Lei nº 5250, prevê a calúnia, injúria e difamação nos artigos 20, 21 e 22.

As definições legais são as mesmas.

Em primeiro lugar, devo acrescentar, dentro deste conceito de honra, que nós adotamos que a calúnia é a imputação falsa de um crime. E pela sua maior objetividade jurídica, a calúnia é o mais grave dos crimes contra a honra, atingindo não somente a honra objetiva como a subjetiva.

No momento que você calunia alguém esta pessoa se sente ofendida na sua dignidade, se realmente não deve nada, e neste momento você atinge sua reputação.

Porque nós sabemos que o Direito Penal tem vinculações dogmáticas, ou seja, vinculações religiosas e estas atingem o homem, o ser humano, ao ponto de determinar neste ser humano a infâmia em decorrência da prática do crime. Neste momento é atingida, também, a honra subjetiva, porque a imputação fere a dignidade.

Sabe-se muito bem que não é um problema brasileiro, mas mundial a dificuldade do egresso, do sujeito que sai da cadeia para conseguir emprego. Na Alemanha e na França a dificuldade é muito grande e isto torna-se um fator de reincidência. Mais da metade dos criminosos que estão na Casa de Detenção são reincidentes, há uma série de fatores relacionados com a reincidência e um deles é a "rejeição do egresso". A dificuldade que o agente tem para arrumar emprego é um fenômeno mundial e não social, é um fenômeno mágico.

Há uma auréola de infâmia no egresso. O cidadão sai da cadeia e apresenta a carteira de liberado e a partir daí começa a ser visto com maus olhos, ainda que tenha sido preso por um crime de pequena expressão.

Por isso a calúnia, por envolver imputação falsa de crime, admite a exceção da verdade para que o caluniador prove que está falando a verdade, eis que a exceção da verdade é uma espécie de reconvenção penal. É a única modalidade de

recovenção penal que se conhece, porque a acusação de imputação falsa de um crime é infamante, ofende a honra objetiva (reputação) e a subjetiva (dignidade).

O crime de difamação na Alemanha e Espanha não é considerado crime autônomo, é uma modalidade de injúria. A diferença entre a injúria e a difamação é que na injúria temos a atribuição de uma qualidade negativa ao agente, e na difamação temos a imputação de um fato desonroso, porém, não criminoso.

Trata-se não de fato criminoso, mas de um fato desonroso não criminoso. Esse fato desonroso ofende a honra objetiva, não adiantando argumentar que na difamação, sendo o fato verdadeiro, pode-se entrar com a exceção de notoriedade ao fato imputado. Realmente é possível. O réu vai ser absolvido, se o fato for notório, embora seja verdadeiro. O réu será condenado se o fato não for notório, embora verdadeiro.

Suponhamos que um funcionário acuse o diretor da multinacional de homossexual ou fale que seu chefe é bêbado, são fatos desonrosos à reputação, porém, não são crimes. São fatos verdadeiros, mas não notórios. Então ele será condenado por difamação porque não pode ofender a reputação alheia.

A injúria é uma ofensa a honra objetiva, é a atribuição de uma qualidade negativa, é uma das armas usadas na política sob a capa de “animus jocandi”.

Injúria é chamar alguém de canalha, não é possível provar, a palavra canalha é insusceptível de fragmentação probatória e o mesmo ocorre com a palavra cachorro, ou reacionário, ou retrógrado.

Conclui-se, logo, que na injúria a prova da verdade inexistente.

Na Lei Penal só existe exceção da verdade para a calúnia e a difamação, porque na calúnia, se for verdadeiro o fato imputado à vítima, esta deixa de ser vítima e passa a ser réu.

Por exemplo, você roubava tanto que montou uma papelaria com o material da Secretaria da Fazenda. Se se provar que é verdade o cidadão será réu, respondendo por peculato. Cabe exceção da verdade porque trata-se de imputação de crime.

Na difamação só cabe exceção da verdade quando a vítima for funcionário público, pois o fato, embora não criminoso, interessa ao Estado demitir pessoas que tenham atitudes desonrosas.

Por exemplo, chefe de gabinete manteve relação sexual dentro da sala com secretária, embora ambos fossem solteiros. Responderão a processo administrativo, porque não é o local adequado para tal coisa.

A exceção da verdade, no Código Penal, é cabível na calúnia e na difamação e não na injúria.

Diferença entre denúncia caluniosa (artigo 339, CP) e calúnia, injúria e difamação.

A diferença é que a denúncia caluniosa é uma calúnia qualificada. Leva-se ao conhecimento do juiz, do promotor ou do delegado o fato. Uma coisa é falar para uma pessoa do povo qualquer, outra é falar para um juiz, promotor ou delegado.

A diferença fundamental, portanto, está no modelo de ação penal, no modelo de processo. Nos casos de calúnia, injúria e difamação o processo é feito, basicamente, através de queixa privada.

RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL POR DANO MORAL

A exceção da verdade é relacionada com o Presidente da República, chefe de Estado estrangeiro e, eventualmente, ao funcionário público no exercício de suas funções, que podem representar o Ministério Público pedindo ação penal. Só o Presidente da República pode movimentar o Procurador Geral da República e pedir que ele, por exemplo, processe o ofensor no caso de um Chefe de Estado estrangeiro, estando no país, ter sua honra ofendida. Isso ocorreu quando, em visita ao Brasil na década de 70, o ditador chileno Pinochet foi ofendido por um deputado brasileiro no Congresso Nacional.

A ação penal é pública somente nos casos do Presidente da República, Chefe de Estado estrangeiro e funcionário público, no mais, seja pessoa física (difamação, injúria e calúnia) seja pessoa jurídica (difamação) a ação é privada por meio de advogado.

Por que a ação é privada (queixa)? Porque sendo a honra um bem personalíssimo, somente a pessoa atacada em sua honra deve saber se, efetivamente, foi ofendida ou não, isto porque os valores variam de pessoa para pessoa. Ex.: chamar um esportista de “garanhão” não é o mesmo que chamar um bispo.

O problema do dano do Direito Brasileiro.

Temos dois momentos.

Até a Constituição Federal de 1988 não havia reparação pelo dano moral, só se podendo entrar com procedimento por dano moral havendo prejuízo material, ou seja, sem comprovação do prejuízo material não haveria dano moral. O dano moral isolado não tinha conotação, só caberia ação de dano moral se a pessoa tivesse perdido o emprego, por exemplo.

No Direito Americano, anglo-saxão, sempre houve reparação por dano moral, sendo o mesmo autônomo há muito tempo, sem vinculação ao prejuízo material. Vigem, neste país, o princípio da oralidade.

A Constituição Federal de 1988 admitiu, expressamente, o dano moral autônomo.

A velha discussão de que se a calúnia é crime de perigo ou de dano, hoje pende para definir-se como crime de dano. A vinculação da calúnia ao dano é o reconhecimento do dano moral como crime. Porque o Código Penal prevê o crime de dano (artigo 163) como crime contra a propriedade material. Aliás é interessante que se saliente que crimes contra o patrimônio no Código Penal não são somente aqueles contra a propriedade.

O patrimônio é mais abrangente que a propriedade. Existe dentro dos crimes contra o patrimônio os crimes contra a propriedade, que são os crimes de dano (usucapião/esbulho) protetores da propriedade material e não moral.

O dano moral, atualmente, vincula-se à imagem de ressarcimento e reparação.

Os crimes contra a honra atingem e provocam o dano moral, especificamente a calúnia e a difamação, já que, no caso da injúria, esta não pode ser considerada crime de dano na acepção última da palavra.

Existe esta desvinculação do dano moral do artigo 163 do Código Penal, que trata do crime de dano material e há necessidade de vincular-se o dano moral à calúnia, injúria e difamação.

Pergunta-se. Como fazer para reparar o dano moral? Havendo processo crime a situação é diferente da inexistência dele.

4. Responsabilidade civil

O dano, no Brasil, quer moral ou material, para fins de indenização tem duas acepções.

- 1) O Brasil não tem sistema unitário como na Itália, onde o juiz criminal já aplica a indenização, ao contrário, o sistema utilizado por nós é o biforme, no qual existe um juiz criminal e um civil.

Artigo 1525, CC:

“A responsabilidade civil é independente da criminal, não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

Ocorre que, o Código de Processo Civil estipula duas hipóteses:

- a) ação ordinária de reparação de dano;
 - b) ação executiva, caso de condenação. A expressão que a lei usa “promover a execução”, significa que a sentença condenatória é título executivo, não se discutindo se deve, mas quanto se deve, pois já se admitiu que deve.
- 2) A ação para ressarcimento de dano poderá ser proposta no juízo cível contra o autor do crime se for o caso. Esta ação é ordinária e demora para terminar, em média quatro anos, também é sujeita a correções sucessivas, juros moratórios, recálculos e discussão do mérito.

Desta forma, a sentença condenatória criminal transitada em julgado é muito mais interessante porque obriga a indenização imediata, havendo a sentença condenatória criminal, pode-se ingressar com ação reparatória.

O grande problema da reparação do dano, principalmente do dano moral, é a nossa formação.

Nas Ordenações Filipinas dizia-se que ninguém poderia exigir reparação por morte de parente, isto porque a via criminal já significava uma forma de reparação.

Por seu turno, a tradição católica-cristã ataca o lucro, vinculando a idéia de reparação de dano ao patrimônio. Mistura-se, assim, a responsabilidade moral com a indenização em dinheiro, ora, assim a honra seria um bem inegociável.

Acontece que o cerne da questão não é negociar a honra, mas fazer com que o “falador indecente” sofra as conseqüências da sua maldade.

Existem casos de responsabilidade objetiva no Direito Civil, decorrentes da chamada “Teoria do risco”, na qual a idéia de dano vincula-se ao prejuízo. No Direito Civil há a obrigação de pagar a indenização.

No Direito Italiano, Giuriatti, apregoava que o dolo é a vontade livre e consciente de danificar, podendo ser genérico e específico.

RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL POR DANO MORAL

Genérico seria a vontade livre e consciente de danificar.

Específico se essa vontade viesse acoplada ao fim de prejudicar.

Hoje, a doutrina entende que o dolo é genérico e não específico, pois o fim de prejudicar está implícito, não podendo separar-se dano de prejuízo. Dano é contínuo e prejuízo conteúdo.

Pacífico dizer que não há dano sem prejuízo.

Pressupostos da responsabilidade civil:

- 1) ação ou omissão do agente;
- 2) culpa do agente;
- 3) relação de causalidade;
- 4) dano experimentado pela vítima.

Exemplo mais característico de crime de dano é o acidente de trânsito, no qual, se não houver feridos a polícia técnica sequer comparece no local.

A principal discussão de reparação é a quantitativa.

Como fica a situação do dano moral? Como deve ser reparado? Deve ser reparado de acordo com o prejuízo que causar à imagem da vítima (reputação). Ex.: Um ator que for chamado de “canastrão” e, em decorrência, ficar sem emprego por um grande período, só por uma maldade jornalística que ultrapassou os limites da “libertas conviciandi”, deveria receber uma indenização pelo tempo que ficou parado.

Ressalte-se, ainda, que a ação indenizatória de acidente do trabalho não exclui a ação civil por reparação de dano. Veja-se a Súmula 229 do STF, que admite duas ações ao mesmo tempo.

Quais os casos cíveis de indenização moral?

No exemplo da noiva que moveu ação contra o noivo que desmarcou o casamento, por prejuízos materiais com despesas do enxoval e preparativos para o casamento, se fosse hoje seria possível cumular duas indenizações, uma por dano material e outra por dano moral.

Enfim, as questões atinentes ao dano moral vêm sendo diversificadas com intensidade, desde o advento da Constituição de 1988, e as relativas ao “Dano à Imagem” terão maior intensidade na medida em que se vincular o “dano moral” aos “Crimes contra a honra”, quer no Código Penal, quer na Lei de Imprensa, porque a ausência de tipicidade penal em casos de manifesto prejuízo moral acarretaria, certamente, o início de um procedimento de dúvida que tornará inseguro o direito do ofendido.