

**FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU
CARLOS BRITO DA PALMA**

**INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
A MEDIDA DA MORALIDADE E O JULGAMENTO DE VALOR NO
DIREITO BRASILEIRO SOB A ÓTICA PSICANALÍTICA**

SALVADOR

2012

CARLOS BRITO DA PALMA

**INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
A MEDIDA DA MORALIDADE E O JULGAMENTO DE VALOR NO
DIREITO BRASILEIRO SOB A ÓTICA PSICANALÍTICA**

Trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentado à Coordenadoria do curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau, como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof.(a): Paula de Carvalho Santos Ferreira, Especialista em Direita Público.

SALVADOR

2012

CARLOS BRITO DA PALMA

**INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
A MEDIDA DA MORALIDADE E O JULGAMENTO DE VALOR NO
DIREITO BRASILEIRO SOB A ÓTICA PSICANALÍTICA**

Trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentado ao Colegiado do curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em, 04 de julho de 2012

BANCA EXAMINADORA

Prof. Nome título

Instituição a que pertence

Prof. Nome título - Orientador

Instituição a que pertence

Prof. Nome título

Instituição a que pertence

DEDICATÓRIA

A Deus pela sua bondade e graça, que me deu sentido e razão por existir, e que por para Ele são todas as coisas, e me fez resposta de minha geração.

A minha esposa Charla Carmo da Palma, que sempre foi minha fonte de inspiração, estando presente com o seu apoio e amor no decorrer destes cinco longos anos. Sua companhia foi a base que me deu forças para chegar a até aqui.

Ao meu filho que está ainda no ventre, que só por existir, já me motiva a lutar e conquistar.

E a todos aos meus líderes Marco Tulio, Marineth, Kleyde Lopes, Valdemar Costa, que me fizeram sonhar e acreditar que tudo era possível.

AGRADECIMENTOS

A Deus que pelo Seu favor imerecido me força na fraqueza, luz na escuridão, liberdade nas prisões, saúde em meio a enfermidade, e que nunca me deixou esquecer que tudo que tenho e sou vem Dele. Porque Dele, por Ele e para Ele são todas as coisas. Nele me movo e existo.

À minha mãe que me deu casa por nove meses em seu ventre sem me cobra aluguel, e de quebra devotou sua vida dedicando-se a mim. E ao meu Pai que mesmo ausente era presente, me ensinando o valor do trabalho e da vida. À meus irmãos que durante toda a vida me ajudaram a ser uma pessoa melhor.

À Charla, pessoa com quem amo partilhar a vida. Com você tenho me sentido mais vivo de verdade. Obrigado pelo carinho, a paciência e por sua capacidade de me trazer paz em meio as lutas.

Aos meus discípulos que me deram força e motivação para continuar, com vocês aprendi a ser melhor e a amar ao próximo, a dar a própria vida para o nascimento de outras, vocês são a alegria orgulho de seu pastor.

Aos meus professores que me ensinaram dentro e fora de sala, o meu curso e não teria sido o mesmo sem o ensino de vocês: Jarleno Jr., Andrea Biasin, Alain Alan, Hugo Roxo, Germana, Joelma Primo, Vinícius Maia, Deivid Iorenzo, Heliete Rosa, Fernanda, Francisco, Paula Carvalho. Saibam que vocês fizeram esta vida valer cada vez mais a pena.

RESUMO

O presente tema avalia o conceito da moral em aspectos filosóficos, Psicanalíticos, sociais e no Direito, para ampliar o seu entendimento. Trata sobre o regras morais e jurídicas, afirmando de que nem tudo que é moral é direito, mas todo direito tem como escopo a moral, sendo este é um instituto personalíssimo e que a exposição indevida sofrida pela vítima em virtude de situação contrangedora, humilhante, vexatória deve ser reparada mediante indenização pecuniária. A apreciação do tema será desenvolvida a partir da técnica de pesquisa bibliográfica documental de natureza interdisciplinar que enfocam ainda os critérios estabelecidos pela norma diante do caso concreto que não são suficientes para solução do pleito, haja vista que a moralidade não pode ser medida apenas pelo ordenamento. Dispõe sobre imparcialidade do juiz relevando os aspectos da pré-compreensão do intérprete para constatar, que por não existir controle sobre esta, torna a avaliação da moralidade subjetiva. Analisa o julgamento de valor e a medida da moral atestando ser impossível obter uma decisão jurídica estabelecendo uma indenização por danos morais, usando o princípio da imparcialidade. trata da decisão jurisdicional sob a ótica psicanalítica, concluindo que elas refletem a imagem do julgador, implícitos mediante processos inconscientes manifestados através dos mecanismos de defesa do ego, como projeção, racionalização e deslocamento, na medição da ofensa e avaliação da moral do ofendido. No desenvolvimento deste trabalho serão utilizados como método de abordagem o indutivo, eis que serão estudados casos específicos.

Palavras Chaves: Danos morais, moralidade, processos inconscientes, Psicanálise, imparcialidade do juiz, mecanismos de defesa.

ABSTRACT

This theme assesses the concept of moral philosophical aspects, Psychoanalytic, social and law, to enlarge your understanding. This is about the moral and legal rules, affirming that not everything that is moral is right, all right but the moral is scoped, and this is an institute that personalized and undue exposure suffered by the victim as vitium contrahenda situation, humiliating, vexatious must be remedied by monetary compensation. The appreciation of the theme will be developed from the technical literature documents that focus on the interdisciplinary nature yet the criteria established by rule on the case are not sufficient to solve the election, given that morality can not be measured only by the spatial. Provides for impartiality of the judge revealing aspects of pre-understanding of the interpreter to see that because there is no control over this, makes the assessment of subjective morality. Examines the value judgment and moral measure of attesting be impossible to get a legal decision establishing a compensation for moral damages, using the principle of impartiality. deals with the court decision from the perspective of psychoanalysis, concluding they reflect the image of the judge, implied by unconscious processes manifested through the defense mechanisms of the ego, such as projection, rationalization and displacement, the measurement of the offense and the moral avaliação offended. In this work will be used as a method of the inductive approach, behold, I will study specific cases.

Keywords: Damage moral, morality, unconscious processes, Psychoanalysis, impartiality of the judge, defense mechanisms.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DA MORAL	12
1.1 Conceito.....	12
1.2 Moralidade filosófica.....	12
1.3 Moralidade na psicologia/psicanálise	13
1.4 Moralidade social.....	14
1.5 Moral e o direito.....	15
1.5.1 Regras morais e regras jurídicas.....	16
1.5.2 Teoria do mínimo ético.....	17
2 DOS DANOS MORAIS	20
2.1 Conceito dos danos morais.....	20
2.2 Indenização por Danos Morais.....	21
2.3 Critérios de avaliação da indenização por danos morais.....	23
3 DO JULGAMENTO DE VALOR E A MEDIDA DA MORAL	27
3.1 Visão da Hermenêutica Moderna.....	27
3.2 Pré-compreensão do intérprete.....	29
3.3 O subliminar nas tomadas de decisões.....	29
4 DO JULGADOR	33
4.1 Conceito.....	33
4.2.1 Princípios da Jurisdição para atuação do juiz.....	33
4.2.2 Princípio da Imparcialidade do juiz.....	34
4.3 Possibilidade de utilizar a equidade.....	36
4.3.1 Do conceito de equidade.....	36
4.3.2 A equidade e a responsabilidade civil.....	37
4.3.3 Da decisão por equidade.....	38
5 DA PSICANÁLISE	40
5.1 Do conceito e noção do inconsciente.....	40
5.2 Dos Mecanismos de defesa.....	41
5.2.1 Da Racionalização.....	42
5.2.2 Da Projeção.....	43
5.2.3 Do deslocamento.....	43

CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O presente tema traz em seu escopo como preâmbulo limitador a medida da moralidade no direito brasileiro sobre a ótica psicanalítica. Tecendo uma crítica sobre o julgamento de valor do julgador, vez em que, é necessário para um veredito equânime, a impressão transferida pelo juiz no caso concreto.

Este tema é pertinente por se tratar do momento da aplicação da legislação, onde a sentença define o destino do autor ou do réu no que tange a medida do dano, e a segurança jurídica é colocada em evidência. Quando o juiz deve definir o valor da moral em questão, para assim arbitrar medindo pecuniariamente o dano provocado pelo ofensor.

No momento que as decisões são proferidas, é possível notar com um olhar psicanalítico o uso dos mecanismos de defesa do Douto juiz, imprimindo seu próprio conceito de moralidade com base no que entende ser equânime, manifestando parcialidade em suas decisões, justamente por não existir mecanismos jurídicos capazes de trazer receita apropriada para aplicação da norma ao caso concreto, concernete a medida da moralidade.

O tema suscita a questão sobre a possibilidade do princípio da imparcialidade do magistrado e o seu julgamento de valor na decisão, inquirindo até que ponto existe de fato imparcialidade na medida do dano e no julgamento de valor e moral aplicado no caso concreto?

O trabalho tem como meta esclarecer a temática de forma mais abrangente, no intuito de descortinar os vícios do judiciário, que de forma latente e obscura se mostra tendenciosa e parcial, ao tempo que despreparada, para aplicação do reto juízo sobre o julgamento do valor da moral nos tribunais.

A apreciação do tema foi desenvolvida a partir da técnica de pesquisa bibliográfica documental de natureza interdisciplinar, especificamente na questão pertinente ao tema. E para apresentação foi utilizada uma vasta bibliografia sobre o assunto,

incluindo obras do campo do Direito, na área de Psicologia, além de legislação pertinente e comparada do entendimento jurisprudencial e de artigos especializados.

Versa sobre os conceitos de moral no ponto de vista filosófico, psicanalítico, social e no campo do Direito, para mostrar que a moralidade não pode ser suprida somente com critérios de avaliação contidos no ordenamento, um vez que se trata de um direito personalíssimo, não podendo ser portanto, mensurado por um julgador externo ao próprio ofendido.

Nesta monografia, a hermenêutica moderna se tornou um instrumento fundamental para, mediante a pré-compreensão do intérprete, consolidar o entendimento de que o princípio da imparcialidade do juiz não é invocado nas decisões que norteiam o tema. Haja vista que a equidade sugerida na aplicação da norma ao caso concreto contrasta com o princípio citado, já que o caráter subjetivo da norma não preenche os requisitos de valoração, induzindo o aplicador do juízo a sua impressão pessoal sobre o pleito em questão.

O tema deste trabalho, tem seu fulcro na ótica psicanalítica, que se estabelece com o conceito dos processos do inconsciente reprimido do indivíduo, mostrando que as decisões de do Douto juiz, é cheia de parcialidade e eivada de impressões pessoais, que por serem inconscientes, aparecem mediante os mecanismos de defesa como racionalização, projeção e deslocamento.

1 DA MORAL

1.1 Conceito

A palavra moral vem do latim *mos/mores*, que significa costume, e em geral: **COSTUME, NORMA, LEI** se entrecruzam, pois um costume pode vir a ser uma norma e a norma se tornar uma lei. E esse conjunto de normas regula o comportamento do homem em sociedade.

A questão moral remonta aos povos antigos; entre os gregos viveram homens de grande sabedoria que buscavam respostas para a moral.

O primeiro a ser conhecido como sábio foi Tales de Mileto, que viveu por volta de 640 a.C. e, ao lhe perguntarem: *"como podemos viver a vida melhor e mais justa?"*, ele respondeu: *"abstendo-nos de fazer o que censuramos nos outros"* e ao lhe perguntaram ainda: *"qual é a coisa mais difícil?"*, ele respondeu: *"a coisa mais difícil é conhecer-se a si mesmo"* (MILETO, apud, PEREIRA 2004, p.10).

Aludindo à idéia de que a moral é de foro íntimo e o seu aparição se dá pelo conhecimento de si mesmo, dos seus valores, ética e princípios. Desde os primórdios, já existia uma busca da moral, e sempre se manifestou revelando a dicotomia: bem consigo mesmo e com os outros.

A concepção axiológica do termo abrange várias significações, o que torna o estudo da moralidade um conjunto de conceitos contextuais, adequando-se a cada realidade em que o conceito necessite se ampliar ou diversificar. Para tanto, diante da impossibilidade de uma definição óbvia, urge o esclarecimento filosófico, psicológico, social, e no direito sobre a moralidade.

A questão da moral remonta aos poços antigos; entre os gregos viveram homens de grande sabedoria que buscavam respostas para a moral.

1.2 Moralidade filosófica

Otaviano Pereira cria um em torno da definição de moral ampliando o conceito de Moral quando diz:

Moral é tudo aquilo (ato, comportamento, fato, acontecimento) que realiza o homem, que o enraíza em si mesmo e por ele e para ele ganha sentido humano...Imoral é tudo aquilo que desrealiza o homem (PEREIRA, 2004, p.11).

O autor acredita que a moral está intrínseca e vinculada necessariamente na cultura, história e natureza humana, e quando somos imorais por um ato ou postura, estamos negando um determinado código moral vigente naquele ordenamento.

As normas foram criadas como um medidor de condutas, porém o autor acredita que se as mesmas surgiram de um consenso onde passou a ter valor ao passar pelo crivo da crítica, pessoal e social, e da aceitação.

1.3 Moralidade psicológica/psicanalítica

A moralidade recebe uma atenção especial na psicologia dada a sua importância no campo humano, como instrumento de identificação de determinados comportamentos sociais do indivíduo, crendo que a formação da moral é o fundamento de todas as relações, tanto pessoal e familiar, como em sociedade.

A moral é um resultado do inconsciente reprimido por padrões reguladores, e normas de conduta social, estabelecidas por costumes, culturas, dogmas e tradições familiares, que todo ser humano carrega em sua vivência. Logo, o desvio destes padrões comportamentais, além do objeto de estudo da psicanálise e psicologia, é resposta para as mazelas do indivíduo como pessoa e como ente social.

Sobretudo, Otaviano Pereira, cita a importância da contribuição de Sigmund Freud na construção do entendimento sobre a moral humana:

Freud dá decisivos passos para desentranhar elementos soterrados no inconsciente dos indivíduos, de inestimável valor para melhor conhecimento e avaliação do homem reprimido que a civilização herdou. Considerou em especial o indivíduo dominado culturalmente durante o dia e atormentado durante a noite produto de uma sociedade que o alimenta com valores via de regra extrínsecos à natureza humana, na cotidianidade de seu presente, e escamoteia

heranças negativas do seu passado. (FREUD, apud PEREIRA, 2004, p.50).

Em outras palavras, o citado autor entende que a moral do ser humano está intimamente ligada as vivências dos seus passados, reproduzidas inconscientemente por seus comportamentos em si presentes. Cita Freud, para mostrar que por mais ético no padrão normativo que as leis sociais estabelecem, o indivíduo é composto por uma série de valores que transcende o padrão normativo. Pois as vivências de cada ser humano são distintas, produzindo a individualização da personalidade, do caráter e dos valores.

Para tanto esta a avaliação do conceito de moralidade, nos provoca uma profunda reflexão sobre a medida da moral na decisão do juiz que prolata uma sentença baseando em requisitos meramente técnicos com o fim de estabelecer ou reparar o dano provocado por outrem a moralidade do ofendido.

Ao questionar tal reflexão, torna possível perceber que até mesmo o magistrado faz uso de seus próprios valores para estabelecer uma indenização com o fim de reparar a moral do ofendido.

1.4 Moralidade social

A moral no conceito social é principalmente concebida com padrões ideais de conduta. O autor Celso Castro, em sua narrativa sobre a Sociologia, entende que a história do homem se resume em um esforço contínuo na busca de padrões que, estigmatizados em modelos, possam emergir em norma.

Havia uma preocupação desde os primórdios em evitar o caos e estabelecer uma forma de ordem que se possa viver. O que gerou naturalmente, um modelo de comportamento ideal, o que é visto em seus grifos:

Deparamo-nos com o fato: normas associam-se ao processo educativo formalizando a estrutura social nas expectativas de comportamento. O modelo define o comportamento ideal em cada configuração. Os padrões estabelecidos conforme o modelo orientam o comportamento em direção ao ideal. As normas estatuem o tipo de comportamento voltado para o modelo, orientado de acordo com os padrões...(CASTRO, 2003, p.258).

Em uma análise sobre a norma e o comportamento social, o autor entende que a moralidade de cada indivíduo está intimamente ligado as normas que por sua vez são fundamentados em comportamentos ideais, ou seja, aceitos pela sociedade.

Para tanto, toda ação que exponha, ridiculariza, provoque situações vexatórias ao ser humano componente de determinada sociedade, lhe causa danos irreparáveis, uma vez que não é possível medir a moralidade de tal indivíduo dado aos seus processos inconscientes.

Entende ainda que a base de cada sociedade se distingue pelos valores básicos e da moralidade de determinada sociedade.

A justiça, a bondade, a licitude e a verdade constituem valores básicos que compõe a estrutura axiológica de qualquer sociedade. Esse postulado da razão prática sofrem, contudo, conceituação diversa em diferentes configurações sociais. Daí, observamos que, em estruturas diversas, as diferentes formas se definem e se protegem os valores básicos. (CASTRO,2003, p.335,336).

Destarte, a base da norma de determinado grupo se dá pelos valores estabelecidos. O que define a moralidade como um conjunto de valores consolidados e também como comportamento ideal de conduta para uma sociedade de forma que a violação desses valores são incomensuráveis na ótica do ofendido.

1.5 Moral e o direito

O Direito estabelece as suas bases e seus fundamentos na moral. De fato, na vida cotidiana estamos constantemente cumprindo normas que visam regular nossa conduta perante a sociedade e até mesmo frente a nós mesmos.

Há normas que possuem um caráter imperativo, pois versam sobre condutas consideradas essenciais para o funcionamento normal da vida social. São regras que visam a satisfação do bem comum da coletividade, o e equilíbrio das relações humanas, e a manutenção da ordem na esfera comunitária, não estando sujeitas ao livre arbítrio da vontade individual.

No campo do Direito, o entendimento é que existem regras de conduta que devem ser observadas, valendo-se até mesmo da força coercitiva para assegurar o seu cumprimento. Porém, existem preceitos que seguimos apenas por questão de consciência moral sendo o seu cumprimento dependente do caráter de cada pessoa.

Logo, os valores morais encontram-se dentro da consciência de cada indivíduo, cabendo a este julgar o que considera certo ou errado, tolerável ou intolerável, dispensando qualquer força coercitiva para fazê-lo.

É bem verdade, que nenhum indivíduo nasce com os valores inerentes a ele, mas adquiridos mediante a educação de base familiar, valores sociais aprendidos pelo ambiente de convívio, e os princípios legais estabelecidos pelas normas de conduta. É por isso que os valores morais variam de sociedade para sociedade e de época para época.

1.5.1 Regras morais e regras jurídicas

A diferença entre as regras morais e as regras jurídicas, giram no campo da IMPERATIVIDADE, é uma das balizas que nos permitem visualizar uma diferença entre as regras morais e as normas jurídicas.

No caso da moral, a aceitação destas normas fica a cargo da consciência de cada indivíduo, enquanto que, na seara jurídica, há uma força externa que nos compele a obedecê-las. Por exemplo, nenhuma empresa é obrigada a realizar doações para uma instituição de caridade (cumprimento de um preceito moral), porém, todas têm que pagar tributos ao Estado (observação de uma norma jurídica), sob pena de sofrer as conseqüências impostas por este.

A doutrina entende que:

A norma jurídica é a única que concede ao lesado pela sua violação a permissão para exigir a devida reparação pelo mal sofrido. Autoriza o indivíduo prejudicado a acionar o poder público para que este valha-se até mesmo da força que possui para assegurar a sua observação. Já as regras morais não possuem tal característica. De fato, ninguém pode mover o Poder Judiciário para exigir que

determinada pessoa conceda uma esmola a um mendigo, por exemplo (DINIZ, 1997, p,373).

A diferença entre o Direito e a Moral é um dos problemas mais complexos, bem como mais ligados. Ambos visam o bem comum do indivíduo e da sociedade.

A Doutrina distingue o direito da moral nas palavras do saudoso Reale: “*É a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos e valores* (REALE, 1996, p.35).

O Direito é classificado como: HETERÔNOMA - heteronomia diz respeito a que as normas jurídicas (criadas pela sociedade) se situam acima das pretensões individuais dos sujeitos de uma relação. COERCÍVEL - é obrigatório, pois conta com a presença coatora do Estado que faz uso da força, se necessária, para o seu cumprimento.. BILATERALIDADE ATRIBUTIVA - quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma norma que as autoriza a pretender, exigir, ou fazer algo. É RESTRITO, voltando-se apenas para a literalidade da norma.

A moral é conceituada pelo mesmo autor da seguinte forma:

É a parte da Filosofia que trata dos costumes e dos deveres que os homens têm em relação aos seus semelhantes e à sua consciência. Aquilo que é honesto e apropriado com os bons costumes. (REALE, 1996, p.37).

É o mundo da conduta ESPONTÂNEA, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir. E não heterônoma como no direito. O campo da Moral é mais AMPLO. Abrange os deveres do homem para com Deus, para consigo mesmo e para com seu semelhante.

É INCOERCITÍVEL conta apenas com a vontade do indivíduo e sua consciência. Dirige-se ao momento interno, psíquico, volitivo da pessoa, contrapondo o direito que se atém ao momento externo, físico, e ao exterior. E AUTÔNOMA, nasce da vontade própria inerente a pessoa e seus valores éticos e morais, independentemente da sociedade para existir e reger.

1.5.2 Teoria do mínimo ético

Entretanto, é impossível falar da relação entre o Direito e a Moral sem mencionar a “Teoria do Mínimo Ético” defendida por vários filósofos e doutrinadores do Direito. Tal teoria classifica o Direito como uma parte da Moral, ou seja, os valores jurídicos seriam, antes de tudo, valores morais.

O Direito não seria nada mais que um conjunto de normas morais consideradas essenciais para a sobrevivência da sociedade. Desta maneira, apenas alguns valores morais, devido a sua importância, necessitariam de uma forma especial, transformando-se em normas jurídicas.

Cabe agora indagar se realmente o Direito limita-se a abranger regras puramente morais. O Direito, infelizmente, tutela muita coisa que não é Moral.

De fato, existem normas jurídicas que nascem de preceitos morais estabelecidos pelos costumes de um determinado povo ou sociedade. Contudo, não seria correto afirmar que todas as leis de uma região possuem conteúdo moral.

Para isso, Basta citar que existem normas amorais (*alheias ao campo da moral*) que são jurídicas (*como a carga tributária que o contribuinte; ou a contra-prestação na saúde precária do sistema*), bem como normas que tutelam fatos considerados imorais pela maioria da sociedade e que são, à luz do Direito, perfeitamente legais. É o caso, por exemplo, do divórcio. O Direito chega ao ponto de, em alguns países, tolerar o casamento homossexual e a prostituição. Assim, afirmamos que existem normas de Direito e normas de Moral

Devemos, contudo, distinguir esses dois grandes segmentos normativos da vida, porém, sem separá-los em pólos extremos. Ensina-nos com muita propriedade o ilustre jurista Miguel Reale:

Ao homem afoito e de pouca cultura basta perceber uma diferença entre dois seres para, imediatamente, extremá-los um do outro, mas os mais experientes sabem a arte de distinguir sem separar, a não ser que haja razões essenciais que justifiquem a contraposição. (REALE, 1996, p.41).

Os sábios, experientes, dominam a arte de distinguir sem separar Moral do Direito, e a principal diferença é a obrigatoriedade do Direito.

2 DOS DANOS MORAIS

2.1 Conceito

Como vimos, a moral está intimamente ligada ao indivíduo, não podendo ser medida de forma externa. Entretanto o direito brasileiro, entende que existe, no contexto de uma sociedade, a possibilidade de causar danos a moral de um indivíduo e com o fim de regular e impedir o dano, estabeleceu conceitos e indenizações para tentar reparar a moral do ofendido, bem como evitar que a prática fosse comum. A Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos V e X, prevê a indenização por dano moral como proteção a direitos individuais, o que já haviam feito no Código Brasileiro de Telecomunicações, a Lei de Imprensa e a Lei dos Direitos Autorais, especificamente.

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário e não pode ser expresso em moeda, é aquele dano que lesiona a esfera personalíssima de uma pessoa, violando sua imagem, honradez, sua intimidade, bens jurídicos que são garantidos pela constituição. Pereira considera que o dano moral como:

Qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo atentado à sua segurança e tranquilidade, seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, às suas afeições, etc.. (PEREIRA, 2004, p.54).

A Carta Magna do Brasil ressalva os danos morais que é conceituado no âmbito jurídico como a lesão a um direito que foi suportado por pessoa física em razão da ação ou mesmo da omissão de outra pessoa.

Bottaro, além de conceituar os danos morais, esclarece que deve existir a caracterização dos danos, fazendo uma análise sobre determinados impactos provocados pela ação ofensiva.

Os danos morais são aqueles que acabam por abalar a honra, a boa-fé subjetiva ou a dignidade das pessoas físicas ou jurídicas. A caracterização da ocorrência dos danos morais depende da prova do nexo de causalidade entre o fato gerador do dano e suas conseqüências nocivas à moral do ofendido. É importantíssimo, para a comprovação do dano, provar minuciosamente as condições nas quais ocorreram às ofensas à moral, boa-fé ou dignidade da vítima, as conseqüências do fato para sua vida pessoal, incluindo a repercussão do dano e todos os demais problemas gerados

reflexamente por este. Mesmo considerando que em alguns casos já existam jurisprudências que indiquem parâmetros, é subjetivo o critério de fixação do valor devido a título de indenização por danos morais. (BOTTARO, 2010, p.2)

Todavia, o Direito e a doutrina ampliaram o conceito de moral, com o intuito de aproximar o máximo possível da moralidade de cada indivíduo, haja vista a impossibilidade de medir a moral ou até mesmo de repará-la.

Os danos morais não se limitam ao campo da ofensa, ela pode ecoar a em várias áreas do direito onde se estabeleçam relações tanto jurídicas como sociais. Nesse entendimento, ressalta o Professor Marcos César Bottaro, novamente:

São diversas as espécies de relações entre pessoas físicas ou jurídicas que são potencialmente geradoras de danos, tais como, relações de consumo, erros de profissionais contratados para prestar determinados serviços, descumprimento de normas ambientais, prejuízos acarretados à saúde ou mesmo à estética das pessoas, danos suportados pelo trabalhador no exercício de sua profissão, prejuízos causados pela atividade indevida dos poderes do Estado, entre outros. (BOTTARO, 2010, p.2)

O Dano moral para o Direito está restrito ao princípio da patrimonialidade, ou seja, só é possível a consideração de danos a moral se porventura não existir danos ao patrimônio, o que afeta diretamente outros institutos jurídicos. Nesse entendimento a doutrina afirma na lição Gonçalves, que:

A expressão 'dano moral' deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que remediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial (GONÇALVES, 2003, p.548).

2.2 Indenização por danos morais

Por maior que seja a referência no âmbito jurídico de indenizações que foram pagas para ressarcir o dano provocado ao ofendido, ainda é muito difícil estabelecer em moeda o valor da moralidade Isto porque, cada pessoa tem uma situação singular e o dano que lhe for causado lhe acarretará prejuízos de acordo com suas características.

Neste sentido, a fixação de indenização por danos morais tem a finalidade de reparar a dor, o sofrimento ou exposição indevida sofrida pela vítima em virtude da

situação constrangedora, além de servir para desestimular o ofensor a praticar novamente a conduta que deu origem ao dano.

Para tanto, tendo em vista a teoria do desestímulo, cada ofensor deve ser condenado a pagar indenização que represente medida eficaz para que não volte a praticar o ato ilícito, observando-se, sua capacidade econômica e a conseqüente razoabilidade do valor que deve ser arbitrado sem que lhe abale demasiadamente, mas que torne necessária a imediata correção da prática de posturas reprováveis como a que ensejou a condenação.

Para chegar ao dano moral e à obrigação de indenizar, é através de um estudo do caso concreto avaliando o ilícito, ou seja, comportamento fora da ordenamento jurídico, entendendo que a a ilicitude deve ser punida com o objetivo de ser desestimulada. A lei trata em seu código civil a proteção da moral no seguinte verbete *“Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”*. (Art.159, CC/2002)

Logo, o valor da reparação dano moral advém da idéia que a dor não tem preço.

Modernamente, verifica-se que o dano moral não corresponde à dor, mas ressalta efeitos maléficis marcados pela dor, pelo sofrimento que tomam conta do ofendido. Em seus sintomas surgem o padecimento íntimo, a humilhação, a vergonha. o constrangimento de quem é ofendido em sua honra ou dignidade, o vexame e a repercussão social por um crédito negado. Para que se amenize esse estado de melancolia, de desânimo, há de se proporcionar os meios adequados para a recuperação da vítima.

Não se está pagando a dor nem se lhe atribuindo um preço e sim aplacando o sofrimento da vítima, fazendo com que ela se distraia, se ocupe e assim supere a sua crise de melancolia. Bottaro faz menção sobre a essa característica da indenização do dano moral;

A dor não é generalizada, é personalíssima, varia de pessoa a pessoa (uns sentem na menos, outros em maior profundidade). Uns são mais fortes, outros mais suscetíveis ao sofrimento.a avaliação do

dano moral, o juiz deve medir o grau de seqüela produzido, que diverge de pessoa a pessoa. A humilhação, a vergonha, as situações vexatórias, a posição social do ofendido, o cargo por ele exercido e a repercussão negativa em suas atividades devem somar-se nos laudos avaliatórios para que o juiz saiba dosar com justiça a condenação do ofensor (BOTTARO,2010, p.1).

De certo, a vítima não deve lucrar com o evento lesivo, mas que de algum modo deve-se impedir o ofensor de reiterar a atividade nociva. A indenização por danos morais não pode ser vista como o instrumento de enriquecimento indevido, e sim com o caráter pedagógico, e este acréscimo, concede a vítima valor superior à compensação da dor moral.

Na lição de Ronaldo Alves Andrade, o autor afirma que:

O objetivo da indenização não é primordialmente impor pena, mas reparar o dano sofrido, até porque a lei admite a possibilidade de outras pessoas que não o lesado responderem pelo pagamento da indenização”. (ANDRADE, 2011, p.29).

Deveras então, a indenização pelo dano a moralidade amenizar o sofrimento e pesar que o desmoralizado enfrentou.

2.3 Critérios de avaliação da indenização por danos morais

O Direito Brasileiro visa um caráter dúplice punitivo e satisfatório para a reparação por danos morais. Ou seja, a indenização visa tanto punir o agente causador do dano, para que este não cometa mais o ato ilícito, como também compensando a dor da vítima. Bottaro conclui que:

Logo, não resta dúvida, o arbitramento judicial é o meio mais eficiente para a fixação e quantificação do dano moral, e o magistrado, com ponderação e razoabilidade, o fará. Embora o julgador não esteja subordinado a nenhum limite numérico nem a uma tabela prefixada, deve estimar uma quantia compatível com o nível de reprovação da conduta ilícita e a gravidade do dano produzido, atentando sempre para a necessidade de coibir o enriquecimento sem causa. (BOTTARO,2010, p.2).

A reparação integral (satisfação ao ofendido e punição) representa medida de reação da ordem social, que deseja a integridade dos valores individuais e sociais da pessoa humana e medida de desestímulo à prática de ofensas que venham a agredir a dignidade da pessoa. O ponto de referência no critério de avaliação do

dano é sempre o dos valores pessoais atingidos pela lesão, nos termos do princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente consagrado, lembrando que a indenização não busca ressarcir a perda, e sim compensar um pouco a dor da perda, da humilhação, do constrangimento produzido pelo ato danoso.

Sobre o o indexador usado pelos magistrados para indenizar o ofendido não segue critérios legais deixando a cargo do julgador a fixação da pena, entende a doutrina que:

O critério de fixação do dano moral não se faz mediante um simples cálculo aritmético. Em verdade, inexistindo critérios previstos por lei, a indenização deve ficar ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame, fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a publicidade do dano, fatores concorrentes para a fixação da condenação (BUONOMO, 2002, p.145).

Ora, a quantificação do valor da indenização está sujeita ao subjetivismo, já que certos detalhes da lide devem ser analisados pelo juiz, para que pelo seu bom senso, equidade, valores morais, ética, possa estabelecer a sentença de forma mais justa possível.

Embora seja importante analisar as circunstâncias sociais da vítima, é preciso verificar também o outro lado, o do agente. Uma indenização com base apenas no lado da vítima tornaria o valor único para qualquer que fosse o agente causador do dano, sendo alguém pobre ou uma empresa de grande porte, o que poderia afetar o caráter punitivo da indenização ou mesmo danificar injustamente o patrimônio do agente de forma desproporcional.

Assim a vítima de lesão de direitos de natureza não patrimonial deve receber soma que lhe compense a dor sofrida e arbitrada segundo as circunstâncias. Não deve ser elevada, nem ser inexpressiva a monta estabelecida.

Nessa busca de critérios para indenização por danos morais, o prejuízo sofrido e a publicidade deste também devem ser levados em consideração, pois um ato ilícito como a difamação, pode afetar a reputação de uma pessoa por muito tempo e em

muitos lugares. Vê-se muito na mídia acusações contra determinada pessoa e, quando se prova que esta é inocente, os veículos de informações não se retratam.

Diniz, sugere algumas regras a serem seguidas para avaliação do dano moral:

- a) evitar a indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;
- b) não aceitar tarifação, pois esta requer a despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;
- c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
- d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;
- e) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter anti-social da conduta lesiva;
- f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
- g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima e do lucro cessante, fazendo uso do juízo de probabilidade para averiguar se houve perda de chance ou de oportunidade, ou frustração de uma expectativa. Indeniza-se a chance e não o ganho perdido. A perda da chance deve ser avaliada pelo Magistrado segundo o maior e o menor grau de probabilidade de sua existência (p. ex., se um grande pugilista ficar incapacitado por ato culposo de alguém deverá ele ser indenizado pela probabilidade de vitórias que deixará de obter);
- h) levar em conta o contexto econômico do país. No Brasil não haverá lugar para a fixação de indenizações de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;
- i) verificar a intensidade do dolo ou grau de culpa do lesante, e, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poder-se-á reduzir, de modo equitativo, a indenização (CC, art. 944, parágrafo único);
- j) basear-se na prova firme e convincente do dano;
- k) analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade do seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional, e seu grau de educação e cultura;
- l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;
- m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares caso *sub judice* (LICC, art. 5º), buscando sempre com cautela e prudência objetiva, a equidade (DINIZ, 2004, p. 102 e seguintes).

Acrescentando ou ignorando algumas das regras, no geral as principais seguidas costumam ser consideradas são:

- a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado;
- b) a intensidade de seu sofrimento;
- c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito;

- d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa;
- e) a gravidade e a repercussão da ofensa; e
- f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter anti-social da conduta lesiva.

A lei 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa, prevê alguns critérios para o arbitramento da indenização por danos morais além do bom senso dos magistrados e outras fontes para valorar o dano moral.

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

Mesmo sendo uma lei muito criticada nos dias atuais, até pelo fato de ter sido criada no auge da ditadura militar e ter em seu texto reflexos disso, o art. 53 pode servir de guia também para a quantificação do dano moral. Gonçalves comenta sobre isso afirmando que, *“embora hoje não se utilizem os limites de dano dos artigos 51 e 52 por não terem sido recepcionados pela Constituição Federal, o art. 53 ainda serve de norte para a quantificação do montante indenizatório.”* (GONÇALVES (2003, p. 570).

3 JULGAMENTO DE VALOR E A MEDIDA DA MORAL

3.1 Visão da Hermenêutica Moderna

A interpretação do Direito inerente a adequação da norma na decisão, parte de uma racionalidade do juiz. Funda-se da idéia de um juiz racional, conhecedor do direito, o qual deve adequar a lei ao fato que se lhe apresenta, utilizando-se de métodos ou técnicas para chegar ao resultado mais apropriado para o caso concreto.

A interpretação “*deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica)*” (BARROSO, 2009, p.291).

Após examinar a situação de fato que lhe foi apresentada, o operador do direito deve identificar no ordenamento a norma que deverá reger aquela hipótese. O problema que se encontra é o excesso de liberdade do intérprete, também diante da regra jurídica. Ainda mais porque, conforme esclarece Diniz

As diversas técnicas interpretativas não operam isoladamente, não se excluem reciprocamente, antes se completam, até porque não há, na teoria jurídica interpretativa, uma hierarquização segura das múltiplas técnicas de interpretação.(DINIZ, 2009, p.442).

Na prática, o juiz deve justificar o método escolhido, fundamentando sua decisão, mas está livre para fazer a escolha que entenda mais adequada.

Na visão da Hermenêutica moderna a norma-princípio, exige que o intérprete encontre a solução adequada para cada caso concreto. São muitas as divergências, mas cabe a constatação de que o operador do direito interpreta e aplica o princípio conforme apreciações subjetivas suas.

Para facilitar essas explicações, se faz juz classificar as diversas teorias em três grupos, a partir de estudo de Dimoulis.

Primeiramente, tem-se os autores que aceitam a dependência do ordenamento jurídico a elementos metafísicos e tendencialmente imutáveis, tais como os mandamentos divinos ou os imperativos da razão humana. São as tendências do jusnaturalismo. *“Na atualidade, (...). São raríssimos os autores que continuam afirmando que o verdadeiro direito está escrito ‘no coração do homem’ ou na ‘natureza humana’ e que o direito natural constitui o alicerce do direito positivo”* (DIMOULIS, 2006, p.78-85).

Um segundo grupo de teorias pode ser formado por tendência teórica que *“faz depender o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação de elementos vinculados a valores (e correspondentes mandamentos) de origem moral”* (DIMOULIS, 2006, p.87-90).

Para autores com tal perspectiva, o direito formalmente válido pode e deve ser corrigido por obra de seu intérprete/aplicador, no intuito de conformá-lo às exigências da moral. A partir de referências aos poderes do aplicador e à necessidade de flexibilizar as normas, adaptando-as a exigências da situação concreta e do período histórico, requer-se que a decisão se adapte a exigências materiais de moral e/ou de justiça.

Um terceiro grupo acredita que *“há plena e radical separação entre direito e moral”*. Nesta perspectiva, *“o estudo e a compreensão do direito não incluem sua avaliação moral e o reconhecimento da validade de um sistema jurídico (ou de uma norma) não depende da sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto”*. (DIMOULIS, 2006, p.99 e seguintes).

Analisando-se os dois últimos grupos, pode-se afirmar que ambas permitem ao operador do direito uma apreciação subjetiva no instante de interpretação e aplicação da norma. Para o grupo de teorias que aceita a vinculação do direito com a moral, cabe ao operador do direito a adequação da lei ao fato. Nestes casos, o operador do direito, tem sempre uma apreciação subjetiva, conforme avaliação sua.

Contudo, não está errado afirmar que uma interpretação autorizada a apreciar e utilizar valores (e correspondentes mandamentos) de origem moral está fadada a se contentar com uma decisão limitada pelo universo conhecido pelo intérprete/aplicador da norma ou deverá aceitar que a decisão pressupõe a comunicação entre sujeitos que participam de um processo de decisão.

3.2 Pré-compreensão do intérprete

A pré-compreensão é aquilo que vem com o sujeito/intérprete, e já está com ele antes da tomada de uma decisão. É o que não está necessariamente presente nos fatos ou nos elementos que envolvem uma decisão, mas já está incorporado ao sujeito e será utilizado na decisão e acabará, de algum modo, interferindo na mesma. Em que pese esse poder avassalador da chamada pré-compreensão, não é possível afirmar a possibilidade de controle sobre ela. É um gigante desconhecido, que pode ser “bonzinho” ou “malvado” ou sabe-se lá o quê. Nas palavras de Peirce:

Há um único estado do qual o leitor pode ‘partir’, a saber, o próprio estado de espírito em que o leitor realmente se encontrar no momento em que efetivamente for partir – um estado no qual o leitor se acha carregado com uma imensa massa de cognições já formadas, da qual não consegue despir-se mesmo que queira; e quem sabe se, caso pudesse fazê-lo, não tornaria com isso todo conhecimento impossível para si mesmo? (SANTAELLA, apud PEIRCE, 1996, p.88).

3.3 O subliminar nas tomadas de decisões

A subliminar são informações que o indivíduo em sua compreensão não absolve informações pela ordem do consciente, mas é recepcionado pelo inconsciente, ou melhor, o subliminar é percebido pelo inconsciente em limites abaixo do possível para a percepção consciente, daí a origem da palavra.

O consciente assimila pouca ou nenhuma informação e o inconsciente recebe um volume incontável delas, que ficam escondidas sem que sem que a pessoa tenha conhecimento desses dados. Com efeito, o receptor pratica atos que são dirigidos por esse tipo de informação que foi captada, sem que tenha a consciência de ter

impulsos provocados por aquela imagem ou visão subliminar. Esse mecanismo é muito usado no contexto da propaganda.

Ferrés a explica o subliminar num sentido mais amplo como:

Qualquer estímulo que não é percebido de maneira consciente, pelo motivo que seja: porque foi mascarado ou camuflado pelo emissor, porque é captado desde uma atitude de grande excitação emotiva por parte do receptor, por desconhecimento dos códigos expressivos por parte do próprio receptor, porque se produz uma saturação de informações ou porque as comunicações são indiretas e aceitas de uma maneira inadvertida (FERRÉS, 1998, p.14)

O subliminar não é racional, nasce de estímulos não percebidos de maneira consciente. Portanto, o subliminar vem apenas das emoções, das informações recebidas pelos sentidos sem passar por uma elaboração racional decorrente da capacidade de discernimento do homem.

Segundo Ferrés, existem dois fatores que influenciam as decisões e comportamentos: raciocínios e emoções. Geram duas vias de comunicação persuasiva: a racional e a emotiva.

A via racional, regida pelo pensamento lógico, atua por argumentação. Vai de causa a efeito ou de efeito a causa. A via emotiva, regida pelo pensamento associativo, obedece a outros parâmetros: não atua por argumentação, mas por transferência. Atua por simples contigüidade, por proximidade, por semelhança, por simultaneidade, por associação emotiva ou simbólica. A via racional pretende convencer, quer dizer, oferecer razões ou argumentos que levem o persuadido a assumir o ponto de vista do persuasor. A via emotiva, em troca, pretende seduzir, atrair o receptor pelo fascínio (FERRÉS, 1998, p.59).

Logo, as decisões de qualquer ser humano segue a argumentação lógica e a inconsciente que é regido pela advinda de situações vivenciadas e processadas pelo indivíduo, construindo uma carga emocional que é transferida na decisão e nos comportamentos.

A maioria dos sistemas religiosos e políticos, assim como aspectos da conduta humana, tais como a lealdade, o amor e o afeto, são todos irracionais...No que tange ao psiquismo humano, o erro consiste em pensar que as convicções e as decisões humanas (o output [aquilo que sai da mente]) – sejam do tipo que forem, desde as crenças religiosas até as decisões de compra de um produto ou a emissão do voto em eleições políticas, passando por qualquer opção que comporte algumas implicações éticas – estão sempre baseadas

na racionalidade, na lógica, esquecendo que o imput [aquilo que entra na mente] psíquico inclui também sensações, sentimentos, emoções (FERRÉS, 1998, p.16-22).

O autor explica que, quando as emoções impulsionam as idéias, o processo não é consciente. *“Com freqüência as idéias subjacentes aos impulsos emotivos ficam camufladas, mascaradas, encobertas”*. Quando as emoções impõem sua hegemonia ao psiquismo humano, é difícil para a razão manter o controle de suas ações.

Somos confrontados com a incerteza quando temos de fazer um juízo moral, decidir o rumo de uma relação pessoal, escolher meios que impeçam a nossa pobreza na velhice ou planejar a vida que se nos apresenta pela frente. As emoções e os sentimentos, juntamente com a oculta maquinaria fisiológica que lhe está subjacente, auxiliam-nos na assustadora tarefa de fazer previsões relativamente a um futuro incerto e planejar as nossas ações de acordo com essas previsões (DAMÁSIO, 1996, p.12-13).

Por outro lado, a razão humana se ilude com os chamados processos de racionalização, pelos quais *“a pessoa busca argumentos lógicos que sirvam como justificação das decisões, que já foram tomadas de forma instintiva”* (FERRÉS, 1998, p.20-21)

Para o “bem” ou para o “mal”, emoções e sentimentos se fazem presentes no instante de decisão do intérprete. A grande dificuldade que a Ciência do Direito enfrenta é a ausência de controle sobre esses processos de pré-compreensão.

Nessas circunstâncias, qualquer interpretação estará sempre limitada pela subjetividade do interprete, e o texto da norma terá sempre variados graus de generalidade e abstração. Desse modo, toda interpretação será uma manifestação individual do intérprete e não uma interpretação coletiva.

No entanto, o intérprete ou juiz vive, de certo modo, isolado do mundo. Sua decisão pode e deve ser única, aquela que ele considera válida para um caso concreto, mas expressa sim a compreensão do intérprete naquele instante da decisão ou interpretação, a despeito de todos os mecanismos normativos utilizados como ferramenta na aplicação do justiça ao caso concreto.

O Direito pretende encontrar uma interpretação da norma que satisfaça os interesses sociais; que venha da sociedade. Vinda do intérprete, contudo, terá sempre uma quantia de arbitrariedade.

4 DO JULGADOR

4.1 Conceito

O título dado aos juízes provém da raiz que significa reivindicar o direito julgar, sentenciar, decidir, pleitear, resolver, acordar uma questão, dar auxílio legal. Muitos tem na imagem do juiz um ser supremo, por ser uma autoridade conferida de poderes, a despeito de dos poderes do juiz serem norteados e impostos pelo judiciário.

No direito hordieno, o juiz não pode ser um mero observador, mas sim, um agente participativo, ativo, em busca da verdade, não no sentido de interferir na opinião das partes, mas sim em conduzir na relação processual a um provimento final satisfatório.

A direção no processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por partes dos litigantes, mas intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo da investigação de fatos e descoberta da verdade.

Para tanto, o árbitro deve corresponder na medida de sua autoridade para atingir os pleitos não elencados nas normas e fontes do direito, em virtude do caso concreto.

Daí a largueza com que lhe são conferidos os poderes. É inevitável sob a luz do caso concreto, onde a norma não atende, o julgamento de valor do magistrado, que por sua vez, é regulado por princípios jurisdicionais norteadores para o cumprimento do bem jurídico. Como segue.

4.2 Princípios da Jurisdição para atuação do juiz

4.2.1 Princípio da inércia da jurisdição

Estabelece que a atividade jurisdicional será posta em atuação quando provocado pelas partes interessadas, conforme o Artigo 128 do Código de Processo Civil:

Art. 128 - O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Deste modo, a norma estabelece que a ausência de manifestação das partes sobre dado assunto no processo de conhecimento, supostamente não deveria ser suscitado pelo estado juiz.

Todavia, até que aonde vai a inércia do juiz, quando dos limites que as partes levarem ao processo? Deve ir mais além em busca da verdade, com intuito de formar sua convicção, é o caso de conhecer de ofício de questões suscitadas no processo, requerer documentos não produzidos, imprescindíveis à formulação da decisão.

O princípio versa sobre o poder que o Estado-juiz exerce na busca pela verdade, induzido pelo princípio da equidade, o poder de solicitar documentos além dos elencados pelas partes, no intuito de proferir uma decisão fundamentada. Mormente no que tange indenização por danos morais.

4.2.2 Princípio da Imparcialidade do juiz

A expressão imparcialidade traduz a idéia de oferta de iguais oportunidades às partes envolvidas em uma determinada relação processual. Logo, o agente estatal funcionará como um estranho, desinteressado em relação a matéria em debate.

Deveras, a finalidade do princípio citado, é proferir um julgamento final eivado de legitimidade, não favorecendo uma parte em relação a outra, para tanto o agente escuta a versão de cada uma das partes envolvidas, no tocante aos fatos e direitos apresentados, pondera provas produzidas, para ao final convencido, dar sua decisão.

Ora, o ordenamento não admite juízes parciais, de forma a colocar a respeitabilidade dos pronunciamentos jurisdicionais em risco, sob esse ângulo conclui que é dever do juiz dar um tratamento igualitário às partes, e a imparcialidade do juiz é

pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. Nesse sentido, entende Portanova:

A imparcialidade é condição primordial para que um juiz atue. É questão inseparável e inerente ao juiz não tomar partido, não favorecer qualquer parte, enfim, não ser a parte. Em verdade, a expressão juiz parcial é redundância e seria quase desnecessário falar em imparcialidade, tal é a imanência entre juiz e imparcialidade (POTANOVA, 2008, p.73).

Em outro aspecto, em que pese a iniciativa do juiz contemporâneo a provocação das partes com o intuito de obter pontos relevantes, para assim dar provimento final, colidiu com o princípio da imparcialidade do juiz. Uma vez que estaria agindo, supostamente, a favor de uma das partes e em desfavor da outra, o qual entendesse estar mais correta, demonstrando com isso total parcialidade.

A tendência de ir além remonta a idéia de imparcialidade, pois do que adiantaria um juiz limitado, redutor de regras, destinado apenas as funções burocráticas e administrativa da lei, submisso ao ordenamento jurídico.

Urge então a necessidade do estado-juiz empenhar-se na descoberta da verdade, seja ela real ou formal, espelhando por essa postura competência e profissionalismo no exercício de sua profissão investida pelo Estado.

Verdade é que a atuação participativa do juiz no desenrolar do processo, configura parcialidade, contrastando com a conduta do juiz de ser imparcial mais não inerte e passivo a situação, mostrando sua atuação participativa com interesse no desfecho do provimento final.

Diante do exposto, o que dizer da indenização por danos morais, que por sua própria natureza exige um julgamento de valor do magistrado para fixação de sua monta? Sendo o título exposto tão controverso por sua própria doutrina que não entende ser possível somente os critérios dogmáticos e normativos do ordenamento jurídico suficientes para o preenchimento dos critérios de avaliação do dano moral do ofendido.

Se a moral não pode ser presumida por meros critérios normativos do nosso ordenamento jurídico como já visto anteriormente, só nos resta o entendimento de que é impossível obter uma decisão jurídica estabelecendo uma indenização por danos morais, usando o princípio da imparcialidade do juiz. O que afirma que toda decisão proferida pelo Estado-juiz sobre o tema é parcial.

4.3 Possibilidade de utilizar a equidade

4.3.1 Do conceito de equidade

A equidade pode ser conceituada como: “*um princípio de interpretação da lei positiva que permite justificadamente um comportamento que se afasta da letra, mas é conforme com a mente do legislador*” CHORÃO (1990 p. 114). Ou ainda, uma correção da lei quando, por causa de sua universalidade, mostra-se incapaz de atender a determinada situação concreta. Consiste, assim, em uma atuação do intérprete que procura aplicar a norma jurídica de modo aperfeiçoado, o que pressupõe a existência de uma lei diversa da lei positiva, aplicando-se os preceitos sempre que insuficientes.

Sua origem filosófica encontrasse no pensamento grego, onde o termo grego *epieikeia* significava o que é reto, equilibrado, temperador das exigências da Justiça, aquilo que o legislador teria dito se estivesse presente. É, portanto, manifestação de justiça e também a sua superação na criação do direito para o caso concreto.

Lopes (1959, p.161) Conceitua a equidade de dois sentidos, o objetivo e subjetivo. O primeiro, a equidade teria um conceito externo ao Direito, designando um conjunto de princípios a ele preexistentes orientadores tanto da aplicação quando da elaboração do Direito.

No segundo caso, de natureza subjetivista, a equidade não estaria fora do Direito Positivo, mas um princípio a ele inerente. Como parte integrante do Direito permitiria ao juiz humanizar a regra jurídica, levaria em consideração as circunstâncias de cada caso, funcionaria de modo subsidiário, corretivo, supletivo, mas sem criar nova regra.

Como é sabido de todos não é possível criar qualquer lei que abranja todos os casos, para tanto, a equidade sana os defeitos oriundos da generalidade da lei. Entrementes, a equidade é a justiça do caso concreto. Trata-se do uso do bom senso ou adaptação razoável da lei ao caso. É a consciência da idéia do justo que gradativamente vai formando a sociedade.

Silveira apresentou a equidade em três dimensões, quais sejam:

LATÍSSIMA – como princípio universal da ordem normativa, observando a conduta humana no aspecto religioso, moral, social ou jurídico, como suprema regra de justiça que os homens devem obedecer; LATA – onde a equidade se confunde com a idéia de justiça absoluta ou ideal, com os princípios do direito, com a idéia do direito, com o direito natural em todas as suas significações; e ESTRITA – quando efetivamente aplicada na interpretação, na integração, individualização judiciária e adaptação (SILVEIRA, 1968, p.249).

A equidade, independente das diferentes concepções, serve à hermenêutica e à aplicação do direito. E não atua como fonte do direito, mas manda que o aplicador do mesmo, na omissão da lei, utilize a analogia, ou recorra às duas fontes subsidiárias – o costume e os princípios gerais do direito (art. 4º). E, ainda, o art. 5º, da LICC, considera a equidade como capacidade que a norma tem de, atenuando o rigor da lei, adaptar-se ao caso concreto.

4.3.2 A equidade e a responsabilidade civil

No campo da responsabilidade civil, o art. 944/CC-02, dispõe medir-se a indenização pela extensão do dano e, no seu parágrafo único, que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

O parágrafo único do art. 953 dispõe que, se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso. Recorre aqui o juiz à equidade, que tem, como nas hipóteses dos artigos anteriores, uma função quantificadora, fixando o valor da indenização.

No mesmo sentido, o art. 954, que recomenda um juízo de equidade no caso de indenização por ofensa à liberdade pessoal, se a vítima não puder provar o prejuízo.

Dever-se-á fixar, também, por equidade quantificadora, a indenização devida pelo incapaz, em virtude dos prejuízos causados, conforme parágrafo único do art. 928. Recorre o juiz à equidade para determinar o valor da indenização.

Os dispositivos citados, são o reflexo da carência do magistrado em medir o dano provocado por uma ofensa, que busca dentro do ordenamento a decisão mais equânime. Entretanto, nesses casos de responsabilidade civil, a norma transfere a responsabilidade de estabelecer os critérios indenizatórios a cargo do Intérprete, que usará a pré-compreensão da moralidade, mensurando o incomensurável, concebendo o inconcebível, no intuito de atender a demanda e oferecer uma resposta mais transparente e isenta possível, o que é demasiadamente difícil.

4.3.3 Da decisão por equidade

Deveres, não se recorre à equidade sem lacuna a suprir, ou sem necessidade de procurar o sentido e o alcance da disposição legal. Ou só se recorre a ela para atenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana.

Diante do caso concreto, havendo necessidade de se buscar o sentido ou o alcance da disposição legal, o aplicador do direito, invoca o auxílio da equidade. Assim a natureza da equidade se mostra como fundamento genérico disponível nas hipóteses em que haja necessidade de se encontrar o real ou verdadeiro significado, do caso singular.

A Lei de Introdução ao Código Civil, no intuito de facilitar a aplicabilidade das normas existentes no ordenamento dipôs:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Essa realidade dinâmica acompanha as relações humanas, modificando-as e adaptando-as às novas exigências da vida. Para o efetivo uso dos instrumentos colocados à disposição, principalmente do julgador, necessário uma omissão da norma.

Quando ocorre (omissão da norma), primeiramente o juiz tenta fazer uso da analogia (aplicar norma semelhante); persistindo a lacuna, pode o julgador fazer uso do costume (*secundum legem, praeter legem e contra legem*); ainda, persistindo a lacuna, o magistrado poderá utilizar os princípios gerais de direito (como, por exemplo, os princípios da moralidade; igualdade de direitos e deveres diante do ordenamento jurídico; proibição de locupletamento ilícito, dentre outros). Porém, se ainda, assim, persistir a lacuna, o magistrado estará autorizado a utilizar o recurso da equidade.

Tendo em vista que a interpretação da norma, por buscar os fins sociais e o bem comum, congrega não só o aspecto normativo, como também o sociológico e o valorativo, na hermenêutica e aplicação do direito requer a participação do julgador. Assim, a decisão judicial além das exigências legais deverá atender aos fins sociais e axiológicos do direito.

Vê-se então, um conflito entre os princípios da imparcialidade do juiz, com o princípio da equidade, em que pese a decisão do magistrado no arbitramento da indenização por danos morais.

Assim, a impossibilidade de avaliação da moral do indivíduo, que pela ausência de instrumentos normativos capazes de auferir a o nível da dor do ofendido, utiliza o princípio da equidade no seu arbitramento, que como visto, deixa de ser parcal.

Contudo, deixa de ser justo no campo jurídico da norma, e tendencioso já que fará uso da sua pré-compreensão como intérprete.

5 DA PSICANÁLISE

5.1 Do conceito e noção do inconsciente

O conceito mais fundamental da psicanálise é a noção de que o inconsciente é um reservatório para memórias reprimidas de acontecimentos traumáticos que influenciam continuamente os pensamentos e o comportamento conscientes.

Em outras palavras, o inconsciente são os impulsos, desejos, emoções, motivações e lembranças das quais não temos consciência, que exercem sobre nós uma poderosa influência em nossos pensamentos, sentimentos e ações. Portanto, as crenças que alimentamos, nossos hábitos diários, nossos sintomas perturbadores e os trabalhos que escolhemos.

As memórias reprimidas são por sua vez, os desejos inaceitáveis, proibidos ou castigados, durante períodos da infância, em sua maior parte, que regem a nossa postura consciente e racional diante do grupo. E para proteção dessa angústia proporcionada pelos pensamentos inconscientes, desenvolvemos mecanismos de defesa no intuito de evitar a dor ou o sofrimento.

A psicologia moderna trata dos processos inconscientes como a maior parte do funcionamento mental humano. Para esclarecer a teoria de Sigmund Freud sobre o inconsciente e as ações que o regem, chamou de memória implícita as atitudes que uma pessoa tem que indicam que ela foi influenciada por uma experiência anterior, mas não tem recordação consciente de tal experiência. A memória da experiência está implícita no comportamento da pessoa, daí a denominação, ela pode também estar envolvida em medos e preferências.

Neste caso, a pessoa continuará a responder as experiências emocionalmente significativas e intensas e a eventos semelhantes, de um modo que sugere a lembrança delas, mas sem delas ter uma legítima recordação. Fobias, medos, preferências e feitiches poderiam ser produzidos desta forma.

A conclusão a tirar desse tópico é que, em referindo-se a decisões humanas, o inconsciente é muito bom para estabelecer ligações emocionais, porém, péssimo para avaliá-las de forma crítica e racional. Ele capta relações no meio ambiente independentemente de elas serem lógicas ou não. Em outras palavras, os processos inconscientes são poderosos, mas acrílicos e não testam a realidade. Um exemplo de tais processos na vida real é que a psicologia chama de *preconceito implícito*, quando vemos um pessoa mau trapilho na rua, ou em ambientes fora do contexto social esperado, tendemos a associar aquela imagem à negatividade, chega até a acreditar que representa uma ameaça, quando na verdade é apenas um processo inconsciente implícito.

Todavia, levando-se em conta os apontamentos dessa teoria, urge a máxima sobre as a decisão do magistrado em que pese a valoração moral e sua avaiiação pelo crivo do estado-juiz. Todas as decisões dos magistrados passam pelos processos inconscientes, o que torna a promulgação o reflexo de sua própria imagem refletida no caso concreto em questão.

5.2 Dos Mecanismos de defesa

Todas as vezes em que desencadeiam situações em que possam provocar um sentimento de culpa e ansiedade, o lado racional, objetivo e lógico, chamado de *ego*, perde o controle, o que ativa uma série de mecanismos de proteção contra a dor psíquica iminente. Como exemplo, uma situação em que um indivíduo, com o fim de evitar uma situação vexatória, remetida por alguma experiência registrada pelo inconsciente em sua vivências, se sente na obrigação de mentir para que não seja reprovado ou rejeitado pelo grupo social de convivência, mesmo que isso seja moralmente incorreto, esse mecanismo de fuga se chama negação.

Outro conceito mais amplo é que os mecanismos de defesa do *Ego* são processos Inconscientes desenvolvidos pela personalidade, os quais possibilitam a mente desenvolver uma solução para conflitos, ansiedades, hostilidades, impulsos agressivos, ressentimentos e frustrações não solucionados ao nível da consciência. Sua finalidade é tentar defender-se, estabelecer compromissos entre impulsos

conflitantes, aliviar tensões internas selecionadas inconscientemente e operando automaticamente.

Os mecanismos de defesa não representam apenas o conflito e a patologia, eles são também uma forma de adaptação. O que torna “as defesas” um aspecto doentio é sua utilização ineficaz ou então sua não adaptação às realidades internas ou externas. (BERGERET, 2006, p.105).

Para o direito, o entendimento dos mecanismos de defesa é um dos elementos fundamentais para compreensão das decisões dos magistrados diante do concreto. Embora a sentença para o sua promulgação, tenha como arcabólso amparo do direito positivo, o elemento humano, como visto, é a completude da norma. Usando as fontes do ordenamento para estabelecer os critérios de avaliação para o julgamento, o magistrado diante do caso concreto, faz uso desses mecanismos pessoais e inconscientes, transferindo o seu ponto de vista e sua própria conduta de vida e experiência no beneplácito de sua decisão.

5.2.1 Da Racionalização

Neste íterim, vale salientar que um dos mecanismos de defesa comumente utilizado na avaliação do intérprete julgador diante do caso de indenização por danos morais é a Racionalização.

Ocorre quando inconscientemente geramos explicações autojustificadas para esconder de nós mesmos os verdadeiros motivos de nossas ações, é um mecanismo planejado para manter o respeito próprio e evitar o sentimento de culpa. Como exemplo, ao proferir uma decisão em que o magistrado entenda “*fiz porque é lei que exige*” ele fornece motivos aceitáveis para a justificação de seu arbitramento, talvez sinta que poderia fazer diferente, e compreendeu ser aquela decisão ser a mais ajustável, socialmente ou moralmente aceita, não exigindo dele um sentimento de rejeição dos seu conduto.

A racionalização serve a dois propósitos: ela alivia a nossa decepção quando não conseguimos atingir um objetivo (“eu não queria mesmo”), e ela nos fornece motivos aceitáveis para nosso comportamento. Se agimos impulsivamente ou por motivos que não desejamos reconhecer, nem para nós mesmos, racionalizamos o que fizemos para ver o comportamento de uma perspectiva mais favorável (ARTKINSON, 2002, p.536).

5.2.2 Da Projeção

É uma forma de deslocamento que dirige-se para fora, e atribui a outras pessoas seus traços de caráter, atitudes, motivos e desejos contra os quais existem objeções e que se quer negar. Para Myers:

A projeção, segundo Freud, disfarça os impulsos ameaçadores atribuindo-os aos outros. Assim “ele não confia em mim” pode ser a projeção do verdadeiro sentimento “eu não confio nele” ou “eu não confio em mim mesmo”. (FREUD apud, MEYERS 2006, p.425).

Todos nós temos traços indesejáveis que não reconhecemos, até pra nós mesmos, a projeção é o mecanismo de defesa do ego que nos protege do reconhecimento de nossas próprias qualidades indesejáveis atribuindo aos outros de sobremodo. A Exemplo disso, se na avaliação do operador do direito sobre uma das partes, supor que o agente causador do dano tiver sido cruel e indelicado (a), em sua decisão, o aplicador da lei será induzido a crer que sua decisão não reflete sua própria natureza crítica e indelicada, mas simplesmente afirmará: *“dei o que eles mereciam”*.

5.2.3 Do deslocamento

É um processo psíquico através do qual o todo é representado por uma parte ou vice-versa. Também pode ser uma idéia representada por uma outra, que, emocionalmente, esteja associada à ela. Esse mecanismo não tem qualquer compromisso com a lógica. É o caso de alguém que tendo tido uma experiência desagradável com um policial, reaja desdenhosamente, em relação a todos os policiais.

Também se manifesta na Transferência, fazendo com que o indivíduo apresente sentimentos em relação a uma pessoa que, na verdade, lhe representa uma outra do seu passado. Ao impulsos básicos da nossa personalidade não podem ser mudados, mas podemos mudar o objeto ao qual dirigimos o impulso reprimido.

Enquadrando no contexto jurídico, partimos do exemplo onde um o afensa cometida, como difamação, injúria, calúnia cometida pelo ofensor a uma das partes, tenha

como caso concreto a a experiência vivida pelo juiz, que automaticamente transferindo o impulso da raiva reprimida para o caso em questão, exarcebando a sua imoralidade inconsciente na aplicação da pena.

CONCLUSÃO

O presente tema, a saber, Indenização por danos morais: A medida da moralidade e o julgamento de valor no direito brasileiro sob a ótica psicanalítica, traz um novo conceito sobre a decisão jurisdicional e sua imparcialidade ante o caso concreto.

Em síntese, na presente tese, concluímos que as normas foram criadas como um medidor de condutas, onde passou a ter valor ao passar pelo crivo da crítica, pessoal e social, e da aceitação. Daí a importância de um estudo mais amplo sobre a moral, sobretudo, nos seguintes contextos.

A moral para a psicanálise é um resultado do inconsciente reprimido por padrões reguladores, e normas de conduta social, estabelecidas por costumes, culturas, dogmas e tradições familiares, que todo ser humano carrega em sua vivência. Logo, por mais ético no padrão normativo que as leis sociais estabelecem, o indivíduo é composto por uma série de valores que transcende o padrão normativo. Até mesmo o magistrado faz uso de seus próprios valores para reparar a moral do ofendido. No contexto sociológico, a moral é um modelo que define o comportamento ideal em cada configuração. Os padrões estabelecidos conforme o modelo orientam o comportamento em direção ao ideal. As normas estatuem o tipo de comportamento voltado para o modelo.

Entretanto, no direito, há normas que possuem um caráter imperativo. São regras que visam a satisfação do bem comum da coletividade, o e equilíbrio das relações humanas, não estando sujeitas ao livre arbítrio da vontade individual, porém, existem preceitos que seguimos apenas por questão de consciência moral sendo o seu cumprimento dependente do caráter de cada pessoa, dos valores morais, que encontram-se dentro da consciência de cada indivíduo.

Na Teoria do mínimo ético, o Direito classificado como uma parte da Moral, ou seja, os valores jurídicos seriam, antes de tudo, valores morais, existindo normas jurídicas que nascem de preceitos morais estabelecidos pelos costumes de um determinado povo ou sociedade.

Já o dano moral acima, é a lesão da esfera personalíssima de uma pessoa, violando sua imagem, honradez, sua intimidade, que deve ser reparado por uma Indenização e tem a finalidade de reparar a dor, o sofrimento ou exposição indevida sofrida pela vítima em virtude da situação constrangedora, não podendo ser vista como o instrumento de enriquecimento indevido, e sim com o caráter pedagógico,

Desta forma, o juiz deve medir o grau de seqüela produzido, que diverge de pessoa a pessoa. A humilhação, a vergonha, as situações vexatórias, a posição social do ofendido, o cargo por ele exercido e a repercussão negativa em suas atividades são alguns critérios de avaliação da indenização por danos morais. Muito embora, não esteja o julgador, subordinado a nenhum limite numérico nem a uma tabela prefixada, devendo estimar uma quantia compatível com o nível de reprovação da conduta ilícita e a gravidade do dano produzido, atentando sempre para a necessidade de coibir o enriquecimento sem causa. Inexistindo critérios previstos por lei, a indenização deve ficar ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame, fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, pelo seu bom senso, equidade, valores morais, ética, possa estabelecer a sentença.

Neste julgamento de valor e a medida da moral, cabe a constatação de que o operador do direito interpreta e aplica o princípio conforme apreciações subjetivas suas. Contudo, a pré-compreensão do intérprete é o que não está necessariamente presente nos fatos ou nos elementos que envolvem uma decisão, mas já está incorporado ao sujeito de forma subliminar. Entrementes, existem dois fatores que influenciam as decisões e comportamentos: o raciocínio e as emoções, a via racional, regida pelo pensamento lógico, atua por argumentação; e a via emotiva, regida pelo pensamento associativo, obedece a outros parâmetros: não atua por argumentação, mas por transferência.

Ora, somos confrontados por esse binômio quando temos de fazer um juízo moral, decidir o rumo de uma relação pessoal, que para o bem ou para o mau, emoções e sentimentos se fazem presentes no instante de decisão do intérprete. O que leva a afirmar que, nessas circunstâncias, qualquer interpretação estará sempre limitada

pela subjetividade do interprete, tornando a mesma uma manifestação individual e não coletiva do julgador.

Embora caiba ao juiz; zelar pela observância formal das regras processuais por partes dos litigantes e ter seus atos sejam regidos pelo princípios da Imparcialidade do juiz, há o entendimento de que é impossível obter uma decisão jurídica estabelecendo uma indenização por danos morais, usando o princípio da imparcialidade, mesmo que este tenha como conceito de proferir um julgamento final eivado de legitimidade, não favorecendo uma parte em relação a outra. Verdade é que a atuação participativa do juiz no desenrolar do processo, configura parcialidade uma vez que a moral não pode ser presumida por meros critérios normativos do nosso ordenamento jurídico.

Concluimos sob a ótica psicanalítica que as atitudes e decisões uma pessoa, indicam que ela foi influenciada por uma experiência anterior, mas não tem recordação consciente de tal experiência. A memória da experiência está implícita no comportamento da pessoa. Neste caso, a pessoa continuará a responder as experiências emocionalmente significativas e intensas e a eventos semelhantes, de um modo que sugere a lembrança delas, mas sem delas ter uma legítima recordação. Para tanto, afirmamos que as decisões dos magistrados passam pelos processos inconscientes, o que torna a promulgação o reflexo de sua própria imagem refletida no caso concreto em questão.

Estes processos inconscientes refletidos por mecanismos de defesa que se manifestam, todas as vezes em que desencadeiam situações em que possam provocar um sentimento de culpa e ansiedade, o lado racional, objetivo e lógico, chamado de *ego*, perde o controle, o que ativa uma série de mecanismos de proteção contra a dor psíquica iminente. O magistrado diante do caso concreto, faz uso desses mecanismos pessoais e inconscientes, transferindo o seu ponto de vista e sua própria conduta de vida e experiência no beneplácito de sua decisão.

Um desses mecanismos se chama Racionalização que ocorre quando inconscientemente geramos explicações autojustificadas para esconder de nós

mesmos os verdadeiros motivos de nossas ações, é um mecanismo planejado para manter o respeito próprio e evitar o sentimento de culpa.

A projeção atribui a outras pessoas seus traços de caráter, atitudes, motivos e desejos contra os quais existem objeções e que se quer negar, a projeção é o mecanismo de defesa do ego que nos protege do reconhecimento de nossas próprias qualidades indesejáveis. E por fim o deslocamento, que também se manifesta na transferência, fazendo com que o indivíduo apresente sentimentos em relação a uma pessoa que, na verdade, lhe representa uma outra do seu passado.

REFERÊNCIAS

- ARTKINSON, Rita L. Richard C Artkinson, Edward E. Smith, Daryl j. Bem, Susan Nolen-Hoeksema, e Carolyn D. Smith. **Introdução à Psicologia de Hilgard**, 13ª ed., Porto Alegre: Artimed, 2002
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, São Paulo:Saraiva, 2009.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/bdtextual/const88/Con1988br.pdf>> Acesso em: 15 de setembro. 2011, às 22:34h.
- BRASIL. **Decreto-lei n. 5.250**, de 09 de fevereiro de 1967. REGULA A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE INFORMAÇÃO. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em: 28 de junho de 2012
- BRASIL, **Código Civil - Lei no 10.406**, de 10 de janeiro de 2002 Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027027/codigo-civil-lei-10406-02#art944>, acessado em 30 de junho de 2012, às 11:11h
- BRASIL, **DECRETO-LEI Nº 4.657**, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Promulgada em 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm, acessado em 29 de junho de 2012, às 19:06h.
- BERGERET, J. **O problema das defesas**. In: Bergeret, J. ...[et al.]. Psicopatologia: teoria e clínica. Porto Alegre:Artmed, 2006.
- BOTTARO, Marcos César - **Legislação em Fisioterapia – Resumo dano moral e material** Disponível em: http://www.mcbottaro.com.br/apostilas/legislacaofisio/Fisio2010%20_%20DANO%20MORAL%20E%20MATERIAL.pdf. Acesso em; 04/10/ 2011, às 01:19h.
- BUONOMO, Marco Antonio. **O Valor indenização por dano moral**. Revista de direito: Unisa. Ano 2002, p. 145-158, v. 3.
- CASTRO, Celso Antonio Pereira de. **Sociologia do Direito**. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003
- CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 3ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2009
- CHORÃO, Mário Bigotte. **Epiqueia**. In: **Logos**. Enciclopédia luso-brasileira de Filosofia. Lisboa;São Paulo, 1990. v. 2.
- DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**, São Paulo, Companhia das Letras, 1996.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**, São Paulo, Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil**. 22.ed revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol.7

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, 9ª ed. atualizada, São Paulo: Saraiva. 1997

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**, 20ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

FERRÉS, Joan. **Televisão subliminar: socializando através de comunicações despercebidas**. Tradução por Ernani Rosa e Beatriz A. Neves. Porto Alegre : Artmed, 1998.

FREUD, Sigmund (1916-1917). Conferências Introdutórias de Psicanálise, Conferência XXIII - **Os Caminhos da Formação dos Sintomas**. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas. Vol.XVI. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

FREUD, Sigmund (1916-1917). Conferências Introdutórias de Psicanálise, Conferência XVII - **O Sentido dos Sintomas**. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas. Vol.XVI. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

FREUD, Sigmund (1937). **Análise Terminável e Interminável**. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stoze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**, vol.3: responsabilidade civil. 8. ed. revista e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2010

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed. revisada de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003

HINSHELWOOD, R. D. **O que acontece nos grupos, Psicanálise, o indivíduo e a comunidade**. 1ª ed., São Paulo:Via Lettera, 2003

LOPES, M. M. de S. **Comentários à lei de introdução ao código civil**, 2ª ed., ver. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959.

MEYERS, David G., **Psicologia**, 7ª ed., Rio de Janeiro:LTC-Livros técnicos e Científicos Editora Ltda, 2006

MOURA, Joviane, Mecanismos de defesa, **Psicologado artigos**, publicado em 05 Setembro 2008 - Disponível em:

<http://artigos.psicologado.com/abordagens/psicanalise/mecanismos-de-defesa#ixzz1zJVYVNM7>, acessado em 30 de junho de 2012, às 18:19h

NEDEL, Marco Aurélio. **Uma vereda para diógenes** — São Paulo: Papa-livro, 2004.

PEREIRA, Otaviano. **O que é moral** 2ª reimpressão – São Paulo:Brasiliense, 2004

POTANOVA, RUI. **Princípios do Processo Civil**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTANELLA, Lúcia. **Produção de linguagem e ideologia**, 2ª ed., São Paulo, Cortez, 1996.

SILVEIRA, A. **Hermenêutica no direito brasileiro**. 1ª ed., São Paulo:RT, 1968.