

CÉLIA MARA PERES

**DANO MORAL: DA NATUREZA DA INDENIZAÇÃO AOS CRITÉRIOS
PARA FIXAÇÃO DO *QUANTUM***

MESTRADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2006**

CÉLIA MARA PERES

**DANO MORAL: DA NATUREZA DA INDENIZAÇÃO AOS CRITÉRIOS
PARA FIXAÇÃO DO *QUANTUM***

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob orientação da professora Doutora Maria Helena Diniz.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2006**

Banca Examinadora

A Deus, sempre presente, a quem agradeço pela vida e pelo dom recebido.

Aos meus queridos pais, Luiz Xavier Peres e Maria Aparecida Gonzaga Peres, que deixam como princípios a arte de amar ao próximo, a oração e a humildade. Obrigada por existirem.

Ao Maurício Eduardo Pastore que sempre esteve ao meu lado, acompanhando, orientando e incentivando os meus passos.

Ao meu filho precioso, Rodrigo Peres Pastore, curioso e solidário, minha alegria de viver e fonte de fortalecimento nos momentos de dificuldade, a quem espero deixar tudo aquilo que recebi de meus pais.

Meus agradecimentos,

à minha orientadora, professora querida, Maria Helena Diniz, exemplo de força e humanidade, pelo acolhimento, confiança, estímulo e incondicional dedicação à arte de educar;

ao Paulo Sergio João, pelo incansável carinho, paciência e dedicação. Agradeço por fazer parte da minha vida;

aos amigos queridos e para todos os momentos, Raíssa Bressanim Tokunaga, Jorge Gonzaga Matsumoto, Joelma Ferreira Arroio e Joyce Alves Martins.

às amigas Cristiane Franco Castelão, Silvia Aparecida da Silva Oliveira e Maria Raquel Juliano Bertolino, pela inigualável paciência de ouvir e pelo companheirismo;

à Vera Lúcia Silva, pelo zelo e dedicação na arte de cuidar do meu lar e de minha família.

E houve o tempo em que os próprios homens menosprezaram sua importância, colocando-se em segundo plano, dependentes dos bens e da propriedade. Felizmente, enxergaram que a dignidade da pessoa humana é o bem supremo e o centro do ordenamento jurídico.

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

PREFÁCIO

1. Responsabilidade civil: breves considerações	17
1.1 – Evolução do conceito de responsabilidade civil	21
1.2 – Pressupostos da responsabilidade civil.....	28
b. Culpa	31
c. Nexo de causalidade	32
d. Noção e espécies de dano	37
2. Dano moral: Noções Gerais	52
2.1. Dano moral na história	52
2.2. Notas preliminares para a elaboração do conceito	57
2.3. Teorias e os diversos conceitos de dano moral	61
2.3.1. Teoria da negação ou exclusão	61
2.3.2. Teoria da existência da dor ou no estado psicológico do ofendido	63
2.3.3. Teoria dos direitos atingidos e os direitos da personalidade.....	66
2.3.4 Teoria do efeito da lesão	70
2.3.5. Teoria da violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana	72
2.4. Caracterização do dano moral nos casos de ausência de transtorno psicológico ou perturbação espiritual do lesado.....	77
2.4.1. Responsabilidade civil por dano moral aos loucos, doentes mentais, pacientes em estado de coma e vegetativos.....	78
2.4.2. Responsabilidade civil por dano moral à criança e o nascituro.	82
2.3. Direito das pessoas jurídicas à indenização por dano moral.....	84
2.4. Dano moral difuso ou coletivo	91
2.5. Espécies de dano moral: dano puro, direto e indireto	92
3. Indenização do Dano Moral.....	95
3.1. Generalidades.....	95
3.2. A trajetória do dano moral na legislação brasileira, na doutrina e na jurisprudência.....	95
3.3 Controvérsia da indenizabilidade do dano moral	137
3.4. Reconhecimento do dano moral como objeto de indenização e a substituição do patrimônio pela pessoa	152
3.5. Reparação do dano moral.....	160

3.5.1. A indenização como pena privada	164
3.5.2. Reparação como compensação ou satisfação	170
3.6. Críticas à teoria da pena privada	174
3.6.1. Ofensa ao princípio constitucional da legalidade e incompatibilidade com os princípios que norteiam a responsabilidade civil	175
3.6.2. Banalização do instituto e incentivo à “indústria do dano moral”	178
3.6.3. Enriquecimento sem causa da vítima	180
3.6.4. Degeneração da sociedade e fator de instabilidade social	181
3.6.5. Incompatibilidade com o sistema jurídico brasileiro	183
3.7. Críticas à teoria da compensação ou satisfação da vítima.....	186
3.7.1. Presença do caráter punitivo no sistema normativo brasileiro	186
3.7.2. O necessário acesso de todos à Justiça.....	189
3.7.3. Da ausência de injusto enriquecimento da vítima	192
3.7.4. Inexistência do sentimento de vingança e ausência de instabilidade econômica e social	194
3.8. A natureza compensatória-punitiva dos danos morais.....	197
3.9. Critérios para aplicação da função punitiva.....	206
3.9.1. Culpa grave do agressor.....	206
3.9.2. Responsabilidade objetiva	209
3.9.3. Caráter punitivo como exemplo à sociedade e nos casos de danos difusos ou coletivos.....	210
3.9.4. Demais ressalvas doutrinárias	211
3.10. Da superação doutrinária acerca da dupla função da indenização e da problemática em torno dos critérios para avaliação do dano moral	212
3.10.1. Reparação <i>in natura</i>	215
3.10.2. Reparação convencional	218
3.10.3. Arbitramento judicial e critérios apontados pela doutrina e jurisprudência para a fixação do valor indenizatório	220
a. Dimensão da culpa do ofensor	226
b. Extensão do dano.....	230
c. Nível econômico do ofensor e da vítima	234
d. Condições pessoais da vítima e do ofensor	241
e. Lucro ilícito do ofensor	244
f. Contexto e realidade econômica brasileira	246
g – Princípios da razoabilidade, proporcionalidade e a equidade ..	249
h - Reparação legal da indenização ou tarifação.....	256
4. Critérios para a fixação do quantum indenizatório no direito comparado	269

4.1. Direito português.....	269
4.2. Quantificação do dano moral no direito argentino.....	275
Conclusões	281
Bibliografia	285

RESUMO

A presente dissertação de mestrado versa sobre o dano moral, voltada à natureza que assume no sistema jurídico brasileiro e à problemática em torno dos critérios utilizados para a fixação do *quantum* indenizatório.

Objetiva demonstrar a sua importância no cenário nacional e mundial, por se caracterizar prática que afronta o princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana, além de violar os direitos da personalidade.

Procurar-se-á destacar, ainda, a preocupação e dificuldades existentes, na busca da maneira ideal para a fixação da indenização, de forma a entregar ao ofendido a mais justa reparação, geralmente pecuniária, sem, contudo, comprometer o equilíbrio das relações jurídicas.

Para que fosse possível tecer as considerações e conclusões sobre o tema proposto fez-se necessário um estudo prévio da responsabilidade civil, abordando seus fundamentos e evolução, com enfoque em diversos aspectos que envolvem o dano moral, tais como seu conceito, indenizabilidade, trajetória doutrinária, legislativa e jurisprudencial, e o reconhecimento do homem como centro do ordenamento jurídico, relegando-se ao patrimônio um segundo plano.

No desenvolvimento do trabalho foi utilizado o método de compilação, aliado à pesquisa de jurisprudência e legislação comparada. Foram abordadas as leis que tratam do assunto e projetos de lei que se encontram em tramitação.

Concluiu-se que ao contrário da tarifação, o arbitramento judicial continua a ser o melhor meio para a aferição e fixação do valor indenizatório, desde que os magistrados observem a real necessidade de fundamentação dos julgados, apontando, de forma individualizada, cada um dos critérios já consagrados pela jurisprudência e doutrina com o seu respectivo valor e, principalmente os motivos que o levaram àquela conclusão no caso concreto.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Dano moral; Direitos da Personalidade; Dignidade da pessoa humana, Reparação; Natureza compensatória; Natureza punitiva, Arbitramento judicial; Tarifação.

ABSTRACT

The present dissertation turns on punitive damages, the nature that they assume in the Brazilian legal system and the problematic around the *quantum* that must be awarded to the victim.

This work intends to demonstrate the importance assumed by the study of the punitive damages in the national and world-wide scene, once the practice of this illegal conduct confronts the constitutional principle that guarantees the respect of the dignity of the human being, by violating the rights of the personality.

Still, it tries to detach the difficulties to find an ideal way to award the victim the fairest relief, which is generally pecuniary, without compromising the legal relationship balance.

In order to make some considerations about the subject proposed, it was necessary to make a previous study about the civil liability, by dealing with its evolution and principles and focusing on the different aspects around the punitive damages, such as the concept, indemnity, doctrines, trajectory of the former court decisions and the recognition of the man as the centre of the legal system, relegating the patrimony to a second plan.

The compilation method was used during the development of this study, also the research of jurisprudence and comparative legislation. Laws and

projects of law which are in transaction process had been mentioned as well.

From this study, we can infer that instead of applying tax rates, the legal arbitration continues to be the best way to award the damage, since the magistrates observe the real necessity of basing their decisions and discriminating, in a individualized way, each of the judgments already consecrated by the doctrine and the jurisprudence, and mainly, the reasons that took them into that conclusion.

Key-words: Tort; Civil Liability; Rights of the Personality; Dignity of the human being; Relief; Compensatory Nature; Punitive Nature; Legal Arbitration; Tax rates

PREFÁCIO

Embora a responsabilidade civil, inegavelmente, tenha contemplado o dano moral desde os primórdios, em ordenamentos que influenciaram as codificações modernas, especialmente o Código Civil francês, nem sempre o instituto teve a importância e o reconhecimento alcançado na atualidade.

Várias são as controvérsias que permeiam o dano moral, principalmente durante o último século. Podemos citar quatro delas, todas abordadas no presente trabalho. A primeira, mais longínqua, questionou a possibilidade da existência do desagravo moral, já que o dano não poderia ser visto ou palpável, insuscetível, portanto, de certeza.

A segunda, mais recente, deu relevo à questão atinente à inviabilidade de ressarcimento do dano moral, posto que impossível seria atribuir um preço à dor, muito menos ordenar a restituição do lesado ao seu estado anterior, como naturalmente ocorria com o dano material. A controvérsia, nessa trilha, após longo percurso, restou superada em definitivo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que auxiliada por estudos doutrinários, legislações específicas anteriores e julgados proferidos a respeito, reconheceu vez por todas o dano moral, garantindo às vítimas o direito ao integral ressarcimento.

Tratou-se da passagem do pensamento essencialmente patrimonialista, influenciado pelo liberalismo econômico, pelo qual os homens eram livres para atuar e estabelecer relações jurídicas em busca da propriedade e do

bem material, sem qualquer preocupação com a ética e com os reflexos sociais e pessoais de sua conduta, para a total valorização do ser humano, como bem supremo de todo o ordenamento jurídico, início, meio e fim de toda e qualquer ação e relação interpessoal.

Foi a consagração do respeito à dignidade da pessoa humana como princípio constitucional, complementado, posteriormente, pela previsão expressa do respeito aos direitos da personalidade, que embora previstos de forma não taxativa, foram insculpidos pelo Código Civil de 2002.

A terceira discussão, decorrente do reconhecimento da ressarcibilidade do dano moral aliado à necessidade de integral proteção da dignidade da pessoa humana, se relaciona com aspecto atinente à prática processual. Trata-se da legitimidade ativa para a postulação do dano moral, que embora tenha sido tratada de maneira breve, em rápidas pinceladas, se mostrou de grande importância para o seguimento da obra.

A quarta controvérsia, caracterizada como o verdadeiro objeto do presente estudo, há muito existente entre nós, mas ainda sem total superação entre juristas e legisladores, diz respeito à indenização devida, já que sempre pairam dúvidas acerca da maneira ou forma ideal por meio da qual se determinará o ressarcimento.

Nesse passo, procurar-se-á no trabalho proposto identificar todas as sugestões doutrinárias, bem como as soluções apresentadas por leis específicas, seja indicando critérios subjetivos, que ficam à disposição do magistrado para avaliação e posterior arbitramento, como as condições

pessoais da vítima e do ofensor, a gravidade da lesão, a extensão do dano, o contexto e realidade econômica brasileira, entre outros, seja indicando critérios objetivos, considerando-se variadas tabelas, cada qual com suas tarifas discriminadas, considerando-se o tipo de dano ou levando-se em consideração o grau de culpa.

O estudo do direito comparado, pautado na análise dos critérios para a quantificação do dano moral em alguns países, da mesma forma, foi utilizado como subsídio, orientando para a conclusão do trabalho.

São Paulo, 31 de agosto de 2006

Célia Mara Peres

1. RESPONSABILIDADE CIVIL: BREVES CONSIDERAÇÕES

Antes de ingressarmos no assunto que será o centro do estudo proposto, isto é, o valor do dano moral e os critérios para sua quantificação, urge, preliminarmente, que alguns conceitos fundamentais sejam ventilados, a fim de que se torne possível compreender todo o contexto da problemática proposta.

Para tal finalidade e num primeiro momento, necessária uma breve noção introdutória acerca da responsabilidade civil, sem a qual não há sentido se pensar em dano, ainda que a tratemos de forma singela.

Em nota introdutória ao tema, perfeitas as palavras de Maria Helena Diniz¹, segundo a qual *“A responsabilidade civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais, e no prodigioso avanço tecnológico, que impulsiona o progresso material, gerador de utilidades e de enormes perigos à integridade da pessoa humana”*.

Tais dizeres, proclamados em pleno século XXI, encontram sua razão de ser na evolução pela qual a responsabilidade civil, como instituto jurídico e histórico, passou ao longo dos séculos, caracterizando-se, atualmente, ponto de preocupação acentuada, face ao atual contexto em que a sociedade moderna se encontra, defronte aos mais elevados avanços da

¹ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, São Paulo: Saraiva, 2002, v.7, p. 7

tecnologia e às extensões das relações contratuais e extracontratuais, fatos que, sem dúvida, causam maior exposição das pessoas, colocando em risco sua integridade, privacidade e dignidade.

Pois bem, antes da vida em sociedade, não havia nenhum vestígio dos postulados mais elementares de responsabilidade, ou de qualquer legislação tendente à restrição da liberdade do homem em benefício e nome do coletivo, já que nem mesmo se podia ter em mente o conceito de interesses coletivos ou difusos.

A vida era regrada pela questão da sobrevivência, afinal de acordo com Rodrigo Mendes Delgado² *“a própria lógica da natureza impõe que os mais aptos sobrevivem, enquanto que, os menos aptos tendem a perecer. Afinal, quanto menos pessoas o homem primitivo tivesse ao seu lado, mais alimento e mais água ele teria à sua disposição. Quanto mais aumentasse o número de pessoas ao seu redor, maior era a competitividade. Se um animal lhe oferecia alimento para uma semana, é óbvio que, se tivesse que dividir com outras pessoas, esse alimento acabaria em menos tempo. Assim destruir o oponente, era uma regra que a própria natureza impunha aos seus protagonistas”*.

No entanto, a realidade da vida individual, primitiva, de há muito se perdeu, dando margem à vida em grupo e às relações mantidas entre as pessoas. A antiga liberdade irrestrita deu lugar aos limites até então desconhecidos,

² Rodrigo Mendes Delgado, *O valor do dano moral: como chegar até ele*, 2ª.ed., Leme: J.H.Mizuno, 2004, p. 33

fazendo surgir e vigorar o brocardo segundo o qual, a liberdade de um vai até o limite em que começa a liberdade do outro.

Assim as condutas praticadas pelos homens passaram a ganhar um novo delineamento, ou seja, passaram a ser coordenadas pelos limites impostos aos atos de cada indivíduo, sob pena de responsabilidade individual em prol do interesse coletivo.

Tais limites surgiram como forma de busca e manutenção da harmonia e equilíbrio das relações jurídicas, impondo àquele que o ultrapassasse, responsabilidade pelo ato praticado, em função do dano ou prejuízo causado a outrem.

Primeiramente, os limites não encontravam regras juridicamente dispostas, sendo impostas pela própria sociedade. A reação contra aquele que superasse tais limites, assumia a forma de vingança coletiva, caracterizada pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa praticada.

Posteriormente, a reação passou a ser individual, caracterizada pela prática da *“justiça com as próprias mãos”*, fundamentada na Lei de Talião, na qual imperava o brocardo *“olho por olho, dente por dente”*, ou seja, o dano era reparado da mesma forma pela qual fora produzido, estando a reparação, ainda, muito ligada à idéia de pena corporal.

Orlando Soares³ retrata essa evolução, afirmando que *“historicamente, nas sociedades primitivas, de um modo geral (inclusive nas tribos ameríndias,*

³ Orlando Soares, *Responsabilidade civil no direito brasileiro*, 3ª.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.2

já existiam ‘relações de convivência’ e ‘necessidade do respeito recíproco’, reguladas através de normas cuja violação implicava na retribuição do mal com o mal, na forma típica do talião (retaliatio), como forma de ‘vingança regulada e comensurada’”.

Posteriormente, a *Lex Aquilia de Damno* trouxe a idéia de reparação pecuniária do dano, além de introduzir a comprovação da culpa como pressuposto da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria caso tivesse procedido sem culpa. Entretanto, foi o Código Civil francês que, bem ou mal, aperfeiçoou as idéias romanas e consagrou a idéia de responsabilidade civil, estabelecendo seus princípios e normas e influenciando as legislações dos países civilizados, em especial daqueles que tem nas leis sua principal fonte normativa.

Sem se ater aos detalhes de cada um dos momentos históricos mencionados, sob pena de fugir às breves considerações propostas neste tópico, é possível afirmar, de forma muito simples e sem maiores complexidades, apenas a fim de introduzir o assunto, que a responsabilidade é o instituto que liga alguém às conseqüências do ato que pratica.

Nesse sentido, afirma Américo Luís Martins da Silva⁴ que “*A vida em sociedade exige que os indivíduos respondam por seus atos, atitudes e reações ou por atos de terceiros a que possam estar ligados moralmente como seus auxiliares ou prepostos. Portanto, todo indivíduo tem o dever de*

⁴ Américo Luís Martins da Silva, *Dano moral e sua reparação civil*,. 3ª.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.15

não praticar atos nocivos, danosos ou prejudiciais a outro indivíduo, dos quais resultem ou possam resultar-lhes prejuízos, pouco importa que se originem de seu estado doentio em função de sua personalidade confusa, revoltada ou desordenada, do princípio do livre arbítrio etc”.

De acordo com Silvio de Salvo Venosa⁵, *“O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar”.*

Desta forma, a responsabilidade, no entendimento de Maria Helena Diniz⁶, *“visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o ‘statu quo ante”*, aparecendo como forma de compensar a vítima e, de certa forma, como meio de sancionar o ofensor, visando, assim, atender o interesse particular em prol da harmonia e equilíbrio do coletivo.

1.1 – Evolução do conceito de responsabilidade civil

Não obstante a noção de responsabilidade como termo que traduz a posição daquele que não executou o seu dever, pela importância do tema e diante das conseqüências que um ato danoso pode causar, o instituto foi e tem sido objeto de acirrados estudos, adquirindo roupagens e definições

⁵ Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: responsabilidade civil*, 5ª.ed., São Paulo: Atlas, 2005, p.13-14

⁶ Maria Helena Diniz, *Curso*, p.3

que merecem maior detalhamento para que seja possível ingressar no estudo do dano propriamente dito, chegando ao prejuízo moral e o problema de sua valoração.

Ao longo da história o fundamento original da responsabilidade era exclusivamente subjetivo, fundado no conceito de culpa, ou seja, só seria responsabilizado por ato danoso a outrem o agente que praticasse ato considerado culposos, com negligência, imperícia ou imprudência.

No entanto, a noção de culpa, historicamente, foi sofrendo constantes temperamentos em sua aplicação, de forma a adaptar o dever de responsabilidade às necessidades prementes da vida social apresentada ao mundo jurídico, adequando-se, assim, as normas aos fatos e valores.

Nesse sentido e de acordo com Silvio de Salvo Venosa⁷, *“as primeiras atenuações em relação ao sentido clássico de culpa traduziram-se nas `presunções de culpa` e em mitigações no rigor da apreciação da culpa em si. Os tribunais foram percebendo que a noção estrita de culpa, se aplicada rigorosamente, deixaria inúmeras situações de prejuízo sem ressarcimento. (...) Não se confunde a presunção de culpa, onde culpa deve existir, apenas se invertendo os ônus da prova, com a responsabilidade sem culpa ou objetiva, na qual se dispensa a culpa para o dever de indenizar. De qualquer forma, as presunções de culpa foram importante degrau para se chegar à responsabilidade objetiva”*.

⁷ Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p.24

Após as chamadas “presunções de culpa” ou “culpa presumida” no final do século XIX, o conceito de responsabilidade sem culpa e as noções de risco começaram a ganhar espaço e força, dividindo o cenário jurídico com a responsabilidade sem culpa ou responsabilidade objetiva.

A teoria do risco surge na história do direito, ancorada no princípio da equidade – quem lucra ou se beneficia com uma situação deve suportar os riscos ou desvantagens dela resultantes - e fundamentada na idéia de que aquele que exerce determinada atividade e dela tira proveito direto ou indireto, responde pelos danos que ela causar, independentemente de culpa sua ou de seus prepostos. Cuida-se do denominado risco-proveito ou risco-benefício.

No direito mais recente, a amplitude da responsabilidade com o intuito de não deixar desamparado aquele que sofre algum dano, justificou o reconhecimento da responsabilidade objetiva, pela qual a aferição da responsabilidade deixa de ser apoiada unicamente na existência de culpa do agente ou do risco da atividade, levando em conta com mais proeminência o ato causador do dano e o dever de se evitar um prejuízo injusto para a vítima.

Dessa forma somente os danos absolutamente inevitáveis deixariam de ser reparados, exonerando-se o responsabilizado.

Ou ainda, segundo Silvio de Salvo Venosa⁸ *“qualquer que seja a qualificação do risco, o que importa é sua essência: em todas as situações*

⁸ Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, cit., p.24

socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la. O princípio do risco repousa na necessidade de segurança jurídica. Sob esse prisma, deve existir uma imputação ao agente, quer responda ele por culpa, na responsabilidade subjetiva, quer responda pelo risco de sua atividade, na responsabilização objetiva”.

Américo Luís Martins da Silva⁹ lembra que, embora de adoção recente pelas Codificações, *“a responsabilidade objetiva ou indireta tem origem na obrigação de indenizar os danos resultantes do chamado quase-delito, previsto no antigo Direito Romano. As hipóteses de quase-delitos, apontadas pelas Institutas, são as seguintes:*

- a) o juiz profere uma sentença manifestamente injusta ou contrária à lei, por dolo ou imperícia;*
- b) alguém atira, imprudentemente, à rua, algum objeto, que vai, em sua queda, ofender um transeunte, ou suspende, sobre quaisquer lugares de passagem, um móvel, que venha ou não a tombar sobre desprecavidos passeantes;*
- c) o capitão do navio, o dono do hotel ou de cavalaria não impedem que seus empregados causem prejuízos aos passageiros, hóspedes ou viajantes.”*

Em que pese a evolução do instituto e até mesmo o fato da origem da responsabilidade objetiva ter ocorrido em 21.11.533¹⁰, com a publicação

⁹ Américo Luís Martins da Silva, *Dano*, cit., p.18

¹⁰ Mário Curtis Giordani, *Iniciação ao direito romano*, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p.201

das Institutas, ainda hoje, a doutrina tem enfrentado dificuldades para conceituar a responsabilidade civil, havendo muitos, ainda, que para a sua definição, incluem na culpabilidade o elemento preponderante, olvidando-se da hipótese de responsabilização objetiva.

Buscando a definição do termo responsabilidade, Ulderico Pires dos Santos¹¹ escreve que tal designação deve ser entendida como “*a causa determinante do dever de não violar o direito alheio, seja por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência*”.

Todavia, tal definição, por ser incompleta, demonstrou-se incompatível com a abrangência da responsabilidade, na medida em que não foi capaz de exprimir de maneira integral o estado, a ação ou a sua noção absoluta de responsabilidade, que supera a questão da aferição da mera culpabilidade do agente, ou seja, quando este pratica um ato ilícito a ele imputável (responsabilidade civil subjetiva), abrangendo, também, as situações em que se pratica um ato que lícito ou ilícito, independentemente do comportamento do agente (responsabilidade civil objetiva), resultando dano à outra pessoa.

Orlando Gomes, bem esclarece a questão, facilitando chegar-se a uma conclusão acerca da definição mais acertada do que seja a responsabilidade civil na atualidade.

¹¹ Ulderico Pires dos Santos, *A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência*, 2ª.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.1

De fato, segundo Orlando Gomes¹², a antijuridicidade objetiva “*distingui-se nitidamente da antijuridicidade subjetiva. Para que se configure a antijuridicidade subjetiva, é, pois, necessário que o ato seja imputável a agente, isto é, a quem tenha procedido culposamente. Na antijuridicidade objetiva, muito pelo contrário, a reação da ordem jurídica não leva em conta o comportamento do agente. Ademais, a antijuridicidade objetiva pode ser provocada nada menos que por um fato jurídico stricto sensu, enquanto a antijuridicidade subjetiva sempre é consequência de um fato jurídico voluntário, um fato do homem ou ato jurídico. Portanto, o ato antijurídico é ato ilícito apenas quando pessoa capaz de entender e querer, violando norma jurídica, por sua própria ação ou omissão culposa, lesa, efetivamente, o direito subjetivo de outrem, causando-lhe dano suscetível de avaliação pecuniária*”.

Clóvis Beviláqua¹³, no mesmo sentido, esclarece que “*o indivíduo não responde, civilmente, só por seus atos dolosos ou culposos, que determinem dano a outrem; responde também por ato de pessoas, que estão sob sua guarda, autoridade e direção. Por exemplo, os pais são responsáveis pelos danos causados por seus filhos menores, que habitarem com eles. A responsabilidade pesa tanto sobre o pai como a mãe, indistintamente, desde que se achem investidos do poder familiar (art. 1631 do CC de 2002)*”.

¹² Orlando Gomes, *Obrigações*, Ed. Histórica, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.310

¹³ Clóvis Beviláqua, *Direito das obrigações*, Ed. Rio. Rio de Janeiro: Rio-Sociedade Cultural, Faculdades Integradas Estácio de Sá, 1977, p.14.

Assim, seguindo a evolução traçada pelo instituto da responsabilidade civil e de acordo com Maria Helena Diniz¹⁴, *“poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou ainda, se simples imposição legal (responsabilidade objetiva)”*.

Embora a definição se apresente completa, abrangendo todas as possibilidades de se caracterizar a responsabilidade civil necessária ao dever de indenizar, importa ponderar que em nosso ordenamento a responsabilidade objetiva é exceção, na medida em que exige previsão legal expressa neste sentido, figurando como regra, a responsabilidade subjetiva, que exige a demonstração da culpa do agente, como um dos requisitos para a caracterização do dano e imposição da obrigação de indenizar.

Sendo assim, *“no nosso ordenamento jurídico reconhece-se em determinadas hipóteses a responsabilidade objetiva, conservando, porém, o princípio da imputabilidade do fato lesivo, fundado na culpa. Temos, de um lado, a culpa, e, de outro, o risco – por força de lei – como fundamento da responsabilidade civil”*.¹⁵

¹⁴ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p.40

¹⁵ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit, p.57; Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil dos danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.85

1.2 – Pressupostos da responsabilidade civil

Para que a responsabilidade civil se faça presente e surja o dever de reparar o dano causado, faz-se necessária a presença de alguns pressupostos, que neste título serão analisados com maior riqueza de detalhes, sendo eles, segundo a grande maioria dos doutrinadores: a ação ou omissão do agente, o nexo de causalidade, a culpa, além do dano.

Ao tratar dos pressupostos da responsabilidade civil, Sergio Cavalieri¹⁶ preleciona nesse sentido: *“Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão ‘aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia’; b) nexo causal, que vem exposto no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões ‘violar direito ou causar dano a outrem’.”*

Cada um desses elementos demonstra importância ímpar, pois somente concomitantes caracterizam a responsabilidade civil e, por conseqüência, geram o dever de indenizar.

¹⁶ Sergio Cavalieri, *Programa de responsabilidade civil*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 41.

a. Ação ou omissão do agente

Segundo Maria Helena Diniz¹⁷ ação é o “*elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.*”

Dentro do âmbito da responsabilidade civil, a ação é a atitude positiva ou negativa do agente que causou o dano. Agir positivamente é pôr em prática determinado ato, e, ao contrário, agir negativamente, ou por omissão, é deixar de fazer algo que deveria ser feito, mantendo-se inerte.

A regra básica é a de que caracterizar-se-á o dever de reparar, sempre que um agente praticar, culposa ou dolosamente, ato contrário ao dever geral previsto no ordenamento jurídico, caso em que ficará configurado o ato ilícito.

Para que se configure o ilícito será imprescindível um dano oriundo de atividade culposa ou dolosa. Portanto, para sua caracterização, será sempre necessário que haja uma ação ou omissão voluntária, que viole norma jurídica, que por sua vez, proteja interesses alheios ou direito subjetivo individual. Além disso, será necessário que o infrator tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo intencionalmente, ou com culpa, se consciente dos prejuízos que advém de seu ato, assume o risco de provocar evento danoso.

¹⁷ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p.43-44

Porém, situações existem em que o agente pratica ato lícito e mesmo assim, tem sobre si o ônus de indenizar. Falamos das hipóteses de responsabilidade objetiva, em que *“a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexu causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexu de causalidade entre o dano e a ação que o produziu”*¹⁸.

Silvio de Salvo Venosa¹⁹, não faz distinção entre o ato lícito ou ilícito, apresentando como pressuposto, em linhas gerais, apenas o ato ilícito. Explicita que *“o ato de vontade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. (...) Na responsabilidade subjetiva, o centro do exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito. Como vimos sua conceituação vem exposta no art. 186 (antigo art. 159). Na responsabilidade objetiva, o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é suprimido o substrato da culpa”*.

Sem prejuízo das divergências, adotamos posicionamento no sentido de que a ação, como pressuposto para a responsabilidade civil, além de ilícita, baseada na culpa e prevista expressamente no art. 927 do Novel Código Civil, pode ser lícita, já que admitida expressamente pelo nosso

¹⁸ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p.58

¹⁹ Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p.32

ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva, derivada da teoria do risco, na qual não se persegue a culpabilidade do agente, mas tão somente o risco de sua atividade, ainda que lícita seja sua prática.

b. Culpa

Embora a culpa já tenha sido examinada na introdução ao estudo proposto, cabe neste tópico, enfatizá-la como um dos pressupostos da responsabilidade civil, quando admitida a hipótese de antirujidicidade subjetiva, definindo-a e enquadrando-a em nosso ordenamento jurídico.

Desde o momento em que o homem passou a viver em sociedade, ganhando as relações sociais maiores complexidades, a preocupação com o regramento da conduta e a análise da culpa tornou-se de excelsa importância, tanto em relação ao comportamento humano propriamente dito, quanto em relação à ciência jurídica, uma vez que seu objetivo é manter a harmonia e equilíbrio das relações humanas, evitando que uma pessoa cause prejuízos à outra. Para isso, indubitável que a ciência se preocupe com a intenção do agente no momento de sua atuação.

Rui Stoco²⁰ entende que *“a culpa, genericamente entendida é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nessa figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliciedade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável”*.

²⁰ Rui Stoco, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

c. Nexos de causalidade

Mais um dos pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil e do dever de indenizar, caso haja dano praticado em desfavor de outrem, é o nexo causal entre o ato praticado pelo ofensor e o dano sofrido pela vítima.

Nexo, consoante o vernáculo significa ligação, vínculo, união. Causa, em responsabilidade civil, significa o acontecimento que antecede o resultado lesivo, ou mais singelamente, significa o dano propriamente dito.

Desta forma, o nexo de causalidade é o liame, o vínculo que une a conduta do agente (ação) ao dano causado à vítima, sendo imprescindível para que se concretize o dever de indenizar decorrente da responsabilidade civil.

Silvio de Salvo Venosa²¹ pontifica de forma interessante, que *“o nexo causal é elemento indispensável, ainda que se trate de responsabilização objetiva, pois embora se dispense a culpa, nunca estará dispensada a prova do nexo de causalidade”*. E complementa Maria Helena Diniz ao afirmar que *“a questão do nexo causal é uma quaestio facti e não uma quaestio iuris, uma vez que deverá ser apreciada pelo juiz da causa”*.

Porém, cumpre consignar que situações existem em que não basta a simples verificação do nexo de causalidade para que se imponha o dever de indenizar.

²¹ Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p. 53

Tais situações são denominadas de motivos excludentes do nexo causal e se verificam nas hipóteses em que o dano ocorre por culpa exclusiva da vítima, sendo o agente mero instrumento involuntário do dano; quando o dano é causado por culpa concorrente da vítima e do agente, situação prevista pelo art. 945 do Código Civil, por meio da qual, lesante e lesado responderão na proporção em que concorreram para o evento danoso, segundo avaliação judicial da gravidade das condutas de um e de outro; por culpa comum da vítima e do ofensor, caso em que se aplicará a compensação de reparações; por culpa de terceiro, ou seja, de alguém além do agente e da vítima, cabendo ao ofensor a prova de que o dano foi resultante de um ato de terceiro. Nessa hipótese, acrescenta Silvio de Salvo Venosa²² que *“A propensão dos julgados é não admitir a responsabilidade de terceiro como excludente”* e cita a Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal como reveladora da tendência de se alargar a possibilidade de indenização sempre que possível.

Ainda, verificam-se situações excludentes da responsabilidade, os atos praticados em decorrência de caso fortuito e força maior, posto que, sendo inevitáveis, eliminam a culpabilidade.

José Aguiar Dias²³ entende que *“as expressões são sinônimas, sendo inútil distinguí-las. Embora não o sejam, na responsabilidade civil atuam como tal, já que os seus efeitos jurídicos são os mesmos, ou seja, excluir a responsabilidade pelo dano. Tal equiparação dos efeitos de ambos foi*

²² Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p.65

²³ José Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2, p. 361

adotada pelo Código Civil de 1916, em seu art. 1.058, renovado pelo Código de 2002, no atual art. 393”.

Embora ainda existam divergências quanto à definição e compreensão de um e de outro instituto, adotamos os conceitos trazidos por Lêdo Batista Neves, segundo o qual: *“Caso fortuito é o acontecimento possível e imprevisível, mas estranho à ação e à vontade humana, ou seja, é o acontecimento decorrente de fatos extraordinários da natureza, que estão fora da capacidade de previsão e do controle do homem. Força maior é o acontecimento que, mesmo possível e previsível, não pode ser evitado pela vontade ou pela ação do homem, ou seja, é o acontecimento que resulta diretamente da ação ou omissão do homem, mas, embora previsível, não pode ser evitado”.*

De qualquer forma, o caso fortuito e a força maior, como excludentes, devem partir de fatos estranhos à vontade do interessado.

A exemplo do que ocorre com o fato de terceiro, a jurisprudência observa com excessivo rigor os casos em que se alega a existência de força maior ou caso fortuito, buscando cumprir o primado segundo o qual impõe-se dar ao lesado a devida reparação pelo dano sofrido.

Com efeito, Silvio Rodrigues²⁴ expõe a situação com clareza: *“A excessiva severidade dos tribunais, na admissão do caso fortuito como exonerador da responsabilidade, principalmente em um país como nosso em que o seguro de responsabilidade é pouco difundido, pode aumentar*

²⁴ Silvio Rodrigues, *Direito civil: responsabilidade civil*, São Paulo: Saraiva, 1975, v.4, p.182

enormemente o número de casos em que o agente, embora agindo sem culpa, causa dano à outrem e é obrigado a indenizar. Tal solução, como já foi apontado, em muitos casos apenas transferirá a desgraça da pessoa da vítima para a pessoa do agente, este também inocente e desmerecedor de tão pesada punição”.

Silvio de Salvo Venosa²⁵, aponta ainda, como excludentes da responsabilidade, os danos decorrentes de atos praticados sob estado de necessidade, em legítima defesa e no exercício regular de direito, hipóteses relacionadas no art. 188 do Novo Código Civil (antigo art. 160), inobstante a ocorrência do dano, a ação voluntária do agente e o nexo causal.

Diferentemente, Maria Helena Diniz²⁶, trata os institutos mencionados, não como excludentes da responsabilidade, mas sim, como exceções à imputabilidade, que segundo sua definição é o *“elemento constitutivo da culpa, é atinente às condições pessoais (consciência e vontade) daquele que praticou o ato lesivo, de modo que consiste na possibilidade de se fazer referir um ato a alguém, por proceder de uma vontade livre”.*

Sergio Cavaliere²⁷, embora mais próximo do entendimento apontado pela autora, por sua vez, enquadra a legítima defesa, o exercício regular do direito e o estado de necessidade como causas de exclusão da ilicitude, nas quais embora o dano ocorra, o ato que lhe ocasionou é lícito. Aduz o autor: *O art. 188 do Código Civil prevê hipóteses em que conduta do*

²⁵ Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, p. 61

²⁶ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit. p. 50

²⁷ Sergio Cavaliere, *Programa*, cit., p. 42

agente, embora cause dano a outrem, não viola dever jurídico, isto e, não está sob censura da lei. São causas de exclusão de ilicitude. Tal como no Direito Penal, a atividade do agente, não obstante o dano que venha a causar, é de acordo com a lei – e, portanto, lícita. O ato é lícito porque a lei o aprova.”

O conceito de legítima defesa é o mesmo adotado pelo direito penal, no art. 25 do seu Código de leis, ou seja, *“se com o uso moderado de meios alguém repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, legítimo será o dano infligido ao agressor pelo agredido, não acarretando qualquer reparação por perdas e danos, sendo improcedente qualquer pedido de indenização formulado pelo prejudicado”*²⁸. Ou seja, o agente percebe que está diante de uma agressão injusta e que, na falta de reação de sua parte, sofrerá o dano. Sua reação nessas condições torna lícito o ato.

Importa ressaltar que o conceito de legítima defesa se estende tanto aos danos causados aos bens materiais, mas também aos chamados bens imateriais, tais como a honra, a personalidade e a boa fama.

Os danos praticados no exercício regular de um direito, ou seja, de acordo com a regularidade e de forma razoável, também não são passíveis de indenização, porque excluem a imputabilidade do agente ou a ilicitude da conduta. Trata-se de exercício normal de um direito, havendo a imputabilidade e a verificação de ato ilícito, tão somente se houver abuso de direito ou seu exercício irregular ou anormal.

²⁸ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p.54

O Código Civil de 2002 é expresso ao se referir à conduta abusiva, descrevendo-a no art. 187, segundo o qual, comete abuso de direito quem excede manifestamente os limites impostos para o fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes relacionados ao direito.

Por fim, mencione-se o dano praticado em estado de necessidade, segundo o qual fica o agressor exonerado de indenizar, porquanto excluída a sua imputabilidade, sendo o ato praticado considerado lícito. O conceito de estado de necessidade está delineado no art. 188, II do Código Civil e consiste na ofensa do direito alheio para remover perigo iminente, quando as circunstâncias o tornarem absolutamente e quando não exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo.

d. Noção e espécies de dano

Enfim, o dano surge como último pressuposto para a existência da responsabilidade civil, elemento crucial para que se imponha o dever de indenizar.

Muito há que se falar acerca do dano, tendo em vista o objeto proposto no presente estudo, razão pela qual, desdobraremos sua análise desde a abordagem pura e simples, enquanto pressuposto do dever de indenizar, passando pela noção de dano e suas espécies até a análise profunda sobre questão que envolve sua quantificação na hipótese de ofensa moral.

Enquanto pressuposto de existência da responsabilidade civil, só haverá o dever de indenizar se houver um dano a reparar. Henri Mazeaud e Léon Mazeaud²⁹, entendem que *“não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há a reparar”*.

Sergio Cavaliere³⁰ se manifesta no mesmo sentido e afirma que *“O dano, é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.”*

Américo Luís Martins da Silva³¹, relativamente ao dano, apresenta três requisitos para que se configure a obrigação de indenizar, quais sejam: *“a) a existência do elemento objetivo ou material, que é justamente o dano; b) a existência do elemento subjetivo, que se biparte nas figuras dos sujeito ativo (quem causou o dano ou é o responsável por sua reparação sem ter culpa) e passivo (a vítima que sofreu lesão em um dos seus direitos) e; c) nexos causal, que deve vincular os sujeitos ativo e passivo ao dano efetivamente ocorrido”*.

Maria Helena Diniz³², ao nosso ver, de forma mais completa, aponta como requisitos para que haja dano indenizável, os seguintes: *“a) diminuição ou*

²⁹ Henri Mazeaud; Leon Mazeaud. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle e contractuelle*, 4.ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1948, tomo I, p.260.

³⁰ Sergio Cavaliere, *Programa*, cit. p. 95

³¹ Américo Luís Martins da Silva, *Dano*, cit. p.31

³² Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., 67-69

destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; b) efetividade ou certeza do dano, ou seja, o dano deve ser real e efetivo, sendo necessária sua demonstração e evidência em face dos acontecimentos e sua repercussão sobre a pessoa, ou patrimônio desta, salvo nos casos de dano presumido, nos quais a lei, presumindo a existência do dano, exonera o lesado do ônus de comprovar sua ocorrência. Hipótese do dano presumido é a previsão contida no art. 940 do Código Civil, em que fica responsabilizado pelo pagamento de indenização, aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias já recebidas, ou pedir mais do que lhe for devido; c) causalidade, que pressupõe a idéia de relação entre o dano e o ato praticado pelo lesante”.

Não obstante a apresentação de tais requisitos para que o dano se revele indenizável, ao nosso ver, mais um caberia nas classificações apresentadas, qual seja, a ausência de exceções à imputabilidade do agente ou excludentes do nexa causal, pois, também nestes casos, o prejuízo é sofrido pelo agente, embora seja retirado do ofensor, por força de lei, a responsabilidade pela prática de seu ato.

Superada a questão do dano como mais um pressuposto à caracterização da responsabilidade civil e expostos os requisitos para que ele seja considerado indenizável, importa o seu estudo de forma mais aprofundada iniciando-se pela noção do instituto.

Com este objetivo e valendo-nos das pertinentes palavras de Miguel Reale, utilizadas para introduzir o estudo do direito, transcrevemo-las para dar uma nota introdutória acerca do dano, como instituto jurídico.

Afirma Miguel Reale³³: *“Como poderíamos começar a discorrer sobre o Direito sem admitirmos, como pressuposto de nosso diálogo, uma noção elementar e provisória da realidade de que vamos falar? Um grande pensador contemporâneo, Martin Heidegger, afirma com razão que toda pergunta já envolve, de certa forma, uma intuição do perguntado. Não se pode, com efeito, estudar um assunto sem ter dele uma noção preliminar, assim como o cientista, para realizar uma pesquisa, avança uma hipótese, conjectura uma solução provável, sujeitando-a a uma posterior verificação. No caso das ciências humanas, talvez o caminho mais aconselhável seja aceitar, a título provisório, ou para princípio de conversa, uma noção corrente consagrada pelo uso”*. Ora, aos olhos do homem comum e no sentido etimológico, dano é prejuízo, perda, deterioração, depreciação.

Caio Mário da Silva Pereira³⁴ afirma que *“a noção de dano supõe, como esclarecem Marty e Raynaud, que a vítima seja atingida em uma situação de que ela se beneficiava, lesada em uma vantagem que possuía”*.

De Plácido e Silva³⁵, apresenta noção completa do vem ser o dano, sintetizando seus meandros. Nesse sentido, define o vernáculo como *“derivado do latim damnum, genericamente significa todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma*

³³ Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.1 .

³⁴ Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade civil*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 38.

³⁵ De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.2

deterioração ou destruição à coisa dele ou prejuízo a seu patrimônio. Possui, assim, o sentido econômico de diminuição ocorrida ao patrimônio de alguém, por ato ou fato estranho à sua vontade. Equivale, sem sentido, a perda ou prejuízo. Juridicamente, dano é, usualmente, tomado no sentido do efeito que produz: é o prejuízo causado, em virtude de ato de outrem, que vem causar diminuição patrimonial. Assim, está conforme à definição de PAULUS: *'Damnun et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dictia sunt'*. E, neste sentido, tanto se entende o dano aquiliano, que resulta de ato ilícito, como o dano contratual, fundado na ofensa à obrigação contratual. Seja, pois, contratual ou aquiliano, o dano, para ser ressarcível, merece fundar-se na efetiva diminuição de um patrimônio ou na ofensa de um bem juridicamente protegido, por culpa ou dolo do agente. E, dentro deste conceito, diz-se dano patrimonial, quando o prejuízo é conseqüente de diminuição patrimonial ou deterioração de coisas materiais; dano moral, quando atinge bens de ordem moral, tais como a liberdade, a honra, a profissão e a família. Ao dano material, também se diz dano real, em vista de a violação representar inequívoca danificação à coisa, em face do que perde esta a sua utilidade ou vê diminuir o seu valor. Ao dano material, os romanos chamavam de *damnum factum*, vel *datum*. O sentido da palavra dano vem sempre ligado à idéia de prejuízo, pois que este, dito também perda, é que faz, em regra, caracterizar a diminuição patrimonial, que justifica o pedido de indenização, quando o dano é causado por outrem, não advindo de força maior ou caso fortuito. Mas, aí, principalmente, tem-se o dano material, sem sentido geral, pois que o dano contratual será prejuízo causado ao credor, conseqüentemente uma diminuição de seu patrimônio, por falta de cumprimento da obrigação, por parte do devedor. Vide: *Perdas e danos, Indenização, Reparação, Culpa,*

Delito. Dano. No sentido penal, dano indica a destruição, inutilização ou deterioração de coisa alheia. É tido, assim, em seu sentido danificação. Mas, resultando num dano-prejuízo (diminuição patrimonial), além da sanção penal, funda o pedido de indenização para repor o patrimônio do prejudicado ou lesado em sua posição primitiva. Mas, quando configurado crime, necessário que o fato ou ato, de que o dano resulta, traga os característicos do dolo ou da culpa, no sentido que lhe empresta a lei penal. Neste particular, fundado o dano penal no ato ilícito ou no delito, devidamente qualificado, bem se difere do dano civil ou de natureza civil, conseqüente do ilícito civil, o qual dá simplesmente motivo à indenização ou ressarcimento dos prejuízos decorrentes, enquanto o ilícito penal corresponde às duas imputações: penal e civil. E tal se funda no princípio de que o delinqüente é obrigado a pagar as despesas e indenizar os prejuízos causados pelo dano a que deu causa.”

Para Mário Júlio de Almeida Costa³⁶, “na perspectiva da responsabilidade civil, cabe dizer-se, liminarmente, que dano ou prejuízo é toda ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”.

João de Matos Antunes Varela³⁷ situa o dano como a “perda in natura que o lesado sofreu, em conseqüência de certos fatos, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar. É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea”.

³⁶ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 5ª.ed., Coimbra: Almedina, 1977, p.477

³⁷ João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. I, p.592 apud Américo Luís Martins da Silva, *Dano*, cit. p.28

Não obstante a noção de dano, apresentada pela maioria dos doutrinadores se referir à idéia de prejuízo, Américo Luís Martins da Silva³⁸ faz a seguinte colocação: *“Para nós, não é possível exigir que a noção de dano se restrinja à idéia de prejuízo, isto é, ao resultado da lesão. Por isso mostra-se mais adequada do que a colocação de Carnelutti a definição apresentada por Hans Albrecht Fischer, o qual considera o dano nas suas duas acepções: a) a vulgar, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor dessa lesão de que resulta; b) a jurídica, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio”. A colocação de Hans Albrecht Fischer é mais exata. Não há menor dúvida disso, uma vez que não se pode restringir, com efeito, a noção de dano ao só prejuízo material. Inclusive, esta acepção encontra respaldo até no texto do Evangelho de São Mateus, que se refere expressamente ao dano da alma (capítulo 16: “e padecer muitas coisas dos anciãos e dos escribas”; “Porque, de que aproveita ao homem ganhar todo o mundo, se vier a perder a sua alma?” – capítulo 26: “A minha alma está numa tristeza mortal”).*

Em que pese o posicionamento, a nosso ver, o fato da noção de dano restringir-se à idéia de prejuízo ou ao resultado da lesão, não importa nenhum efeito prático em termos de mudança dos conceitos a ele atribuído pela doutrina, na medida em que a idéia de perda de um interesse ou prejuízo, deve ser interpretada de maneira ampla, abrangendo o sofrimento

³⁸ Américo Luís Martins da Silva, *Dano*, cit., p.29

ou o aspecto subjetivo relacionado à vítima do evento. Afinal, quando sofreremos um prejuízo em nossas aspirações, haverá inequívoco dano e indiscutível *“prejuízo da alma”*.

Ademais, tanto a doutrina moderna, quanto a legislação contemporânea demonstram extrema preocupação com o estado da vítima, ao ser atingido por dano ocorrido contra sua vontade, não se apegando, tão somente, ao prejuízo ou ao resultado da lesão.

Doutrinariamente, bem demonstra Maria Helena Diniz³⁹ tal preocupação, que se depreende da definição de dano que apresenta. De fato, segundo a autora *“O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”*.

Em termos legais, nada mais evidente que a própria Constituição Federal de 1988, para demonstrar a preocupação do legislador pátrio com o aspecto subjetivo do prejuízo, pois se contrário fosse, não abarcaria dentre os direitos e garantias fundamentais, a vida, a liberdade, a honra, a imagem, dentre outros, garantindo ao lesado, o direito de postular perdas e danos contra o ofensor.

De qualquer maneira, após a noção de dano, para que o estudo evolua, chegando ao cume da problemática proposta, apresenta-se com

³⁹ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p.66

significativa importância a abordagem da distinção entre as espécies de dano.

Neste sentido a maioria da doutrina reconhece como espécies do dano, o dano material, também denominado por parte dela de dano patrimonial, e o dano moral, também denominado de dano imaterial ou dano extrapatrimonial. A profundidade acerca do dano material não se enquadra nas finalidades do presente estudo, razão pela qual não se fará possível o detalhamento do instituto, ficando restrito, pois, à análise do dano moral.

d.1 Dano Patrimonial

Para se ter uma boa compreensão do que seja o dano patrimonial ou material, importante que se parta do conceito de patrimônio. É o entendimento de Américo Luís Martins da Silva e de Maria Helena Diniz⁴⁰.

Hans Albrecht Fischer⁴¹ distingue o patrimônio visto sob dois ângulos, quais sejam, o patrimônio em sentido amplo, ou seja, aquele que abrange tanto o conjunto de direitos apreciáveis em dinheiro de que é titular uma pessoa ou que correspondem a uma entidade patrimonial ativa, além de abranger os deveres ou obrigações que recaem sobre determinado indivíduo, podendo dar origem a um passivo patrimonial; e, o patrimônio em sentido jurídico, que contém, senão, a idéia de direitos.

⁴⁰ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p.70; Américo Luís Martins da Silva, *Dano*, cit., p.30-31

⁴¹ Hans Albrecht Fischer, *Reparação dos danos no direito civil*, cit., p.13-17 apud Américo Luís Martins da Silva, *Dano*, cit., p. 31.

Sob o ponto de vista da patrimonialidade dos danos, a aplicação do conceito de patrimônio em seu sentido jurídico, suscita graves inconvenientes, posto que não se enquadra nas finalidades do estudo a respeito do dano material e sua indenizabilidade, apresentando cunho declaradamente subjetivo.

Em tal sentido, o direito sobre alguma coisa, para fins de indenização relacionada ao dano material, só tem importância na medida em que assegura ao titular do patrimônio o poder de disposição sobre os objetos que compreende. Se tal virtude lhe faltar, o objeto não figura patrimônio econômico do sujeito, pois não implica aumento de seus haveres efetivos.

Nessa linha, o dano patrimonial pode ser definido como aquele que pressupõe a ofensa ou diminuição de certos valores econômicos. Para Maria Helena Diniz⁴², o dano patrimonial *“vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pecuniária pelo responsável”*.

Muito embora o dano material pressuponha a idéia de prejuízo certo e efetivo relacionado ao patrimônio em seu sentido amplo (unidade de ativo e de passivo), consoante demonstrado, não se admitindo, em princípio, o dever de indenizar danos hipotéticos, Silvio de Salvo Venosa⁴³ levanta a problemática acerca da “perda da chance”, como uma das hipóteses que

⁴² Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p.70

⁴³ Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, cit., p.41

vem sendo admitida pela doutrina, e até mesmo pela jurisprudência, como motivadoras do dever de indenização por dano material. Nesse caso a probabilidade de perda de uma oportunidade não poderia ser considerada em abstrato.

Vale transcrever o exemplo esclarecedor utilizado por Silvio de Salvo Venosa⁴⁴ para elucidar o que significa perda da chance: *“Veja, como exemplo elucidativo de perda de chance, o fato ocorrido nas Olimpíadas de 2004, quando atleta brasileiro que liderava a prova da maratona foi obstado por um tresloucado espectador, que o empurrou, o retirou do curso e suprimiu-lhe a concentração. Discutiu-se se nosso compatriota deveria receber a medalha de ouro, pois conseguiu a de bronze, tendo chegado em terceiro lugar na importante competição. Embora tivesse ele elevada probabilidade de ser o primeiro, nada poderia assegurar que, sem o incidente, seria ele o vencedor. Caso típico de perda de chance, chance de obter o primeiro lugar, mas sem garantia de obtê-lo”*.

Em que pese a hipótese revelar-se interessante para a matéria atinente ao dano e seu dever de reparar, gerando, certamente, maiores indagações em outras obras literárias que se proponham ao aprofundamento do assunto, *prima facie*, parece impossível aceitar-se a perda da chance, assim como demonstrada como doutrinador, como motivo ensejador da obrigação indenizatória, religada ao dano material, porquanto um dos requisitos para a existência do dano é a certeza.

⁴⁴ Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p.41-42

Nessa toada, a observação de Caio Mário da Silva Pereira⁴⁵: *“É claro, então, que se ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro da idéia de perda de uma oportunidade (perte d’une chance) e puder situar-se na certeza do dano”*.

No mesmo sentido, José de Aguiar Dias⁴⁶, que afirma o seguinte: *“o dano hipotético não justifica a sua reparação”*.

Maria Helena Diniz⁴⁷ trata do assunto de maneira mais flexível, relegando ao órgão judicante a tarefa de apreciar a situação concreta, valendo-se da equidade, para se verificar se efetivamente houve perda de chance, de oportunidade ou de expectativa, atribuindo maior ou menor grau da probabilidade se converter em certeza. Conclui que *“A chance, ou oportunidade, seria indenizável por implicar perda de uma expectativa ou probabilidade”*.

Diferentemente, ocorre nos casos em que se dá a perda de oportunidade factível, na qual esta se verifica plenamente situável no campo da certeza do dano. É o que ocorre, por exemplo, com os casos em que o indivíduo são, jovem e ativo no mercado de trabalho, é vitimado por atropelamento, tornando-se uma pessoa incapacitada para exercer suas atividades profissionais. Nesse caso, a perda de oportunidade constituirá efetiva perda patrimonial e não mera expectativa de direito, como se viu na hipótese acima descrita, sendo, pois, objeto de indenização, fundada,

⁴⁵ Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade*, cit., p.42

⁴⁶ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade*, cit., p.221

⁴⁷ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p.72

basicamente, nos lucros cessantes, ou seja, no valor patrimonial que a vítima deixou de ganhar.

Trata-se do critério de indenização, adotado segundo a teoria diferencial. Entende-se por critério diferencial, o critério pelo qual “o dano se estabeleça mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação”⁴⁸.

O valor a ser tomado em consideração é o valor de mercado ou de troca, ou seja, aquele estimado por qualquer pessoa em relação à coisa, ou seja, o valor da coisa praticado no comércio. Aqui, não se cogita da utilização do valor afetivo ou estimativo, tendo em vista apresentarem conceitos nitidamente subjetivos.

De qualquer forma, para que haja a obrigação de indenizar é imprescindível que haja diminuição ou perda patrimonial, sendo certo que a simples alteração de patrimônio não é dano e, portanto, não é indenizável.

Para a unanimidade doutrinária, dois são os modos pelo qual um patrimônio pode ser prejudicado: “a) sofrendo efetiva diminuição (dano positivo ou *damnum emergens*); ou b) privando-o de valores que seriam incorporados se ação de outrem não houvesse criado o obstáculo ao ganho (dano negativo ou *damnum cessans*)”⁴⁹.

⁴⁸ José de Aguiar Dias, *Dano*. In: Carvalho Santos, J.M. de. *Repertório do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1962, vol. XIV, p.221.

⁴⁹ Orlando Gomes, *Obrigações*, cit., p.332

O dano emergente ou positivo traduz uma diminuição concreta do patrimônio da vítima, manifestadas pela destruição, deterioração, privação de uso e gozo do bem existente no momento do evento danoso, com a consequência para o lesado de ter que arcar com os gastos decorrentes da lesão para possibilitar o retorno da coisa ao seu estado atual.

O lucro cessante ou dano negativo traduz-se, basicamente, naquilo que a vítima deixou de ganhar, levando em consideração o que a vítima teria recebido se o dano não tivesse ocorrido. Exige-se para sua apuração, uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Maria Helena Diniz⁵⁰, quanto à reparabilidade dos lucros cessantes, coloca que *“para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos, conjugado às circunstâncias peculiares do caso concreto”*.

Tanto o dano positivo, quanto o dano negativo são previstos pela legislação brasileira, no art. 402 (antigo art. 1059) do Código Civil, que assim dispõe: *“Art. 402. Salvo as exceções previstas em lei as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”*.

Em todo caso, o ressarcimento do dano material pode se processar de duas formas, quais sejam: a) pela reparação natural ou específica; ou b)

⁵⁰ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p.72

pela indenização pecuniária, levando-se sempre, em consideração, o termo utilizado pelo legislador no dispositivo supra, qual seja, 'razoavelmente', que demonstra a toda evidência, que a indenização não pode converter-se em instrumento de lucro para o lesado.

Mas, apenas para que fique consignado, importa ressaltar que o contrário também pode acontecer, ou seja, que a reparação natural seja motivo de aumento no patrimônio do lesado, retirando a natureza reparatória ou de reconstituição vislumbrada pela indenização, passando a assumir a natureza de vantagem injusta. Seria o caso de se trocar um objeto danificado, que em estado anterior ao dano já se encontrava velho ou "desatualizado", como ocorrem atualmente com os aparelhos celulares ou computadores, por um outro de configuração e modelo novo.

Nesses casos, a indenização pecuniária assumiria o caráter de principal, deixando a subsidiariedade para a reparação natural, hipótese em que, o lesado haveria de devolver ao indenizante a vantagem auferida com a troca do bem.

2. Dano moral: Noções Gerais

2.1. Dano moral na história

Sempre que alguém se propõe à análise de algum fenômeno, mister se faz sua individualização ou estilização. E estilizar é, justamente, abstrair o dado da realidade fática e simplificá-lo em categorias mais simples, definidas e individualizadas, para facilitar o entendimento sobre o dado que se apresenta para análise. Uma vez compreendido é possível dar-lhe desenvolvimento.

Justamente, partir-se-á do enquadramento do dano moral na história, uma das categorias individualizadas, relacionadas ao instituto, para que se faça completo o seu entendimento, além das problemáticas que suscita, precipuamente, a questão relacionada aos critérios para a quantificação ou valoração do dano moral.

A existência e reconhecimento do dano moral remonta de séculos, sendo possível trazer, sob a epígrafe histórica, a sua trajetória, de forma a esclarecer os caminhos que percorreu até se sedimentar na atualidade.

Augusto Zenun⁵¹ trata com especificidade deste aspecto e desde o Código de Hamurabi, destaca a existência de previsão de diversas leis que, ainda hoje, servem como fonte para as orientações atuais sobre o assunto que norteia o dano puramente moral.

⁵¹ Augusto Zenun, *Dano moral e sua reparação*, 7ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 5

Menciona o autor, que os Capítulos IX e X do Código de Hamurabi, fazem menção à injúria e difamação da família, destacando o art. 127, que assim dispõe: *“Se um homem livre estendeu o dedo contra uma sacerdotisa, ou contra a esposa de um outro e não comprovou, arrastarão ele diante do juiz e raspar-lhe-ão a metade de seu cabelo”*.

Trata-se de um dano moral, cuja reparação, embora reconhecida, não se refere à dinheiro ou qualquer coisa mensurada economicamente, donde, segundo o autor⁵², *“(...) se conclui, de maneira clara e insofismável, que àquela época já se reconhecia o dano moral, cuja reparação nada tinha de pecúnia”*.

No Código de Hamurabi a Lei de Talião era consagrada. Cite-se o art. 196 que dispunha que *“se um homem livre fizer perder a vista ao filho de um outro homem igualmente livre, sofrerá a perda de um olho, se o agressor e o agredido pertencessem à mesma classe social”*.

A Lei das XII Tábuas, redigida entre os anos de 303 e 304, ou seja, há mais de 1700 anos, também tratou do dano puramente moral, citando-se como exemplo o dispositivo contido no art. 2º, segundo o qual *“Se alguém causa um dano premeditadamente, que o repare”*.

No Deuteronômio, entre outros há o registro de que se um homem divulgou a má fama sobre uma virgem de Israel, será obrigado a tê-la como mulher por todos os dias de sua vida, sem poder despedir-se, além de entregar ao

⁵² Augusto Zenun, *Dano moral*, cit., p. 6

pai da moça cem siclos de prata, moeda dos judeus que pesava seis gramas.

Ousamos dizer, ainda que não tenhamos tratado do assunto, que já àquela época é possível observar, primeiro, a consolidação da reparação *in natura*, caracterizada pela obrigação do ofensor de se casar com a vítima que teve sua fama arruinada, buscando-se, assim, viabilizar o retorno ao *status quo ante*. Da mesma forma, difícil não é a verificação de que a referida reparação natural não excluía a obrigação do agressor de proporcionar à vítima integral satisfação pelo dano sofrido, além de impor certo caráter punitivo, configurada com a obrigação de proceder ao pagamento de indenização em pecúnia. Podemos afirmar que essa e outras previsões existentes na história mais remota, deram origem ao que resultou, nos tempos atuais, à exceção do direito de vingança, instituindo-se a “teoria da compensação econômica”, com uma certa mesclagem de punição de natureza privada.

Referidas observações, aos nossos olhos, demonstram-se interessantes e relevantes, haja vista ir de encontro com o principal objetivo que se aguarda nesse estudo, sendo certo, que as formas de se indenizar, seja *in natura*, seja em dinheiro, bem como a natureza da indenização, seja compensatória ou punitiva, serão tratadas detidamente no decorrer da exposição.

O Alcorão da mesma forma, traz a dor moral e a reparação que pode ser em tratada em pecúnia e em obrigação de fazer. Cite-se o exemplo no qual ao adúltero somente é permitido o casamento com uma adúltera ou com

uma idólatra. No Alcorão, segundo Américo Luis Martins da Silva⁵³, “(...) as compensações de natureza econômica para substituírem o direito de vindicta são numerosas e mesmo as normas que atribuem o direito de vingança são, não raro, desaconselhadas em nome do perdão, ou seja, existem preceitos que induzem as pessoas a repelirem a vingança, como meio de aplacar seu ódio, incentivando-as, sobretudo, ao perdão e a misericórdia (...).”

No direito romano, a *Lex Aquilia* estabeleceu duas regras sobre o dano: uma, cuja reparação se dava em “heras”, na hipótese de morte de um homem ou de um animal; outra: quando se causava qualquer tipo de dano, sendo o autor obrigado a pagar o mais alto preço, se se tratasse de animais irracionais, preço esse cotado no último mês.

Embora se pudesse entender que a *Lex Aquilia* tratava tão somente de danos corporais, o Direito Justiniano trouxe limpidez a esse entendimento, pois baseada na *Lex Aquilia*, é possível verificar-se que, segundo Justiniano, as injúrias de qualquer espécie sempre voltavam contra o ofendido, que se via vítima de máculas, de uma forma ou de outra.

Nesse sentido explica Vincenzo Arangio-Ruiz, citado por Augusto Zenun⁵⁴, ao afirmar que “(...) Não apenas quando se davam golpes em alguém com o punho ou com varas, ou quando por qualquer forma, era o mesmo azorragado, mas também, contra qualquer um se alteava a fala, de modo bulhento, ou se lhe tomava a posse dos bens, como se devedor fora

⁵³ Américo Luís Martins da Silva, *Dano*, cit., p. 70

⁵⁴ Augusto Zenun, *Dano moral*, cit., p.5

daquele que se sabia nada dever. Igualmente, injúria se causava a outrem quando, contra ele se escrevia, compunha ou publicava um libelo, ou livro, infamante de versos, por si, ou dolosamente, por interposta pessoa (...)”.

A ofensa moral, nesses casos impingia ao ofensor o dever de reparar por meio de soma em dinheiro, que fosse suficiente para aliviar ou minorar o dano de forma prudente. Contudo tal se efetivava, somente após a própria parte ofendida, sob juramento, ter oferecido a estimativa do próprio dano, o que demonstra ter existido o dano moral já aquela época.

Clayton Reis⁵⁵ complementa o estudo em torno do Direito Romano e suas previsões acerca do dano moral e reparação, afirmando que “(...) *Na realidade, os romanos não tinham uma exata e precisa noção a respeito dos danos ocasionados à intimidade da pessoa, certamente porque confundia-se com freqüência pena e indenização. A simplicidade do sentimento jurídico da época não conseguia estabelecer a correta distinção entre o caráter patrimonial e não patrimonial do dano. A idéia arraigada no espírito das pessoas naquele período histórico, destacava o fato de que as ofensas pessoais clamavam por vingança e os ofensores deveriam ser alvo de castigo corporal. Mesmo assim, a actio injuriarum aestimatoria tinha como pressuposto formal assegurar uma reparação de natureza satisfeita, ou seja, a condenação do lesionado ao pagamento de uma determinada importância a título de reparação a uma ofensa que representava uma penalidade ao ofensor*”.

⁵⁵ Clayton Reis, *Avaliação de dano moral*, 2ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999, p.26

No direito canônico não é difícil encontrar casos de dano moral e sua reparação. Referido sistema normativo importou real significação para a legislação brasileira, já que antes da vigência do Código Civil de 1916 e graças à grande influencia da Igreja Católica em nosso território, impunha-se as normas prevista naquele Código.

A promessa de casamento é um exemplo típico da previsão de reparação por danos morais, já que aquele que rompesse a promessa, embora não ficasse responsável por se casar segundo o prometido, era obrigado a reparar os prejuízos causados.

Com a vigência do Código Civil de 1916, o instituto das sponsais ficou banido, retirando dos noivos o direito de ação para exigirem, um do outro, o cumprimento do ajuste ou a paga de pena legal ou convencional. Mesmo assim, nossa jurisprudência não deixa de reconhecer que o rompimento do “noivado” ou da promessa de casamento possa caracterizar dano de natureza moral, impingindo ao ofensor o dever de indenizar, desde que comprovado o efetivo dano.

2.2. Notas preliminares para a elaboração do conceito

Seguindo a introdução de Rodrigo Mendes Delgado⁵⁶, pode-se dizer que, *“num primeiro momento, deduziu-se, pela prática, que o dano moral representava aquela categoria de lesões que não atingiam o patrimônio material do indivíduo, daí a dificuldade de sua aceitação. Afinal, não se podia ‘ver’ o dano. Mas ele existia. O fato de não se poder ver algo, não*

⁵⁶ Rodrigo Mendes Delgado, *O valor*, cit., p.109-110

significa, necessariamente, que ele não exista. Assim como não se pode ver o vento ou a alma humana, que nem por isso deixam de existir. Por muito tempo a mazela perdurou. (...) Somente após muito tempo, após muitos erros e até injustiças, os meios jurídicos, representados pela jurisprudência, aceitaram a existência do dano moral. Este seria a categoria de lesões e danos que a pessoa sofre em seu patrimônio ideal, em sua psique, em seu ânimo. Não se exterioriza materialmente, mas existe, e pode ser perfeitamente detectado em muitos casos”.

A aceitação da existência do dano moral e igualmente, o reconhecimento do dever de indenizar, aconteceram somente após longo e penoso período de nossa história, já que vários opositores surgiram, apresentando inúmeras objeções, conforme se verá em capítulo distinto.

Não obstante tais considerações primeiras, a existência do dano moral confirmou-se, por certo, influenciada pela trajetória histórica que o instituto seguiu, e a partir disso, sua definição se fez imprescindível, tanto para atender a realidade fenomenológica, mas principalmente, para suprir as necessidades impostas pelo mundo jurídico, que não poderia permanecer inerte à realidade.

Entretanto, se a existência do dano moral, atualmente, é inquestionável, o mesmo não se pode afirmar com relação ao seu conceito e à sua dimensão. Tanto é assim, que a doutrina e a jurisprudência revelam-se vacilantes no reconhecimento das situações em que essa espécie de dano se configura.

Antes disso até, mas sem qualquer aprofundamento no assunto, sob pena de fugir ao foco do trabalho que se está desenvolvendo, se mostram dissonantes nossos doutrinadores, inclusive quanto à utilização da expressão dano moral, haja vista, para alguns, não se identificar como a expressão mais correta para a caracterização do fenômeno.

Assim se posiciona Antonio Jeová Santos⁵⁷, para quem não é tão simples assim estabelecer o conceito de dano moral. Argumenta o autor que *“Enquanto dano é o prejuízo, é o detrimento padecido por alguém em virtude de ato de outrem, como definir moral no contexto dano moral? (...) O entendimento da moral que privilegia as boas ações e o caráter da pessoa, desde o ponto de vista da bondade e dos bons costumes, não encontra fundamento no assunto ora versado”*. Porém, se curva à utilização da expressão dano moral, já que (...) *está tão arraigada no dia-a-dia dos profissionais e do profano, que qualquer mudança somente serviria para atrapalhar a real compreensão da lesão moral.*”, sugerindo, ante a equivocidade do vocábulo, a utilização da expressão *“dano à pessoa”*, pois seria *“(...) muito mais abrangente e toca mais de perto a essência do dano extrapatrimonial.”*

José Jairo Gomes⁵⁸, embora dê preferência ao termo ‘dano à personalidade’ em vez de dano moral, a exemplo de Antonio Jeová Santos, faz referência às críticas que a terminologia têm sofrido doutrinariamente. Alude que *“O dano à personalidade é tradicionalmente designado por dano moral. Todavia, o termo dano moral tem sofrido críticas, afirmando-se que*

⁵⁷ Antonio Jeová Santos, *Dano moral indenizável*, 4ª.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 87 e 88

⁵⁸ José Jairo Gomes. *Responsabilidade civil e eticidade*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 274.

ele não se afigura totalmente adequado para qualificar o fenômeno referente ao dano à personalidade, pois com ele tem-se a impressão de que o dano refletiria o campo da Moral e não do Direito.” Entretanto, ressalva o autor que “(...) Certo é que o Direito é ético e encontra na Moral o seu ponto de partida. Com esta, porém, não se confunde. Não se vislumbra, apesar disso, mal e empregar a expressão dano moral, mesmo porque já consagrada pelo uso da linguagem jurídica.”

Régis Jolivet⁵⁹, ao contrário, aceita a terminologia “moral” para a conceituação do dano imaterial, esclarecendo que: *“Para obter uma boa definição de Moral, é necessário incluir na definição o objeto formal desta ciência, como também seu caráter normativo. Diremos, pois, a que a Moral é a ciência que define as leis da atividade livre do homem. Poder-se-ia ainda dizer, de uma maneira mais explícita, que a Moral é a ciência que trata do uso que o homem deve fazer de sua liberdade para atingir seu fim último. Pode-se formular de uma maneira, é verdade – precisa, mas ainda exata, a mesma noção, dizendo que a Moral é a ciência da felicidade (ou do fim da atividade humana) – a ciência do destino humano”.*

A partir disso, define Antonio Jeová Santos o dano moral como *“aquele que, no mais íntimo de seu ser, padece quem tenha sido lastimado em suas afeições legítimas, e que se traduz em dores e padecimentos pessoais. E mais: O dano moral, constitui uma lesão aos direitos extrapatrimoniais de natureza subjetiva que, em abraçar os prejuízos recuperáveis por via do dano direto, recaem sobre o lado íntimo da*

⁵⁹ Régis Jolivet. *Curso de filosofia*. 13. ed. São Paulo: Agir, 1979, p.348-349; Marcus Cláudio Acquaviva, *Breviário de ética jurídica*. São Paulo: Riddel, 1994, p.4-5.

personalidade (vida, integridade física ou moral, honra ou liberdade) e não quando se trata de um simples prejuízo patrimonial.”⁶⁰

Pois bem, antes de evoluir no tema relativo ao conceito propriamente dito, ainda a título introdutório, oportunas as palavras do autor ao afirmar que *“Definir é sempre perigoso. A dificuldade reside no fato de que a definição há de ajustar-se, de forma perfeita, ao objeto definido. O enquadramento há de ser preciso e lógico.”*

Assim, o primeiro desafio, desde já, é estabelecer um conceito preciso de dano moral que, conquanto não se arrogue a pretensão de ser o único ou o melhor, apresente-se em coerência com o desenvolvimento, quando passarmos ao principal plano de investigação proposto, a fixação do *quantum debeatur*.

Para tanto, iremos nos basear em quatro correntes ou teorias existentes que, cada uma ao seu modo, buscou a conceituação do dano moral.

2.3. Teorias e os diversos conceitos de dano moral

2.3.1. Teoria da negação ou exclusão

Em síntese e inicialmente, muitos doutrinadores adotavam o conceito negativo ou excludente de dano moral, procurando conceituá-lo em contraposição ao dano material, basicamente adotando o critério da exclusão.

⁶⁰ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit, p.96

Assim o fizeram, na doutrina francesa, os irmãos Mazeaud⁶¹, para os quais “*dano moral é o que não afeta de modo algum o patrimônio e causa tão-só uma dor moral à vítima.*”

C. F. Gabba⁶² definiu dano moral como o “*dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua seu patrimônio*”.

Na doutrina nacional, assim o fez Aguiar Dias⁶³ e Pontes de Miranda⁶⁴, para os quais, respectivamente, “*quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral*”, e “*Dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.*”

Wilson Mello da Silva⁶⁵, por sua vez, definiu dano moral como “*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*”.

⁶¹ Henry e Leon Mazeaud apud André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 1961, p. 424 apud André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 35.

⁶² C. F. Gabba, *Questioni di diritto civile*. Torino: Fratelli Bocca, 1911, p.543 apud Silvio Rodrigues, *Direito civil*, cit., p. 196.

⁶³ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade*, cit., p. 852.

⁶⁴ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado. Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Borsó, 1958, tomo 26, p. 30.

⁶⁵ Wilson Mello da Silva. *O dano e a sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, n. 1, p. 278, apud Silvio Rodrigues, *Direito civil*, cit. p. 196

O mesmo caminho perfilhou Antonio Lindbergh C. Montenegro⁶⁶, ao conceituar o dano moral como “(...) *aquele que não produz conseqüências prejudiciais no patrimônio do ofendido.*”

Todavia, a negação adotada para a formalização do conceito de dano moral acabou superada ao longo dos tempos, porquanto segundo Wesley de Oliveira Louzada Bernardo⁶⁷, “*data venia, tal definição, conquanto não afaste a classe mais distante (dano patrimonial), não esclarece as características do fenômeno em estudo.*”

2.3.2. Teoria da existência da dor ou no estado psicológico do ofendido

Diante da insuficiência da negação para esclarecer efetivamente qual o conceito de dano moral, parte da doutrina procurou no estado de espírito do lesionado, a melhor definição para o instituto.

Os seguidores da teoria, em comum, fizeram referência ao estado de ânimo, ao estado espiritual, ou ainda, ao estado psicológico da vítima, com a finalidade de tecer o conceito do dano moral.

Nesse sentido René Savatier⁶⁸ enfatizou que “*dano moral constitui todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária*”,

⁶⁶ Antonio Lindbergh C. Montenegro. *Ressarcimento de danos*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Âmbito Cultural 1992, p. 147.

⁶⁷ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 73.

⁶⁸ René Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, tomo II, n. 525, p. 101 apud Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade*, cit., p. 54.

esclarecendo, ainda, *“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.”*.

Entre nós, Antonio Chaves⁶⁹, referindo-se ao dano moral, afirmou que *“Dano moral portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação, como a denomina Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material.”*

Aparecida I. Amarante⁷⁰, na mesma linha, assim se manifestou ao se referir ao dano moral: *“Entendemos que este existe sempre que afetar a integridade moral do indivíduo, como, além da honra, o nome, as afeições legítimas, a intimidade, a liberdade de ação, o direito moral do autor etc.”*

Ocorre que, pelo fato dos estados psicológicos não se mostrarem os únicos capazes de constituir o dano em si, haja vista a possibilidade do prejuízo material também provocar padecimento ou sofrimento nas pessoas, chegou-se à conclusão de que o dano moral não corresponde à dor vista de forma isolada, mas sim, aos efeitos maléficos por ela causados, à sua repercussão ou conseqüência, marcados ou não pelo sofrimento, pela angústia que invade e domina a alma, provocando apatia, morbidez mental, deixando marcas indeléveis no ofendido.

⁶⁹ Antonio Chaves. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, v. 3, p. 607.

⁷⁰ Aparecida I. Amarante. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 235.

Nesse sentido, esclareceu Eduardo Zanoni⁷¹ *“que o dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem a consequência do dano”*. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, a dor que sente aquele que foi injuriado publicamente são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada um sente ao seu modo, não podendo, desta feita, serem considerados como o diferencial para a conceituação precisa do dano moral, mas sim, e antes de tudo, a lesão motivadora da dor ou do sofrimento, que independentemente de seu grau, é identificável em todos os casos em que se reconhece a existência de prejuízo moral.

A mesma colocação fez André Gustavo Corrêa de Andrade⁷², ao destacar que *“As dores, angústias, aflições, humilhações e padecimentos, que atingem a vítima de um evento danoso não constituem, de ordinário, mais do que a consequência ou repercussão do dano (seja ele moral ou material) (...) A associação do dano moral à dor, à angústia, à tristeza deriva as circunstâncias de que as formas mais freqüentes de expressão dessa espécie de dano estão relacionadas com essas sensações ou esses sentimentos negativos. Mas o dano moral não se reduz ao sofrimento, podendo, mesmo, prescindir deste.”*

Por fim, citamos Sergio Cavalieri Filho⁷³, para quem *“(...) o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode*

⁷¹ Eduardo Zanoni, *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª. ed. Buenos Aires: Astrea, 1987, p.172.

⁷² André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p.39-40

⁷³ Sergio Cavalieri Filho, *Programa*, cit. p. 101

haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser conseqüências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.”

Diante da falta de individualização capaz de distinguir o dano moral dos demais prejuízos sofridos pelo ser humano, sendo a dor ou o sofrimento elemento dispensável para sua aferição, como ocorre com os doentes mentais, as crianças, os pacientes em estado de coma, inconscientes ou em estado vegetativo, outras teorias procuraram a melhor conceituação do fenômeno.

2.3.3. Teoria dos direitos atingidos e os direitos da personalidade

Partindo da premissa de que a dor não pode ser considerada como o diferencial necessário para conceituar o dano moral, mas sim a ofensa, a lesão, ocorrente em todo e qualquer dano que se vislumbre, vários foram os conceitos trazidos pela doutrina afiliada à teoria que acredita ser o dano moral aquele caracterizado pela ofensa a uma certa categoria de direitos ou interesses, quais sejam, os direitos da personalidade.

Sérgio Cavalieri Filho⁷⁴, sustentando a posição, se manifesta a respeito: *“À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é a violação do direito à*

⁷⁴ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa*, cit., p. 101-102

dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. (...) o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.”

Desta forma, seria possível a conclusão de que o prejuízo moral seria aquele causado aos direitos da personalidade ou aos direitos personalíssimos.

Adepto de tal teoria, para Yussef Said Cahali⁷⁵, “*Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral: não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.”*

⁷⁵ Yussef Said Cahali, *Dano moral*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22 e 23.

Segundo Carlos Alberto Bittar⁷⁶ “danos morais são aqueles atributos valorativos ou virtudes da pessoa como ente social integrado à sociedade, vale dizer, os elementos que o individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto. Qualificam-se como morais os danos em razão da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que repercute o fato violador. Assim, os danos morais plasmam-se, no plano fático, como lesões às esferas da personalidade humana situadas no âmbito do ser como entidade pensante, reagente e atuante nas interações sociais”. Acrescentou, ainda, que “danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimento, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Contrapõem-se aos danos denominados materiais, que são prejuízos suportados no âmbito patrimonial do lesado”⁷⁷.

Para Silvio de Salvo Venosa⁷⁸, “dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade”.

⁷⁶ Carlos Alberto Bittar, *Reparação*, cit., p. 41.

⁷⁷ Carlos Alberto Bittar, *Danos morais: critérios para sua fixação*, *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 15/93, 1ª quinzena de agosto/93, p.293.

⁷⁸ Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p.47

Dalmartello⁷⁹, citado por Yussef Said Cahali, entende ser mais razoável conceituar o dano moral “*como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade do espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.*”

Maria José F. Barreira Araújo⁸⁰ assim se manifestou: “*dano moral constitui um atentado a valores extra-patrimoniais, como o bom nome, a saúde, a integridade física, a honra, a intimidade de alguém ou quaisquer outras situações individuais da vida do homem*”.

Glaci de Oliveira Pinto Vargas⁸¹, no mesmo sentido, traça a seguinte definição para o dano moral: “*Consiste na lesão a um interesse que visa à satisfação ou ao gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (o nome, a capacidade, o estado e a família).*”

José Jairo Gomes⁸², por sua vez, aponta que “*O direito da personalidade é aquele que atinge a pessoa na sua natureza imaterial, malferindo aqueles bens preciosos que lhe permitem conduzir-se no mundo, com honra e dignidade, em busca da sua plena realização; tais bens não comportam*

⁷⁹ Dalmartello, *Danni morali contrattuali*, Riv. Dir. Civ., 1933, p. 55 e ss, apud Yussef Said Cahali, *Dano moral*, cit, p. 22

⁸⁰ Maria José Fontenelle Barreira Araújo, *O dano moral e sua identificação*, Revista da Faculdade de Direito. Fortaleza, 30 (2): jul-dez, 1989, p.114.

⁸¹ Glaci de Oliveira Pinto Vargas, *Reparação do dano moral: perspectivas e controvérsias*, 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 18.

⁸² José Jairo Gomes, *Responsabilidade civil*, cit., p. 273

valoração econômico-patrimonial, abrangendo estados e situações que vão desde a interioridade da consciência humana até as formas de exteriorização da personalidade no ambiente social. Traduz-se, antes de tudo, na lesão à dignidade humana.”

2.3.4 Teoria do efeito da lesão

A última corrente que procura a conceituação do dano moral, em oposição à tese de que este reside na ofensa aos direitos da personalidade, defende que o essencial é distinguir a impressão ou o efeito lesivo causado no espírito da vítima, “(...) porque o dano é, conceitualmente, efeito de algum acontecimento, ou seja, é o efeito produzido pelo ato danoso ou lesivo. Por esse ângulo, nenhuma importância teria a natureza ou a índole dos direitos lesionados para a determinação da espécie de dano. O dano moral, assim, residiria justamente na impressão psíquica decorrente da ofensa.”⁸³

Comunga com tal entendimento José de Aguiar Dias⁸⁴, para quem “(...) a distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem imaterial” (...) Deve notar-se que a distinção entre dano patrimonial e dano moral só diz respeito aos efeitos, e não à origem do dano. Neste aspecto, o dano é único e indivisível” (...) Ora, o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O

⁸³ André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 42

⁸⁴ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade*, apud Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *Dano moral*, cit. 74.

conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não, e acarretam, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não patrimoniais.”

Da mesma forma, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho⁸⁵, para quem o dano moral seria “(...) o efeito moral da lesão a interesse juridicamente protegido.”

Por esse ponto de vista, o dano moral não consistiria na ofensa à honra, por exemplo, mas na impressão que essa ofensa tenha causado no espírito do ofendido, que é, pois, o resultado da atividade lesiva.

Ocorre, porém que para alguns autores, como Eduardo Zannoni⁸⁶, essa distinção entre a atividade lesiva e o dano moral, para fins de expressar a perfeita conceituação do instituto é insubsistente, porquanto, “os bens patrimoniais, as coisas, os direitos de crédito, são ‘meios’ econômicos de que serve o homem para satisfazer seus interesses; por outro lado, os bens extrapatrimoniais ou direitos da personalidade são ‘fins’ em si mesmos”.

Outrossim, cabe observar que a concepção de dano moral como ofensa a direito da personalidade não significa que esteja sendo estabelecida a responsabilidade civil em momento anterior à ocorrência do dano. Não é suficiente que exista somente um comportamento potencialmente lesivo a

⁸⁵ Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.40.

⁸⁶ Eduardo A. Zannoni, *El daño*, p.292.

algum bem da personalidade, sendo necessário, para a configuração do dano moral, também, que a ofensa se concretize. Colocar o efeito da lesão, se patrimonial ou não, como epicentro do instituto, seria retirar o mais importante, qual seja, o titular dos direitos lesados como o foco da conceituação.

Desta feita, sem olvidar que realmente os efeitos da lesão podem ser morais, mesmo em decorrência de um dano material e vice-versa, como ocorre por exemplo, com a perda de um animal de estimação ou de uma jóia de família, entendemos que especificar a categoria de direitos ou interesses atingidos no dano moral é a peculiaridade que mais importa para sua conceituação, sendo de maior prudência a junção das duas teorias para a fixação de um conceito mais completo do fenômeno jurídico.

2.3.5. Teoria da violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana

Wesley de Oliveira Louzada Bernardo⁸⁷, aponta uma quarta corrente doutrinária para a qual a conceituação do dano moral deve estar centrada na proteção da dignidade da pessoa humana.

De certa forma e ao nosso ver, tal teoria cuida exatamente da junção das duas outras correntes antes examinadas, chegando a um conceito do dano moral mais coerente com o atual momento da civilística moderna, que busca a recondução da pessoa humana ao centro do ordenamento jurídico, em consonância, inclusive, com os princípios consagrados pela Constituição Federal.

⁸⁷ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *Dano moral*, cit. p. 77 e 78

Para o autor, citando o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes⁸⁸, *“Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercuta na órbita do seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.”*

Em consonância com a proteção da dignidade da pessoa humana como o epicentro a ser adotado na conceituação do dano moral Ramon Daniel Pizarro⁸⁹, enuncia todos os contornos que o modelam, ao nosso ver, da maneira mais completa possível, abordando todos os aspectos necessários à individualização do instituto, conforme se verifica:

“a) Logo de início, é de se verificar que a definição atende às conseqüências que a ação antijurídica produz no ânimo do prejudicado. Encontra-se a entidade qualitativa e quantitativa do dano moral. É o dano considerado em si mesmo e a repercussão no ânimo da vítima.

⁸⁸ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 156 .

⁸⁹ Ramon Daniel Pizarro, *Daño moral*, p. 47 a 50, apud Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 97

b) O detrimento no espírito provém de uma lesão a algo que não está no patrimônio da pessoa. Antes, atinge o mais recôndito do ser, em sua subjetividade. Sem a lesão espiritual, não existe minoração na capacidade anímica de ninguém, inexistindo dano moral passível de indenização.

c) A definição afasta o mal vezo já assinalado de definir por negação, porque afirma que o dano moral é, de forma positiva, e encerrando em seu conteúdo, o que ele significa, sem a tradicional contraposição ao dano material. É posto em relevo o conteúdo próprio e específico, e não por mera contraposição com o dano material.

d) A perda, o dano, o prejuízo, o detrimento, encontram-se na modificação do espírito, assinalando que os múltiplos aspectos da personalidade humana hão de ser respeitados. A modificação desvaliosa considera a pessoa humana em toda sua dimensão, enquanto corpo e espírito, o que compreende os múltiplos aspectos da personalidade, dignos de proteção.

e) O dano moral ultrapassa aquele dado puro e simples do afetivo, dos sentimentos, projetando seus efeitos para outras áreas da personalidade, como a capacidade de querer, de sentir e de entender. A modificação espiritual estende seus efeitos de forma ampla, pois essa alteração desfavorável pode atingir outros espaços da subjetividade, do prejudicado. Zavala discrimina cada uma dessas capacidades, afirmando que a dimensão espiritual de uma pessoa não se reduz à órbita afetiva ou de sua sensibilidade (capacidade de sentir), pois compreende também uma intelectual (capacidade de entender) e outra volitiva (capacidade de querer). Quando o ato afeta ou compromete o desenvolvimento de qualquer destas capacidades de um modo negativo ou prejudicial, configurado estará o dano moral. A privação ou supressão temporal de

qualquer dessas faculdades deve ser indenizada pelo desvalor subjetivo que denotam.

f) Os seres mais insensíveis, ou a criança, um louco ou um demente, incapazes de entender e compreender a dor espiritual que os afeta, não estão excluídos da possibilidade de sofrerem dano moral. Mesmo na ausência de sensibilidade e de compreensão, há lugar para a configuração do desvalor da ação. A consciência do sofrimento não passa a ser requisito indispensável e inafastável para o exurgimento do dano moral. ‘Com isso, fica superado o estreito molde do chamado pretium doloris que pressupõe necessariamente aptidão do prejudicado para sentir o dano. Portanto, a perda dos sentimentos ou da possibilidade de experimentá-los, e mais ainda, da aptidão de encontrar-se em uma situação anímica desejável, é dano moral’.

g) Desdobrando o elencado no item f supra, existe a possibilidade de o dano moral existir mesmo que não haja derramamento de lágrimas ou que não haja a percepção sensitiva do menoscabo. O sofrimento não é um requisito imprescindível para que o dano moral ocorra, embora seja uma de suas manifestações mais encontráveis no cotidiano. O sofrimento, caracterizado pela dor, angústia, vergonha, humilhação, perda do desejo de viver etc., é apenas possível manifestação do dano moral. Nesse quadro, mesmo sem a existência de lágrimas ou sem que a vítima perceba o que está ocorrendo em seu derredor, é possível que sofra dano moral.”

Assim é que, nos curvamos à teoria apresentada, pois sendo indubitável que o ordenamento jurídico na atualidade consagra o ser humano como o fim de toda e qualquer ação ou relação jurídica, buscando a mais ampla proteção dos direitos que lhe são inerentes, considerados os direitos

humanos de forma ampla e as garantias fundamentais previstas na lei, com o dano moral não poderia ser diferente, ou seja, sua conceituação deve destacar a dignidade da pessoa humana como seu principal elemento, de forma que qualquer ação que colida com tal princípio, ainda que não se ache casuisticamente prevista, deverá ser reprimida.

Nesse passo, oportuna a lição de Sergio Cavalieri⁹⁰ ao destacar que *“Tenho para mim que todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a chamada questão social, colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos.”*

Em síntese e à luz da conclusão dos inúmeros doutrinadores que expõem sobre o assunto, o dano moral pode ser compreendido como a lesão que colide com a dignidade da pessoa humana, ferindo a categoria dos direitos da personalidade, previstos ou não em nosso ordenamento, tais como o direito à liberdade, à imagem, à honra, à vida, à reputação entre outros inúmeros que não se colocam de forma exaustiva, causando ou não no ofendido, levando-se em conta aqueles que não tenham capacidade de entender o ato lesivo e mesmo que, sendo capaz, não apresentem percepção sensitiva do menoscabo, toda sorte de dor e sofrimento, de forma a transtornar de maneira negativa seu estado anímico, espiritual ou psíquico, podendo se materializar tanto quando ocorre dano que afeta o patrimônio gerando efeito moral (roubo de jóia de família, por exemplo),

⁹⁰ Sergio Cavalieri Filho, *Programa*, cit., p. 100

quanto, ao contrário, quando ocorre dano que afeta a moral refletindo no patrimônio da vítima (ofensa à reputação de um estabelecimento que acarreta a sua falência).

Entendemos, a partir do conceito aqui formulado, que restam abrangidos todos os aspectos necessários para a conceituação do instituto, não ficando restrita ao menoscabo dos sofrimentos causados pela lesão aos direitos da personalidade, mas também abrangendo as possibilidades de seus efeitos, indo além, ao dispor que podem ser evidenciadas também nos casos em que o lesionado seja incapaz ou não apresente a percepção sensitiva do dano, sendo a característica essencial do dano moral, que se verifique a ocorrência de lesão à dignidade da pessoa humana.

2.4. Caracterização do dano moral nos casos de ausência de transtorno psicológico ou perturbação espiritual do lesado

Aceita a premissa de que o dano moral é, essencialmente, a lesão causada pela não observância ao princípio da proteção da dignidade humana, provocando prejuízo ou ofensa aos bens inerentes à personalidade do indivíduo, a ausência de lágrimas ou a incapacidade de sentir a dor espiritual não implicam na conclusão de inexistência de agravo moral, pois a lesão não deve ser tolerada e muito menos, ficar isenta de repreensão.

Assim, como será exposto a seguir, louvável o entendimento de que os loucos, os doentes mentais, os pacientes comatosos, os pacientes vegetativos, as crianças e até mesmo o nascituro, são passíveis de sofrer

dano moral, mesmo que não se manifestem negativamente diante da ofensa a algum dos direitos que integram sua personalidade.

2.4.1. Responsabilidade civil por dano moral aos loucos, doentes mentais, pacientes em estado de coma e vegetativos

Para Antonio Vasquez Vialard, mencionado por Pinho Pedreira⁹¹, “os efeitos psicofísicos, conquanto sejam uma conseqüência da lesão provocada por um ‘dano moral’, nem sempre se produzem necessariamente, acontecendo, como acontece quando o dano afeta um demente ou um menor, que, por falta de compreensão ou entendimento, nenhum sofrimento moral ou sensação dessa natureza experimenta”.

No mesmo sentido Arnaldo Marmitt⁹² se manifesta, ao negar a possibilidade de ocorrência de danos morais às pessoas acometidas de doenças mentais, em estado vegetativo ou em coma. Afirma o doutrinador que: “Muito não difere o tratamento a ser dispensado a todas aquelas pessoas físicas que, por desenvolvimento retardado ou incompleto, ou por qualquer outro fator patológico, são incapazes de sentir a dor moral. É sabido que no terreno das doenças mentais muito diversificadas são as enfermidades que abatem o homem, fazendo-o insensível e sem condições de autodeterminar-se, e de distinguir entre o bem e o mal. O louco e o imbecil não denotam sentimentos íntimos por morte de um parente próximo, muito menos aqueles dementes que matam pessoas de sua própria família. Não há falar-se, de conseguinte, em dano moral sofrido por

⁹¹ Pinho Pedreira, A reparação do dano moral no Direito do Trabalho, *Revista LTr*, São Paulo, v. 55, maio.1991, p. 552 e 553.

⁹² Arnaldo Marmitt, *Perdas e danos*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 137

mentecapto ou doido, nem de crianças, que ainda não adquiriram noção do que seja angústia ou depressão, ou qualquer outro sofrimento apto a justificar a reparação por dano moral.”

Seguindo a linha de raciocínio até aqui desenvolvida, com base nos fundamentos apresentados, importa registrar a total discordância com o entendimento esposado pelos doutrinadores citados.

De fato, ainda que se trate de demente, paciente em estado de coma ou que se encontre em estado vegetativo, não há como aceitar a negativa do dano moral, pela simples argumentação de que tais indivíduos, pela sua incapacidade jurídica, não possam sentir a lesão. Segundo Eduardo A. Zannoni⁹³, *“o que qualifica o dano moral é a atividade lesiva ou danosa enquanto tal, ou seja, o só ataque a interesse não-patrimonial da vítima, sem que para definir sua existência deva requerer-se que ela o compreenda ou perceba, pois o agravo menoscaba sempre uma projeção existencial que é reconhecida também àqueles que estão privados de razão ou sensibilidade”*.

Por ser *o dano moral é a conseqüência irrecusável do fato danoso, este o prova per se (por si)*”, não havendo, assim, ao nosso ver, como contestar sua existência, por exemplo, nos casos de zombaria contra um demente, ainda que, em tese, este não seja capaz de senti-lo. Desta feita, se a ofensa moral ocorreu, basta por si só para a caracterização do dano moral.

⁹³ Eduardo A. Zannoni, *El daño*, cit., p. 264

Com o mesmo entendimento, destacou André Gustavo Corrêa de Andrade⁹⁴, que *“Os doentes mentais ou as pessoas em estado comatoso ou vegetativo, embora nem sempre sujeitos a manifestações psíquicas ou sensoriais negativas diante da ofensa a algum direito da personalidade, também fazem jus à indenização por dano moral (...) Uma pessoa desprovida de consciência ou compreensão é tão digna de consideração e respeito à sua dignidade quanto uma pessoa lúcida e consciente. A mesma dignidade vital – na feliz expressão de Capelo de Souza – é inerente a todos os seres Humanos, independentemente de suas deformações e insuficiências.”*

Nesse quadro, cita o autor hipótese real levada à apreciação judicial, que se adequou perfeitamente ao exemplo que mencionamos acima, qual seja, de um ser humano portador de doença rara que exposto à situação vergonhosa foi considerado passível de receber indenização por dano moral, haja vista a impossibilidade de discussão sobre a falta de sua ocorrência.

Consignou ainda, o autor, que *“Situação como essa foi objeto de julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Um menor de quinze anos de idade, portador de doença rara conhecida como ‘Síndrome de Seckel’, foi exibido em programa de televisão por trinta e sete minutos, durante os quais teve a sua imagem exposta de forma ridicularizante, vexaminosa e bizarra. Em razão da doença, o menor, apesar da idade, media apenas 87 centímetros e aparentava retardamento mental. Fantasiado o menor foi incentivado a fazer imitações e foi alvo de*

⁹⁴ André Gustavo Correa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 53 e 54

diversos comentários com intenção jocosa sobre sua baixa estatura. O caso ganhou grande repercussão na imprensa, com críticas à natureza apelativa do programa, que disputava índices de audiência com programa de outra emissora. O pedido de reparação por dano moral formulado pelo menor foi julgado procedente em primeiro grau de jurisdição (processo nº 1999.001.010015-0, da 36ª Vara Cível), com a condenação da empresa de televisão ao pagamento de indenização de R\$ 1.000.000 (um milhão de reais). Foi repelida a tese da defesa de que o menor não tinha direito à indenização por não ter sofrido nenhum abalo psicológico com sua apresentação no programa, durante o qual teria até, se divertido muito. A sentença (...) considerou caracterizado o dano moral pelo uso abusivo da imagem e pelo abalo à reputação do autor, argumentando que nada importava que a deficiência mental lhe privasse da capacidade de compreender a situação abusiva a que fora submetido. Na fixação do quantum indenizatório, a sentença enfatizou que a exploração aberrante da imagem de um menor portador de deficiência com o objetivo de aumentar o 'ibope' é conduta merecedora de seria reprimenda, que, além, de servir como punição, deve atuar como forma de prevenir a repetição do ilícito. Em sede de apelação, a indenização foi reduzida para R\$ 150.000,00 (Apelação Cível nº 2002.001.06856, da 2ª Câmara Cível).”

Embora o debate acerca do assunto seja apaixonante e certamente, caiba como objeto de outro estudo muito mais aprofundado, vamos nos limitar ao exposto, já que além de fugir do tema proposto no presente trabalho, nos parece suficientemente demonstrado que as lesões morais nos casos aqui tratados não podem ser simplesmente ignoradas, merecendo integral indenização.

2.4.2. Responsabilidade civil por dano moral à criança e o nascituro

O mesmo se pode afirmar com relação às crianças, para as quais não se poderá negar o direito ao dano moral, ainda que a lesão, mesmo certa, não provoque dor, mal-estar ou qualquer alteração na *psique* do infante, pois ainda que incapazes sob a órbita jurídica, são possuidores de direitos inerentes à personalidade, ainda que não consigam expressar por si mesmos o agravo sofrido. Exemplo disso é a ocorrência de violência sexual contra crianças ou bebês, que apesar de não possuírem maturidade suficiente para afirmar a dor ou sofrimento, de fato, foram vítimas de ofensa moral, principalmente à sua integridade física e à sua honra.

Antonio Jeová Santos⁹⁵ esclarece que *“Quando se trata de criança, a psicologia tem definido que os traumas afetivos, padecidos na primeira infância, só aparecem como manifestações neuróticas, quando a pessoa que os sofreu, ingressa na adolescência e os acompanha até a vida adulta. Mesmo que o dano moral não surja de imediato, pela falta de compreensão da criança, essa lesão aparecerá no futuro, com maior intensidade. Não existe nenhuma razão para deixar de indenizar uma criança, por achar que ela não entendeu o caráter do ato insidioso, causador do dano moral.”*

Quanto ao nascituro, o art. 2º do Novo Código Civil, é expresso ao garantir a proteção de seus direitos desde a concepção, independentemente da falta de consciência por parte do infante.

⁹⁵ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit. p. 129

Para Maria Helena Diniz⁹⁶ *“Ante o reconhecimento legal dos direitos do nascituro, não há como negar a possibilidade de, com o seu nascimento com vida, vir ele a pleitear indenização por deformações ou problemas físicos permanentes, resultantes, por exemplo, de mau acompanhamento médico, falta de exames ou prescrição errada de medicamento em exame pré-natal.”*

Nesse sentido, o agravo moral de que padece um ser humano que nasce com deformações ou com as conseqüências de lesões sofridas no ventre materno, como ocorre, por exemplo, quando a mãe sofre um acidente de trânsito, não consiste na dor ou no sofrimento do lesionado, mas sim, na perda das condições de desenvolver suas aptidões pessoais, que lhe possibilite experimentar, amplamente, as situações da vida, como acontece com qualquer indivíduo não submetido a tal lesão.

Antonio Jeová Santos⁹⁷, faz colocação interessante, na medida em que não se pode olvidar do avanço da tecnologia e da medicina, de forma que *“(...) com os avanços da ciência que estuda a psique do indivíduo e as razões de certos comportamentos, retornando ao passado longínquo da pessoa, não será impossível que o reflexo do dano moral, surgido quando a criança ainda estava no ventre da mãe, somente se manifeste anos depois; provado o dano e o nexo de causalidade existirá a indenizabilidade do dano moral.”*

⁹⁶ Maria Helena Diniz, A responsabilidade civil por dano moral, *Revista Literária de Direito*, jan/ fev., 1996, p. 9

⁹⁷ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 129

Ademais, não podemos deixar de consignar que a proteção dedicada pela ordem jurídica alcança o nascituro desde sua concepção, equivalendo dizer, ainda no ventre de sua mãe, mesmo que a vida lhe seja ceifada posteriormente, entendemos que é verificável a possibilidade de caracterização do dano moral, na hipótese exemplificativa de agressão à sua honra ou imagem, como ocorre com a divulgação desautorizada de imagens obtidas por meio de exames ultrassonográficos, de partes dilaceradas do corpo de nascituro que não resistiu à morte, ou ainda de membros ou órgãos do feto deformado, com sérios problemas que o levarão, inevitavelmente, à morte antes do nascimento, sendo legitimados para postular a indenização respectiva, de forma indireta, as pessoas com as quais este guarda vinculação, e indo mais além, até mesmo pelo Ministério Público, admitindo-se que a lesão, neste caso, seja capaz de atingir a sociedade, ainda que indiretamente. Seria o caso de prática ilegal de aborto, por exemplo.

2.3. Direito das pessoas jurídicas à indenização por dano moral

Muito se discutiu sobre a possibilidade da pessoa jurídica ser alvo de lesão moral. As pessoas jurídicas não seriam suscetíveis de sofrer dano moral, haja vista a suposição de que seria sempre imprescindível a perturbação negativa, física ou psíquica do espírito ou do ânimo, fenômenos que se manifestam somente nas pessoas naturais.

Com efeito, esse o entendimento manifestado por Arnaldo Marmitt⁹⁸, ao dispor que *“A dor em sentido amplo, consistente em angústias, depressão*

⁹⁸ Arnaldo Marmitt, *Perdas*, cit., p. 136

moral, vergonha, vexame, sofrimentos interiores, atinentes à alma e ao espírito, é o fundamento dos danos morais. Esses sentimentos são próprios do ser humano, pois condizem com o seu sistema nervoso, com sua sensibilidade, com seu organismo. O fenômeno dor, por ser um fenômeno vital, próprio dos seres com capacidade de sentir, não atinge as pessoas jurídicas, que não se angustiam, não sofrem e não choram a morte de ninguém. Sem capacidade afetiva e sensorial, só passivamente podem ser responsáveis por danos morais. Nunca lhes será lícito pleitear ressarcimento com base em dano moral experimentado.”

Porém, justamente pelo fato destas condições – a dor ou sofrimento - não se caracterizarem essenciais à configuração do dano moral, como já se mencionou, com o passar dos tempos reconheceu-se à pessoa jurídica a qualidade de sujeito passivo do menoscabo moral. Tal entendimento contribuiu para consagração da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu à pessoa jurídica referido direito. Diz a Súmula que *“A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”*

Outro fato a contribuir na aceitação desta premissa foi a questão da necessidade de proteção às pessoas jurídicas, com o intuito de resguardar sua perfeita existência, afinal, revelam-se imprescindíveis para o desenvolvimento da sociedade, não podendo simplesmente sofrer exclusão da proteção em debate.

Nesse sentido, Antonio Jeová Santos⁹⁹ faz colocação pertinente, ao citar organismos internacionais, ajustados sob personalidade jurídica, que

⁹⁹ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit. 132

buscando o fomento da paz mundial, não poderiam ser desprezadas pelo ordenamento como entes não passíveis de sofrer lesão de caráter moral. Cita o autor, a título exemplificativo, a Cruz Vermelha, a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos.

Não obstante o exemplo, e partindo da mesma premissa básica, qual seja, a importância das pessoas jurídicas como parte integrante da realidade social, atualmente, pode-se dizer, que é pacificado o entendimento de que são elas sujeitos com personalidade própria, que ao lado das pessoas físicas e, independentemente destas, podem ser vítimas de dano moral.

Mesmo assim, não podemos deixar de mencionar, ainda que de forma breve, as divergências doutrinárias surgidas a partir da discussão sobre o assunto, manifestadas pela existência de 2 (duas) correntes, quais sejam: a corrente que nega a existência do dano moral para a pessoa jurídica e o seu contraponto, isto é, a corrente que aceita a pessoa jurídica como ente suscetível de sofrer dano moral.

Sinteticamente, valendo-nos do ensinamento de Jorge Bustamante Alsina¹⁰⁰, a impossibilidade da pessoa jurídica ser passível de sofrer o dano moral decorreria do seguinte:

“a) as pessoas jurídicas, enquanto, não são suscetíveis de sofrer padecimentos espirituais, não estão legitimadas ativamente para reclamar ressarcimento por suposto dano moral;

¹⁰⁰ Jorge Bustamante Alsina, *Responsabilidad civil y otros estudios*, Vol. II, p. 85, *apud* Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 137 e 138

b) os ataques a seus direitos extrapatrimoniais, que têm enquanto sujeito de direito, embora não sejam os mesmos que se reconhecem às pessoas físicas, como nos seres humanos, só são indenizáveis se afetam indiretamente o patrimônio;

c) esses direitos extrapatrimoniais, tais como o nome e a reputação, constituem aspectos sociais de uma personalidade e gozam de proteção jurídica, mediante o reconhecimento de direitos subjetivos, que constituem poderes de atuar em sua defesa preventivamente ante ameaças de violação e para fazer cessar suas causas, porém não legitimam para demandar ressarcimento por dano moral e somente quando houver dano patrimonial indireto;

e) os membros e representantes das pessoas jurídicas não estão legitimados para reclamar, a título próprio, indenização por dano moral que sofram indiretamente.”

Também para Gustavo Tepedino¹⁰¹, inexistiria o direito à pessoa jurídica de ser sujeito de dano moral, considerando o autor um equívoco “(...) *imaginar os direitos da personalidade e o ressarcimento por danos morais como categorias neutras, adotadas artificialmente pela pessoa jurídica para a sua tutela (a maximização de seu desempenho econômico e de seus lucros). Ao revés, o intérprete deve estar atento para a diversidade de princípios e de valores que inspiram a pessoa física e a jurídica, e para que esta, como comunidade intermediária constitucionalmente privilegiada, seja merecedora de tutela jurídica apenas e tão-somente como um instrumento*

¹⁰¹ Gustavo Tepedino, A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro .In.: *Temas de Direito Civil*, p. 52, apud André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 59

(privilegiado) para a realização das pessoas que, em seu âmbito de ação, é capaz de congrega.”

Em estudo posterior, o citado autor acabou por se curvar relativamente à tese que aceita a possibilidade de lesão moral à pessoa jurídica, restringindo-a, no entanto, às pessoas jurídicas que embora exerçam atividade comercial, não possuam finalidade lucrativa. Não obstante a aceitação parcial, o autor denomina o dano moral de dano institucional.

Para Gustavo Tepedino¹⁰², *“Há que se resguardar, todavia, a necessária diferenciação entre as pessoas jurídicas que aspiram ao lucro e aquelas que se orientam por outras finalidades. Particularmente neste último caso não se pode considerar (como ocorre na hipótese de empresas com finalidade lucrativa) que os ataques sofridos pela pessoa jurídica acabam por se exprimir na redução de seus lucros, sendo espécie de dano genuinamente material. Cogitando-se, então, de pessoas jurídicas sem fins lucrativos deve ser admitida a possibilidade de configuração de danos institucionais, aqui, conceituados como aqueles que, diferentemente dos danos patrimoniais ou morais, atingem a pessoa jurídica em sua credibilidade ou reputação.”*

Por sua vez, a corrente que defende a possibilidade da pessoa jurídica ser passível de sofrer dano moral, se pauta em alguns aspectos de relevância, que podem ser esclarecidos por meio das citações de seus adeptos, tais como Sílvio de Salvo Venosa, Yussef Said Cahali e Antonio Jeová

¹⁰² Gustavo Tepedino, Cidadania e os direitos da personalidade. *Revista da Esmese*, n.3, 2002, n° 3, p. 23 apud André Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit, p. 61

Santos..Segundo Sílvio de Salvo Venosa¹⁰³, *“Em princípio, toda ofensa ao nome ou renome de uma pessoa jurídica representa-lhe um abalo econômico. Não há como admitir dor psíquica da pessoa jurídica, senão abalo financeiro da entidade e moral dos membros que a compõem. Aqui, sobreleva o aspecto de distúrbio comportamental. Nem por isso, porém, deixará de ser reparado um dano de natureza moral contra a pessoa jurídica: apenas que, a nosso ver, esse dano moral sempre terá reflexo patrimonial. Será sempre economicamente apreciável, por exemplo, o abalo mercadológico que sofre uma empresa acusada injustificadamente, por exemplo, de vender produtos roubados ou falsificados. No campo da pessoa jurídica, o que levamos em conta no aspecto do dano moral é o ataque à honra objetiva, em síntese, a reputação e o nome. Evidente que não são aplicáveis os princípios dos direitos personalíssimos (...).”*

De acordo com Yussef Said Cahali¹⁰⁴, *“(...) A seu turno, a jurisprudência mais atualizada vem se orientando no sentido de que as entidades coletivas estão dotadas dos atributos de reputação e conceito perante a sociedade e, por conseguinte, são passíveis de difamação, desde que a manifestação possa abalar tais atributos, admitindo assim a reparação do dano moral sofrido pela pessoa jurídica. Assim, afirma-se ser admissível a indenização por dano moral causado à pessoa jurídica em decorrência de manifestações que acarretem abalo de seu conceito no mercado em que atua, uma vez que o direito à honra e imagem é garantido pela Constituição, em seu art. 5º, X, cuja interpretação não há de se restringir às pessoas naturais.”*

¹⁰³ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p. 49 e 50

¹⁰⁴ Yussef Said Cahali, *Dano*, cit., p. 384

Para Antonio Jeová Santos¹⁰⁵, *“Embora não seja titular de honra subjetiva que vem a ser a dignidade, o decoro e a auto-estima, caracteres exclusivos do ser humano, a pessoa jurídica detém honra em seu substrato objetivo. Sempre que o seu bom nome, reputação ou imagem (no sentido lato da expressão) forem vilipendiados em decorrência da ilicitude cometida por alguém, o direito deve estar presente para sujeitar o agressor à indenização por dano moral.”*

Desta feita, indiscutível que da mesma forma que se admite o dano moral às pessoas incapazes ou alienadas do sentimento negativo de ânimo ou mesmo de entendimento acerca do prejuízo moral sofrido, às pessoas jurídicas são plenamente aceitáveis os prejuízos decorrentes de abalo moral.

Primeiro, porque não é condição para o reconhecimento do dano moral, a dor psíquica ou espiritual própria do ser humano. Também, porque não se discute a ofensa à honra subjetiva, própria da pessoa natural e decorrente da ofensa à dignidade da pessoa humana, sendo afetada, no caso das pessoas jurídicas, sua honra objetiva. Por fim, porque o fundamento para o seu reconhecimento se encontra expressado no ordenamento jurídico, na medida em que o artigo 5º, X da Constituição Federal, não restringe à pessoa humana o direito de indenização por dano moral ou à imagem.

Além disso, a Constituição em seu artigo 5º, XXIV, determina seja assegurada a proteção aos nomes de empresas, vez que dispõe que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

¹⁰⁵ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 143

Também em sede infraconstitucional, a pessoa jurídica encontra proteção contra danos aos seus direitos da personalidade, distintos daqueles próprios das pessoas jurídicas, vislumbradas nos artigos 52 e 12 do Código Civil de 2002, que assim estabelecem:

“Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

2.4. Dano moral difuso ou coletivo

Segundo André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁰⁶, *“O dano moral coletivo constitui a agressão a bens e valores jurídicos comuns a toda coletividade ou parte dela. Parte-se, pois, da idéia de um patrimônio moral coletivo e indivisível, inerente aos homens em sua dimensão social.”*

O dano moral coletivo pode ser tido, portanto, como a agressão aos interesses ou direitos transindividuais que, por não pertencerem a uma só pessoa, transcendem a esfera privada e pessoal do indivíduo, constituindo ofensa a toda a coletividade. Os interesses coletivos são indivisíveis e atingem pessoas indeterminadas ligadas por uma circunstância de fato. A indeterminabilidade do interesse se caracteriza pela ofensa a um bem que

¹⁰⁶ André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit. p. 64

pertença a todos, como ocorre, por exemplo, com a agressão ao meio ambiente, bem coletivo protegido pelo art. 225 da Constituição Federal.

Já o dano moral difuso, constitui a agressão aos bens ou interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular um grupo, uma categoria. Também a indeterminabilidade dos sujeitos nos interesses e direitos difusos constitui outra característica de tais direitos. São pessoas dispersas no seio da coletividade, embora sejam determináveis: abrangem categorias, grupos.

2.5. Espécies de dano moral: dano puro, direto e indireto

Não se estabeleceu ainda, na doutrina, uma divisão clássica dos tipos de danos morais, havendo variadas classificações, razão pela qual ficará mencionada algumas das espécies de danos sugeridas pelos doutrinadores, todas pertinentes e complementares entre si, ao nosso ver.

Maria Helena Diniz entende que os danos morais se classificam em danos morais diretos e indiretos, expondo: *“O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1, III). O Dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem*

*extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. P. ex.: perda de coisa com valor afetivo, ou seja, de um anel de noivado*¹⁰⁷.

Já Miguel Reale¹⁰⁸, distingue o dano moral objetivo do dano moral subjetivo. Ensina que *“O primeiro atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o (dano) de sua imagem. O dano moral subjetivo que se correlaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita à dor ou sofrimento intransferíveis porque ligados a valores de seu subjetivo, que o ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação”*.

Sob a análise de Limongi França¹⁰⁹: *“(...) os danos podem ser classificados em: a) dano econômico direto (dano material); b) dano econômico indireto (dano material, por meio de dano moral); c) danos nos valores ideais (aqueles que nem direta, nem indiretamente, atingem valores econômicos, ou seja, dano moral ou dano moral puro)”*, concluindo que *“os efeitos finais do dano podem ser patrimoniais, morais, ou patrimoniais e morais; o aspecto moral do dano não se desnatura se, concomitantemente, também houver danos patrimoniais; o dano não deixa de ser puro, quanto ao aspecto moral, a despeito da convergência de algum aspecto patrimonial, ainda que economicamente mais relevante; em tais hipóteses, indenizam-se tanto o dano moral como o patrimonial”*.

¹⁰⁷ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p.93

¹⁰⁸ Miguel Reale apud João de Lima Teixeira Filho, O dano moral no direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, n. 9, p. 1.170.

¹⁰⁹ Rubens Limongi França, *Reparação do dano moral*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 631, p.31

Carlos Aberto Bittar¹¹⁰ assim se manifesta: “São puros os danos que se exaurem nas lesões a certos aspectos da personalidade, quanto os reflexos constituem efeitos ou extrapolações de atentados ao patrimônio ou aos demais elementos materiais do acervo jurídico lesado (...) Existem danos diretos e indiretos, ou puro e reflexos, consoante se manifestem como conseqüências imediatas ou mediatas do fato lesivo: assim, se um dano sobre a personalidade podem vir reflexos patrimoniais e vice-versa, tanto na órbita da contratualidade, como na extracontratualidade. Pode, ademais, haver concomitância de danos de um mesmo fato, diante das funções várias que exercem os bens a serviço das pessoas e os próprios objetivos em cada um visados. Dizem-se, por fim, subjetivos ou objetivos os danos morais, quando se circunscrevem à esfera íntima ou valorativa do lesado, ou se projetam no círculo de seu relacionamento familiar ou social; por outras palavras, conforme se atinja a esfera subjetiva ou de relações do interessado”. Acrescenta, por fim, ser comum a interpenetração entre danos morais e patrimoniais, porque desses últimos podem resultar satisfações morais e vice-versa.

¹¹⁰ Carlos Alberto Bittar, *Reparação*, cit. , p.35-37 e 47-49

3. Indenização do Dano Moral

3.1. Generalidades

3.2. A trajetória do dano moral na legislação brasileira, na doutrina e na jurisprudência

Na legislação pátria, o dano moral passou por uma paulatina evolução, trazendo consigo, antes mesmo de qualquer discussão acerca de sua quantificação, o debate sobre a sua efetiva previsão legal e a possibilidade de ser objeto de indenização.

Em termos legislativos, já o Decreto 2681/1912, que disciplinou a responsabilidade das estradas de ferro em relação aos seus usuários, ainda que de maneira tímida, contemplou o dano moral no seu art. 21, que assim dispôs:

“Art. 21. No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.” (g.n).

O Código Civil de 1916, da mesma forma, trouxe em seu bojo a previsão de reparação dos danos morais, não obstante tenha gerado discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do seu efetivo reconhecimento legal e possibilidade de seu ressarcimento, haja vista lhe haver faltado

objetividade e manifestação expressa, omitindo, inclusive a expressão dano “moral” em seus dispositivos, à exceção do artigo 76, que embora tenha trazido o termo, não se referiu de forma inquestionável à possibilidade de sua reparação.

As previsões encontravam-se basicamente dispostas nos artigos 159, 948, e 1.518 a 1.532, todos esses relacionados à regulamentação da culpa e avaliação da responsabilidade, artigos 1.537 a 1.552 (relativamente aos critérios para a determinação do *quantum debeatur*, em caso de eventual condenação por danos no caso de homicídio, no caso de ferimento ou ofensa à saúde, no caso de prática de injúria ou calúnia, no caso de esbulho ou usurpação da coisa alheia, no caso de defloração, violência, sedução ou rapto de mulher agravada em sua honra e no caso de ofensa à liberdade pessoal), além do artigo 76 (relativamente ao interesse moral para propor ação).

O Código Civil de 1916, à exceção dos casos específicos, encontrados nos artigos 1.537 a 1.552, não ofereceu parâmetro objetivos para a liquidação do dano moral, deixando-a ao arbítrio do juiz, de forma que previu, no artigo 1.553 que, *“Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.”*

Dispunha, respectivamente, os artigos 159, 948 e 1.518 do antigo Diploma Civil o seguinte:

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

“Art. 948. Nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado.”

“Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.”

Em caso de danos decorrentes de homicídio, previa o artigo 1537 do Código Civil de 1916:

“Art. 1537. A indenização, no caso de homicídio, consiste:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia”.

No tocante ao interesse moral para a propositura de ação, estabelecia o art. 76 do revogado Código Civil:

“Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral.”

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.”

Ao tratar do artigo 1.537, Cláudio Antonio Soares Levada¹¹¹, comenta que “(...) o artigo 1.537 e seus incisos prevêem o ressarcimento dos danos, à evidencia materiais, relativos às despesas com tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, além da prestação de alimentos aos dependentes”. Consigna, porém, que “(...) durante tempos este artigo foi interpretado restritivamente, até mesmo pelo Supremo Tribunal, fornecendo, argumentos aos que defendiam a inadmissibilidade da reparação dos danos morais decorrentes da morte de quem não provia, ou ao menos ajudava a prover, a subsistência de seus familiares (...).”

Ao analisar o artigo 159 do Diploma substantivo antigo, João Casillo¹¹², posicionou-se em favor do reconhecimento legal do dano moral e de sua indenizabilidade.

Assim se manifestou o autor: “O Código indica como dano reparável, isto é, indenizável, aquele decorrente de prejuízo causado ou direito violado. Pretendesse o legislador vincular a noção de dano apenas às hipóteses onde houvesse prejuízo no sentido de diminuição patrimonial, não teria incluído a expressão violar direito. Bastaria dizer que aquele que causasse prejuízo ficaria obrigado a repará-lo. (...) Basta a violação, a ofensa ao direito, para que a proteção jurídica referente à reparação imediatamente nasça, independentemente de outra cogitação.”

¹¹¹ Cláudio Antônio Soares Levada, *Liquidação de danos morais*, São Paulo: Copola Editora, 1995, p.27-28.

¹¹² João Casillo, *Dano moral e sua indenização*, 2ª ed. rev. e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 52 e 53.

Caio Mário da Silva Pereira¹¹³, ao discorrer sobre a interpretação do mesmo dispositivo, também defendeu a indenizabilidade do dano moral. Assim ensinou: *“A meu ver, a aceitação da doutrina que defende a indenização por dano moral repousa numa interpretação sistemática de nosso direito, abrangendo o próprio art. 159 do Código Civil que, ao aludir à ‘violação de um direito’, não está limitando a reparação ao caso material apenas. Não importa que os redatores do Código não hajam assim pensado. A lei, uma vez elaborada, desprende-se da pessoa dos que a redigiram. 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 (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5).”*

Clóvis Bevilacqua¹¹⁴ ao comentar o artigo 76 expressou que:

“O interesse (sic) será, ordinariamente (sic), econômico, isto é, conversível em dinheiro; mas poderá ser também moral. No interesse (sic) econômico se compreende a defesa do direito real, e a exigência daquelas obrigações, quae pecúnia lui praestarique possunt (D. 40, 7, fr. 9, § 2º). O interesse (sic) moral diz respeito à própria personalidade do indivíduo, à honra, à liberdade e, ainda, à profissão.

Se o interesse (sic) moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse (sic) é indenizável, ainda que o bem moral se não exprima em dinheiro.

¹¹³ Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade*, cit., p. 46

¹¹⁴ Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 11ª ed., São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1956, vol I, p. 256.

Este (sic) artigo, portanto, solveu a controvérsia existente na doutrina e que, mais uma vez, repercutiu em nossos julgados.”

Carvalho Santos¹¹⁵ ao discorrer sobre o mesmo dispositivo, vai mais além e tece crítica, no sentido de que embora o mencionado artigo permitisse a propositura de ação para reparar um dano de natureza moral, não solveu completamente a problemática da reparação. Assim afirmou: *“Não entrando no mérito da questão de ser ou não legal a responsabilidade civil pelo dano moral, cujo estudo reservamos para a parte do direito das obrigações, não temos dúvidas em seguir a opinião de SPÍNOLA, porque incontestavelmente (sic) êste (sic) art. 76 nada esclareceu e em nada contribuiu para a solução da questão controvertida.”*

Agostinho Alvim¹¹⁶, embora entendesse que o Código Civil de 1916 não trouxesse em si a indenizabilidade do dano moral, posto que não fazia menção expressa sobre a circunstância, limitando-a aos casos de reparação decorrentes do homicídio (art. 1.537 do antigo Código Civil), quais sejam: pagamento de despesas com o tratamento da vítima, funeral e o luto da família, além de prestação de alimentos às pessoas a que o defunto os devia, colocou com propriedade, que o artigo 76 do antigo Código Civil, interpretado literalmente, não era capaz de autorizar, por si só, o reconhecimento do dever de indenização por dano moral, posto que o dispositivo proclamava regra restrita à possibilidade de propositura de ação

¹¹⁵ J. M. Carvalho Santos, *Código Civil interpretado*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1982, vol. II.

¹¹⁶ Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p.233.

respaldada em um interesse moral, sem, no entanto, fazer menção incontestada de que tal interesse pudesse e devesse ser indenizado.

A controvérsia entre juristas e doutrinadores sobre a indenizabilidade do dano moral, talvez por deficiência de expressa previsão no Código Civil de 1916 nesse sentido, perdurou de forma que os entendimentos se cingiram, sendo que alguns se curvaram à impossibilidade de seu reconhecimento e outros, não só reconheciam e aceitavam a possibilidade de propositura de ação respaldada por um interesse moral, nos termos do antigo art. 76, mas estendiam o entendimento para reconhecer como indiscutível o direito de vê-lo totalmente reparado, ainda que não ocorrido em virtude de homicídio no moldes do art. 1.537 do Código Civil de 1916, bem como nos demais casos específicos previstos até o artigo 1.552.

Pode-se mencionar como exemplo de negativa à reparação do dano moral, por ausência de texto expresso que assim determinasse, ficando, pois, caracterizada a interpretação literal do art. 1.537 do Código Civil de 1916, julgado trazido à luz por Cláudio Antônio Soares Levada¹¹⁷, inserido na Revista dos Tribunais 176/229, em que se afirma que:

“De acordo com a tradição de nosso direito, de acordo com o texto expresso da lei, de acordo com a lição dos doutrinadores e torrencial jurisprudência dos Tribunais, nos casos de homicídio a obrigação de alimentos, não sendo devido o ressarcimento de lesão, a título de danos morais (Lacerda de Almeida. Obrigações, p.238; Lafayette, Direito das Coisas, 3ª edição, p. 473; Carvalho de Mendonça, Tratado de Direito

¹¹⁷ Cláudio Antônio Soares Levada, *Liquidação*, cit., p. 40 e 41

Comercial, volume VI, 2ª parte, p. 538; acórdãos que se encontram na RT 73/193, 74/375, 75/66 e 78/543; Revista Forense, 94/477 e 101/79, estes últimos do Supremo Tribunal Federal).

Firmando assim que, em nosso direito, o dano moral é irreparável e estabelecida também a impossibilidade de ampliação nos termos do artigo 1.537, do Código Civil, impõe-se a improcedência da ação, na parte que visa a decretação da responsabilidade da Ré pelos danos morais derivados do desastre.”

Por outro lado, em contraste com esse posicionamento, e apontado por Rodrigo Mendes Delgado¹¹⁸ como a pedra fundamental na história jurídica de nosso país, reconhecendo a aceitação dos danos morais, foi o julgado proferido em 14 de março de 1975, no Recurso Extraordinário nº 80.158, tendo como relator o Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Aliomar Baleeiro, destacando-se do acórdão o seguinte trecho:

“Quanto ao dano estético, não há como deixar-se de reconhecê-lo, dado que o autor perdeu parcialmente as duas pernas. Não basta pois ser indenizado pelo fato em relação ao dano consistente em sua total e permanente inabilitação para o trabalho que exercia, mas igualmente esse plus que se traduz no dano estético, na chocante desvalorização do seu aspecto físico aos olhos da sociedade e de si próprio, e sem o que a indenização não se poderia dizer completa, mesmo tendo-se em conta a propósito a relatividade da reparação, arbitrada pelo respectivo perito na, por assim dizer, modesta quantia de dois mil cruzeiros. Estou de acordo com a tese de que já se ocupou a atenção dos nossos mais modernos

¹¹⁸ Rodrigo Mendes Delgado, *O valor do dano*, cit. 129-132

civilistas, com franca receptividade. Por exemplo, Caio Mário: “A indenização do prejuízo moral acrescenta-se a reparação do dano moral, se a vítima ficar aleijada ou deformada (...)”

Nesse impasse, a doutrina e jurisprudência firmaram papel indispensável, de forma que acabou por prevalecer a interpretação teleológica e evolutiva, mais consentânea com os ideais de justiça, equidade e verdade, de aceitar-se a reparação dos danos morais, reconhecendo-o como instituto presente e de imperiosa importância, já que verdadeiro retrocesso seria negar seus amplos efeitos, tendo em vista encontrar-se inserido no nosso contexto social.

Rodrigo Mendes Delgado¹¹⁹ ilustra o cenário neste sentido, ao afirmar que *“Seguindo esta necessidade impostergável de mudar, de aceitar novos conceitos, sob pena de lançar a sociedade na perpétua letargia, e iniciar-se um processo apocalíptico de propagação de injustiça, nossos tribunais tiveram que mudar seu posicionamento, no sentido de aceitar os danos morais, e mais, de aceitar não apenas sua ocorrência, mas, fundamentalmente, sua indenizabilidade.”*

Na mesma linha Cláudio Antônio Soares Levada¹²⁰, ao afirmar que *“Deve-se também à jurisprudência, como ressaltado, a evolução do pensamento jurídico do legislador pátrio” (...)* *“Decisões que enfrentaram interpretações literais da lei e que, muitas vezes com base em conceitos de equidade, ou com fundamentos nos princípios gerais de direito, inovaram, ousaram e*

¹¹⁹ Rodrigo Mendes Delgado, *O valor do dano*, cit. p.129

¹²⁰ Cláudio Antônio Soares Levada, *Liquidação*, cit., p. 39.

terminaram por solidificar o entendimento predominante da necessidade de reparação do dano moral.”

Enfim, o marco da sedimentação do entendimento jurisprudencial, deveras influenciado pelos estudos doutrinários, foi a edição da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, publicada no Diário da Justiça em 19.03.1992, p. 03201, que assim estabeleceu: *"São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundas do mesmo fato."*

Pois bem, afóra a questão doutrinária e jurisprudencial, de importância indiscutível para a sedimentação do reconhecimento do dano moral e sua reparação, em termos legislativos, também contribuíram para a pacificação do tema, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.417/62) e a Lei de Imprensa de (Lei nº 5.250/67), que respectivamente, em seus artigos 84 e 53, trouxeram previsão expressa quanto ao direito de reparação do dano moral, inovando, inclusive, ao estabelecer os critérios para sua indenização em termos pecuniários.

Dispôs o art. 53 da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) que:

“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.”

O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.417/62), mais avançado em relação às demais previsões, posto haver incluído parâmetros normativos para a reparação do dano moral, embora revogado parcialmente pelo Decreto-lei nº 236, de 28.02.1967, estabeleceu o seguinte:

“Art. 84 - Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.

Parágrafo primeiro - O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo segundo - O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio for.

Parágrafo terceiro - A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.”

No mesmo passo, a lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973, alterada pela lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, que regulamentou os direitos

autorais, fez alusão aos danos morais, especialmente nos seus artigos 24 e 27.

À luz do art. 24 da Lei dos Direitos Autorais, consideram-se direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado".

Da mesma forma, o artigo 27 do mesmo diploma legal, estabeleceu que *"os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis".*

Igual contribuição trouxe o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565 de 19.12.1986), alterada pela Lei nº 9.614/05.03.1998, que dispôs sobre a responsabilidade civil em caso de transporte aéreo, indo além, ao tarifar a indenização por dano material e moral.

Tratam da responsabilidade aeronáutica os artigos a seguir:

“Art. 246. A responsabilidade do transportador (artigos 123, 124 e 222, Parágrafo único), por danos ocorridos durante a execução do contrato de transporte (artigos 233, 234, § 1º, 245), está sujeita aos limites estabelecidos neste Título (artigos 257, 260, 262, 269 e 277).”

“Art. 257. A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN.

§ 1º Poderá ser fixado limite maior mediante pacto acessório entre o transportador e o passageiro.

§ 2º Na indenização que for fixada em forma de renda, o capital para a sua constituição não poderá exceder o maior valor previsto neste artigo.”

“Art. 260. A responsabilidade do transportador por dano, conseqüente da destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou conservada em mãos do passageiro, ocorrida durante a execução do contrato de transporte aéreo, limita-se ao valor correspondente a 150 (cento e

cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, por ocasião do pagamento, em relação a cada passageiro.”

“Art. 269. A responsabilidade do explorador estará limitada:

I - para aeronaves com o peso máximo de 1.000kg (mil quilogramas), à importância correspondente a 3.500 (três mil e quinhentas) OTN - Obrigações do Tesouro Nacional;

II - para aeronaves com peso superior a 1.000kg (mil quilogramas), à quantia correspondente a 3.500 (três mil e quinhentas) OTN - Obrigações do Tesouro Nacional, acrescida de 1/10 (um décimo) do valor de cada OTN - Obrigação do Tesouro Nacional por quilograma que exceder a 1.000 (mil).”

“Art. 270. O explorador da aeronave pagará aos prejudicados habilitados 30% (trinta por cento) da quantia máxima, a que estará obrigado, nos termos do artigo anterior, dentro de 60 (sessenta) dias a partir da ocorrência do fato (artigos 252 e 253).

§ 1º Exime-se do dever de efetuar o pagamento o explorador que houver proposto ação para isentar-se de responsabilidade sob a alegação de culpa predominante ou exclusiva do prejudicado.

§ 2º O saldo de 70% (setenta por cento) será rateado entre todos os prejudicados habilitados, quando após o decurso de 90 (noventa) dias do fato, não pender qualquer processo de habilitação ou ação de reparação do dano (artigos 254 e 255).”

“Art. 271. Quando a importância total das indenizações fixadas exceder ao limite de responsabilidade estabelecido neste Capítulo, serão aplicadas as regras seguintes:

I - havendo apenas danos pessoais ou apenas danos materiais, as indenizações serão reduzidas proporcionalmente aos respectivos montantes;

II - havendo danos pessoais e materiais, metade da importância correspondente ao limite máximo de indenização será destinada a cobrir cada espécie de dano; se houver saldo, será ele utilizado para complementar indenizações que não tenham podido ser pagas em seu montante integral.”

“Art. 277. A indenização pelos danos causados em consequência do abalroamento não excederá:

I - aos limites fixados nos artigos 257, 260 e 262, relativos a pessoas e coisas a bordo, elevados ao dobro;

II - aos limites fixados no artigo 269, referentes a terceiros na superfície, elevados ao dobro;

III - ao valor dos reparos e substituições de peças da aeronave abalroada, se recuperável, ou de seu valor real imediatamente anterior ao evento, se inconveniente ou impossível a recuperação;

IV - ao décimo do valor real da aeronave abalroada imediatamente anterior ao evento, em virtude da privação de seu uso normal.”

Em 1975, vislumbramos no projeto do novo Código Civil, que já se adequava ao que vinha sendo sedimentado pela jurisprudência, o posicionamento no sentido do reconhecimento do dano moral e sua

indenizabilidade, haja vista ter constado em sua Parte Geral a definição do ato ilícito como o ato culposo que viola direito e causa dano a outrem, embora exclusivamente moral. Assim estava disposto no art. 186 do referido Projeto¹²¹: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”*

Porém, tão longa sua tramitação até sua final aprovação, que a Constituição Federal, promulgada antes do advento do Novo Código Civil, colocou fim ao debate, embora restem poucos que ainda se enlevam pela impossibilidade de seu reconhecimento acumulado com o dano moral, sob o fundamento de que a Constituição Federal restringiu às hipóteses de dano moral, sendo inconstitucional a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

Nessa linha o entendimento de João de Campos Corrêa¹²², no artigo intitulado *“Inconstitucionalidade da Súmula 37 do STJ. Inacumulabilidade de danos morais e patrimoniais”*, ao aduzir que:

“(...) A Súmula diz que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Mas a Constituição Federal, em seu artigo 5º, II, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Sobre esse primado reside a construção de nosso direito objetivo, vale dizer, mesmo que a doutrina queira, ainda que a jurisprudência construa

¹²¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade*, cit., p. 57

¹²² João de Campos Corrêa, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2015>> Acesso em 05.nov.2005

fórmulas e súmulas sobre os fatos da vida ou da morte, há que estar o direito consubstanciado em uma norma jurídica escrita.

Sem a norma escrita, qualquer criatividade do julgador, que não-raro é tentado a legislar por sentença, esbarra na Constituição Federal, que garantirá ao cidadão passar ao largo das construções doutrinárias e jurisprudenciais, por mais respeitáveis que sejam.

E, embora a Súmula 37 tenha surgido sob o comando constitucional de 1988, comando que deu origem ao próprio Tribunal Superior de Justiça, seus ilustres prolores, cometendo o mesmo equívoco dos doutrinadores que a inspiraram, não atentou para os seguintes fatos:

Só há dois incisos do art. 5º que tratam do dano moral e nenhuma outra referência em toda a Carta Magna.

Um é o artigo 5º, V: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;"

O outro é o artigo 5º, inciso X, mais claro ainda: "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".

Desse exame resulta que:

a) o artigo 5º, v, trata de crime de imprensa e não de homicídio, posto que só nessa categoria de delitos se insere o direito de resposta;

b) o artigo 5º, v, não é fonte de direito para aplicação da indenização por dano moral em casos de homicídios;

c) o artigo 5º, x, trata de vida, sim, mas de vida privada, isto é, de privacidade, não se prestando para fundamentar a indenização por dano moral em casos de homicídios.

Então, onde está a lei que garante a indenização por dano moral em caso de homicídio, acidental ou não, que deva ser obedecida pelo cidadão e aplicada pelo julgador?

(...) Porém, não falha somente aí a Súmula 37, do Egrégio STJ, pois, ainda que tratasse apenas de crimes de imprensa ou de violações à privacidade do cidadão, é incabível a cumulação nela enunciada, pela simples leitura dos dispositivos constitucionais acima citados.

À toda evidência, quando a Constituição Federal diz "dano material, moral ou à imagem" (art. 5º, V) e "dano material ou moral decorrente" (art. 5º, X), não permite qualquer ilação rumo à troca do ou pela conjunção e, não sendo ocioso mencionar que a palavra decorrente, assim mesmo no singular, reforça o caráter de alternativa e não de cumulação.

Pode-se dizer, com certeza, que tal súmula vem induzindo grande acomodação entre os magistrados de primeira instância, pois, diante dela, se dispensam do saudável hábito de pesquisar, procurar a luz. E dessa acomodação, que vem contaminando todos os ramos do Direito, estimulando pedidos absurdos e sonhos na mente dos demandantes, resultam apenas decisões emocionais, sem fundamento jurídico, que causam enormes prejuízos às partes condenadas e à imagem do Poder Judiciário."

Em que pese as considerações do autor, a realidade é que, finalmente, em 05 de outubro de 1988, com a promulgação de nossa Carta Magna, restou sedimentada a questão sobre o dano moral ser reparável de forma ampla, ante a vitória da interpretação sistemática e valorativa que se impôs conceder ao instituto, além de acumulável com o dano material. E mais, tamanha a importância conferida ao dano moral pela Norma Maior, que

restou inserido no título que cuida dos direitos e garantias fundamentais, no capítulo I, intitulado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”

Reza o artigo 5º do Constituição Federal, em seus incisos V e X, o seguinte:

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

(...)

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

(...)

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

Nesse espeque, Alexandre de Moraes¹²³, anotou que “O art. 5º, V, não permite qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade da indenização por dano moral e a cumulatividade dessa com a indenização por danos materiais (...), pois o próprio art. 159 do Código Civil, em consonância com a Carta Magna, abriga em toda sua amplitude, também o dano moral.”

¹²³ Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais – Teoria geral – Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e jurisprudência*, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 120 e 121.

Também Artur Oscar de Oliveira Deda¹²⁴ se manifesta aduzindo que: *“Promulgada a Constituição de 1988, perdeu sentido qualquer dúvida sobre a reparabilidade dos danos puramente morais, em face do direito positivo brasileiro. Quem sustenta hoje, que no Brasil apenas os reflexos econômicos dos danos morais são ressarcíveis não tem a mínima razão. Trata-se de entendimento completamente superado, refletindo uma posição em confronto com a própria Constituição do País. É, portanto, inconstitucional. Por isso mesmo, é estranhável que ainda hoje, nas contestações dos pleitos indenizatórios de danos extrapatrimoniais, haja quem se esforce na sustentação de velhos argumentos vencidos, tais como os de que a dor não tem preço, a honra não se vende, os sentimentos íntimos não cabem na balança mercenária.”*

De fato, a norma constitucional impôs finalização ao debate sobre o reconhecimento e direito de reparação decorrente de ofensa moral, mas outras questões ligadas ao tema, tornaram-se suscetíveis de discussão, dentre elas, a viabilidade de indenização por dano moral à pessoa jurídica, a possibilidade de ocorrência de dano moral coletivo e precipuamente, a questão relacionada a forma de reparação do dano moral, posto que, em princípio não haveria como ser quantificada a lesão ou prejuízo a um interesse subjetivo ou imaterial, transformando-a em uma indenização justa, uma vez que tais prejuízos jamais seriam sanados por meio da reparação *in natura*, com o retorno do lesado ao *status quo ante*.

¹²⁴ Artur Oscar de Oliveira Deda, *A reparação dos danos morais*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15.

Rodrigo Mendes Delgado¹²⁵, pontificou a questão, afirmando que *“No dano moral, uma vez produzido, a pessoa sofrerá seus efeitos ‘ad eternum’. Mesmo que o tempo seja o melhor remédio, capaz de cicatrizar qualquer ferimento. A verdade é que o dano moral, não se cicatriza completamente. Sempre haverá uma senda por onde pode vazar um pouco do exsudato que se formou com a ferida produzida pelo dano moral original. Qualquer lembrança do evento danoso trará a lembrança da vítima resquícios de sofrimento íntimo. Assim, impossível a reparação do dano moral.”*

No tocante ao tema objeto da presente, a legislação brasileira e principalmente a doutrina e jurisprudência, sempre demonstraram preocupação no sentido de estabelecer critérios para a aferição e quantificação do dano moral, afinal as ocorrências eram levadas para apreciação judicial, inseridas que se encontravam no contexto social, porém, sem existir previsão legal específica que pudesse auxiliar de maneira incontestada qual seria o valor justo a ser conferido para cada um dos casos apreciados.

As tentativas de previsão legal ocorreram, ainda que relacionadas aos casos específicos, como ocorreu com o Código Brasileiro de Telecomunicações, com a Lei de Imprensa, com a Lei dos Direitos Autorais e com o Código Brasileiro de Aeronáutica. No entanto, norma legal alguma surgiu, que fixasse, vez por todas, qual o critério ou paradigma que deveria ser seguido para fins de satisfação do dano moral.

¹²⁵ Rodrigo Mendes Delgado, *O valor*, cit., p. 136

Seguindo a evolução legislativa, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), também garantiu o dano moral, ao elevar à garantia fundamental, o respeito à integridade física, psíquica e moral das crianças e adolescentes, inseridos na categoria de bens juridicamente protegidos.

Assim a previsão do artigo 3º:

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

No mesmo passo, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, que sem maiores especificidades, também dispôs em seu artigo 6º, sobre o cabimento do dano moral, sendo considerada em nosso ordenamento uma verdadeira revolução do direito pátrio, mormente no tocante à responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços.

Realmente, assim estabeleceu o artigo 6º do Código Consumerista:

“Art. 6º - São direitos do consumidor:

(...)

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”.

Ainda, oportuna a lembrança das disposições constantes da Lei nº 8.974, de 05.01.95, revogada pela recente Lei nº 11.105, de 24.03.2005, que estabeleceu normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, dispondo sobre a Política Nacional de Biossegurança. Referida lei, a exemplo de todas as outras já mencionadas, também garantiu o direito à indenização pelos danos morais, prevendo em seu artigo 20, o seguinte:

“Art. 20. Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa.”

Com o advento do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002, publicada no DOU de 11.01.2002), praticamente nenhuma discussão sobre a possibilidade de ressarcimento do dano moral ressurgiu. Todavia, a lei substantiva, nenhum critério apresentou sobre a tormentosa questão da quantificação da indenização, deixando a matéria reservada à apreciação do juiz.

De fato, não obstante inúmeras inovações trazidas pelo novo Código Civil, principalmente as disposições relacionadas aos direitos da personalidade ou direitos personalíssimos de terceira geração¹²⁶ – *“aqueles que visam assegurar um mínimo de dignidade ao homem: direito à integridade física, ao próprio corpo, ao nome, à privacidade, à vida íntima do casamento, à imagem etc.”* -, ao analisar os artigos que trataram do dano moral, difícil

¹²⁶ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p. 52

não é concluir, que praticamente, nenhum deles sedimentou a questão relacionada à valoração do dano moral, permanecendo entre nós, critérios subjetivos, que permanecem à mercê da construção jurisprudencial e da análise casuística individualizada por parte do poder judiciário.

Ademais, a tônica do novo Código é exatamente deixar para o poder judiciário, representado pelo juiz e Tribunais, o poder de decidir segundo a análise de cada caso, de acordo com os critérios da equidade, da operabilidade, da finalidade social e do bem comum, entre outros, não obstante tal orientação encontre críticas severas na seara doutrinária, conforme se verá com melhor delineamento, no capítulo em que os parâmetros para a quantificação do dano moral serão abordados.

Ao nosso ver tão somente o art. 940 do Código Civil de 2002, e ainda assim, de maneira limitada à matéria nele tratada, traçou critério objetivo para a apuração do dano moral, determinando que *“aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.”*

Quanto aos demais dispositivos legais constantes do Código Civil, parecidos, se preocuparam em deixar indiscutível a questão da indenizabilidade do dano moral. Nesse sentido, importa mencionar o artigo 948 (antigo artigo 1.537), que estabeleceu a indenização devida por conta de homicídio, diferenciando-se da antiga previsão do Código de 1916, pelo fato de ter acrescentado ao texto, a possibilidade de recebimento de

“outras reparações”, além daquelas já previstas antigamente, quais sejam: o pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral, luto e pagamento de prestação de alimentos às pessoas para quem o morto devia.

De sua parte, o artigo 949 (antigo 1.538 do Código Civil de 1916), previu a indenização para os casos de ofensa à saúde, consubstanciada no pagamento de tratamento e lucros cessantes até o final da convalescença, *“além de algum outro prejuízo que o ofendido haver sofrido.”*

Ao comentar o dispositivo, Américo Luís Martins da Silva¹²⁷, assinala que o *“art. 949 do Código Civil de 2002, deixa claro que o pagamento das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença não constitui obstáculo à possibilidade da reparação também do prejuízo moral sofrido pela vítima”*.

Da mesma forma, o artigo 950 do Código Civil de 2002, que substituiu o antigo artigo 1.539, ao tratar da lesão que diminui a capacidade para o trabalho, além das despesas de tratamento e lucros cessantes, previu a possibilidade do ofendido postular a reparação pelo dano moral sofrido, exigindo o arbitramento, conforme previsão estabelecida em seu parágrafo único: *“O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.”*

¹²⁷ Américo Luis Martins da Silva, *Dano moral*, cit., p. 330

Entretanto, com relação ao dispositivo, importa citar a discordância de Américo Luís Martins da Silva¹²⁸, que ao analisar o dispositivo, entende que *“O art. 950 do Código Civil de 2002 não trouxe qualquer inovação significativa ao art. 1.539 do antigo Código Civil de 1916. Como mencionamos no início deste Capítulo, no referido art. 950 apenas despesas de tratamento, lucros cessantes e pensão para repor o que a vítima recebeu como remuneração do ofício ou profissão, que não mais pode exercer, constituem danos de natureza patrimonial. Como se vê, em momento algum o legislador trata dos danos morais nesse dispositivo. Por isso, entendemos que, além das indenizações previstas no caput do art. 950 do Código Civil de 2002, a vítima que sofre lesão de que resulta incapacidade para o trabalho, tem ainda direito à compensação dos danos morais, mediante arbitramento judicial, face à aplicação do art. 606 do Código de Processo Civil.”*

Todavia, merece anotação o fato do dispositivo, ainda que de maneira tímida, e despido de suportes objetivos ao juiz, ter aludido ao arbitramento como critério para a aferição do *quantum* indenizatório.

O artigo 951 que trata do dano nos casos de erro médico, farmacêutico, odontológico e cirurgião (antigo artigo 1.541 do Código Civil de 1916), ao se remeter à aplicação dos artigos 948, 949 e 950, não deixa dúvidas de que a reparação por dano causado no exercício da atividade profissional, engloba tanto os prejuízos materiais, quanto os danos morais causados à vítima.

¹²⁸ Américo Luiz Martins da Silva, *Danos morais e o direito brasileiro*, 3ª ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 333

O artigo 952, por sua vez, manteve o critério adotado pelo Código Civil de 1916 (artigos 1.541 e 1.543), admitindo a reparação do prejuízo moral sofrido por uma pessoa em relação aos danos causados a bens materiais que estejam na sua posse ou sejam de sua propriedade, ou até mesmo para as coisas a que se liga a afeição.

O caput do artigo 952 dá prioridade à reparação *in natura*, e somente na impossibilidade é que tem lugar a indenização pecuniária. Estabelece o caput do dispositivo: *“Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.”*

O parágrafo único do artigo prevê que a reparação, na impossibilidade de restituição *in natura*, deve ser realizada levando-se em conta o preço de afeição. Nesse sentido, a obrigação de restituir um bem pelo equivalente em dinheiro, estimando-o pelo preço afetivo, nada mais é do que reparação por dano moral. Entretanto, se depreende do dispositivo que tal valor estará limitado ao preço ordinário da coisa, não podendo ultrapassá-lo.

O artigo 953 do Código Civil de 2002 trata da reparação dos danos contra a honra e dispõe que *“Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”*.

Desta forma, “(...) não havendo como o ofendido provar o dano material decorrente do atentado à sua honra, no mínimo, deve ser imposta a obrigação do ofensor pagar a compensação pelo dano moral causado, devidamente graduado pela gravidade das circunstâncias do caso. Portanto, a compensação do dano moral calculada, antigamente, com base na dobra da multa no grau máximo da pena criminal (parágrafo único do art. 1.547 do Código Civil de 1916) foi substituída por valor arbitrado, equitativamente, pelo juiz. (parágrafo único do art. 953 do Código Civil de 2002).”¹²⁹

Denota-se aqui, outra tímida alusão ao arbitramento judicial como critério para aferição do dano moral, sem, contudo, constar quaisquer parâmetros normativos a respaldar a decisão do juiz.

Os antigos artigos 1.548 e 1.549 que dispunham sobre o ressarcimento dos danos decorrentes de atentado à honra da mulher, não foram reproduzidos pela atual norma substantiva civil, passando, assim, a receber tratamento comum, tutelado pelo artigo 927 atual, o qual determina a reparação de todos e quaisquer danos resultantes de ato ilícito.

No tocante aos dispositivos retro mencionados, importante consideração há que se registrar. Não obstante alguns doutrinadores defendam que os mesmos faziam alusão à defesa da honra da mulher, face ao defloramento, à violência, ao rapto, às ameaças e à sedução com promessas de casamento, prevendo, assim, a indenização por dano moral à sua honra, ousamos discordar.

¹²⁹ Américo Luís Martins da Silva, *Dano moral*, cit., p. 334 e 335

De fato a previsão estabelecia que *“A mulher agravada em sua honra, tem direito à exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado (...)”*. Todavia, entendemos que a indenização prevista não se prestava à reparação moral pela ofensa à honra, mas sim, de reparação pelo dano material, decorrente do prejuízo econômico que sofreria com a perda de um futuro casamento, ante sua condição de mulher supostamente extirpada dos quadros daquelas que eram tidas como “mulheres criadas para se casar e constituir família”. Pelo menos, à luz de uma interpretação histórica, à época da elaboração do antigo Código Civil, o grau de importância que se concedia ao casamento parecia ser muito maior que a defesa da honra propriamente dita, de forma que perder um casamento, permanecendo solteira, aos olhos da sociedade seria muito mais prejudicial que a valorização da honra, como direito fundamental.

Yussef Said Cahali¹³⁰, ao discorrer sobre o assunto, de certa forma, reconhece credibilidade ao nosso posicionamento, mencionando-se que: *“Antiga jurisprudência pretendeu que ‘o dote, na hipótese prevista no art. 1.548 do CC (sem correspondência no CC/2002), não representa um pagamento à honra da ofendida, mas mera compensação (RT 175/250); destina-se a propiciar uma condição econômica, um amparo, que substitua aquela que obteria pelo casamento tornado, se não senão impossível, pelo menos difícil ou problemático, visa o dote a reparar o prejuízo material que a mulher agravada em sua honra sofre, diminuída ou excluída da possibilidade de casamento que lhe daria uma situação definitiva de*

¹³⁰ Yussef Said Cahali, *Dano*, cit. , p. 701

amparo e conforto'. Esse aspecto material do dano indenizável pela frustração de perspectiva de casamento da ofendida, compensável pela constituição do dote pelo sedutor, era levada a extremos, a se pretender que, se a mulher deflorada vinha a casar-se com outro homem, de nível social e econômico idêntico ao do réu, nenhuma indenização seria devida por este.”

Vê-se assim, à luz da exposição, que o Código Civil de 2002 incluiu nos dispositivos que tratam da responsabilidade civil, em praticamente sua totalidade, de forma expressa, o reconhecimento do dano moral e de sua indenizabilidade, não deixando margem para dúvidas, muito mais em análise conjunta com as previsões constitucionais e entendimento pacificado pelos Tribunais.

Permanece em nossa realidade jurídica, entretanto, a problemática consistente na fixação dos critérios para a apuração da indenização devida nos casos de ocorrência de dano moral, muito embora já tenha se dito que o Código Civil tenha objetivado deixá-lo ao arbítrio do Poder Judiciário, na confiança de que se estaria sempre em favor da equidade.

A preocupação com o assunto é real. Tanto é assim que alguns projetos de lei existem e se encontram em tramitação, em busca de aprovação, principalmente, o Projeto de Lei nº 150/99, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, substituído pelo Projeto de Lei nº 7.124/2002, após Parecer nº 657, de 2002 da Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça do Senado Federal, que contou o Senador Pedro Simon como relator. Referido Projeto de Lei, tem por objetivo disciplinar o instituto do dano

moral e oferecer parâmetros para o juiz para a fixação do *quantum* para as indenizações decorrentes de danos morais, em sentido amplo, complementando, assim, o disposto no artigo 5º, V e X da Constituição Federal.

Porém, antes de expor a pretensão do Projeto de Lei dos Danos Morais (atual Projeto de Lei nº 7.124/2002), mais abrangente que os demais, por questão didática, melhor que se atente, em primeiro lugar, aos demais projetos existentes, que também relacionados aos danos morais, se restringem às hipóteses específicas.

Mencione-se, por primeiro¹³¹, o substitutivo do Projeto de Lei nº 3.232 de 1992 (PLS 173/91), que visou dispor sobre a liberdade de imprensa, de opinião, de informação, e disciplina a responsabilidade dos meios de comunicação. Num primeiro momento e originariamente, em relação à indenização por danos morais, o projeto em tela previa a limitação de valores das indenizações, de acordo com o alcance da repercussão da publicação ou transmissão, acreditando levar em conta, também, o poder econômico das empresas de comunicação.

A proposta, segundo o texto aprovado em 06 de dezembro de 1995, pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, limitava a indenização por dano moral segundo os seguintes critérios:

¹³¹ Sérgio Augusto Soares Mattos, 18 out. 2005, acessado em 01 nov. 2005, disponível em <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=351AZL001>>.

“Art. 23. A condenação levará em conta o grau de culpa ou dolo do ofensor, a primaridade ou reincidência específica do réu, a capacidade financeira do responsável, a área de cobertura primária e a circulação ou audiência do veículo e a extensão do prejuízo à imagem do ofendido.

§ 1º O limite da responsabilidade civil da agência de notícias ou da empresa proprietária do veículo a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder 10% (dez por cento) do faturamento por elas obtido no ano civil anterior à condenação;

§ 2º O limite da responsabilidade civil de uma empresa proprietária do veículo de comunicação ou de agência noticiosa será acrescido de 50% (cinquenta por cento), se ela tiver faturamento anual entre R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais) e R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e de 100% (cem por cento) se tiver faturamento superior a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), considerando o ano civil anterior.

§ 3º O limite de responsabilidade civil da empresa proprietária do veículo de comunicação ou de agência noticiosa será acrescido de 50% (cinquenta por cento), nas hipóteses de novas condenações ao pagamento de indenização em favor de pessoa ofendida e indenizada anteriormente por matéria transmitida pela agência ou publicada no mesmo veículo.

§ 4º Para os efeitos deste artigo, considerar-se-á o faturamento bruto da empresa. Se a empresa não tiver um ano de existência, será tomada como base a média mensal de faturamento multiplicada por 12 (doze).

§ 5º Os limites fixados neste artigo serão automaticamente reajustados pelos índices de correção monetária aplicáveis às condenações judiciais.”

O Projeto foi submetido ao plenário da Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara e, depois, ao Senado, tendo o

plenário da Comissão o aprovado, derrubando-o, porém, em dois pontos básicos, os quais previam a substituição das penas de prisão por multas e serviços e o estabelecimento de limites para indenizações civis por dano moral.

Novo substitutivo ao Projeto foi oferecido e foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. No substitutivo apresentado, não foi estabelecido parâmetro para a indenização moral, mas foi proposta a adoção de um sistema de reposição financeira, assim estabelecido:

“Art. 5º - É assegurado direito de indenização por dano material e moral ou à imagem a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, atingidas por publicação ou transmissão, devendo a ação ser proposta no prazo de 6 (seis) meses, contados da data da publicação, sob pena de decadência. Parágrafo único Equipara-se a artigo a entrevista cuja autoria possa ser provada.

Art. 6º - A condenação levará em conta:

I - a culpa ou o dolo, a primariedade ou reincidência específica e a capacidade financeira do ofensor, respeitada a sua solvabilidade;

II - a área de cobertura primária do veículo e sua audiência, quando meio de comunicação eletrônica, e a circulação, quando meio impresso;

III - a extensão do prejuízo à imagem do ofendido, tendo em vista sua situação profissional, econômica e social.

Parágrafo único - A petição inicial da ação de indenização especificará, no pedido, os critérios constantes do "caput" deste artigo, que servirão de parâmetro para a fixação do valor da indenização.”

Também com relação à separação conjugal, embora não se traga à discussão a questão valorativa, existe o Projeto de Lei nº 4.425, de 2001, de autoria do deputado Bispo Rodrigues, prevendo, expressamente, o direito à indenização por danos morais, haja vista o impasse jurisprudencial à frente de tal questão, ora acolhendo a pretensão, ora repelindo-a, à falta de expressa previsão legal sobre o tema na lei que regulamenta o assunto, a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), além do argumento de que o amor não teria preço.

O Projeto busca inserir no artigo 5º da Lei 6.515/77 um parágrafo que dispõe:

“Art. 5º A separação Judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro, conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

(...)

§ 4º Nos casos mencionados no caput, a indenização por danos morais poderá ser requerida nos autos da separação judicial.”

Nesse sentido, interessante, apenas para ilustração, o comentário de Fernando César Belincanta¹³², no artigo intitulado *“Dano Moral na separação conjugal é possível?”*, no qual cita julgado proferido no Rio Grande do Sul para demonstrar a tendência à não aceitação do dano moral

¹³² Fernando César Belincanta, acessado em 05 nov. 2005, disponível em <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=2002112489>>

nas separações conjugais (Ap. 597.155.167 – 7ª Câmara Cível - j. 11.02.1998, unânime, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres, RT 752/344).

“Um dos argumentos utilizados contra tal indenização é que o alicerce do casamento está no amor e cessando este, a manutenção da relação seria mera questão temporal, sendo o amor insuscetível de quantificação financeira. É o levantado pelo Des. Eliseu Gomes Torres, em acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Da inicial, infere-se que o autor sente-se moralmente diminuído porque a mulher o traiu com um de seus amigos e companheiro de festas. É a velha questão do macho ferido, que confunde sua honra com a da companheira. Só que, antanho, o macho vingava-se, matando a mulher amada ou seu parceiro. Hoje, o traído quer reparação financeira para a honra ferida. No fundo de tudo, mais do que a intenção do ressarcimento, o que emana destes autos é o ciúme.”

Por fim e como já mencionado alhures, o dano moral, encarado em sua generalidade, conta com Projeto de Lei, que procura acima de tudo, estabelecer os parâmetros para a fixação do dano. Referido Projeto fixa limites para o cálculo da indenização e prevê sua majoração em caso de reincidência ou indiferença do ofensor.

De 1999, o Projeto de Lei nº 150, substituído no Senado Federal pelo Projeto de Lei nº 7.124/2002, foi encaminhado para a Câmara dos Deputados em 09 de agosto de 2002. Em 19 de setembro de 2003 foi enviado à Mesa Diretora da Câmara, tendo sido a ele apensado o Projeto

de Lei nº 1.914/2003. Em 25 de julho de 2005, também foi determinado o apensamento do Projeto de Lei nº 1.443/2003. Atualmente, o Projeto de Lei nº 7.124/2002 aguarda parecer e aprovação da Câmara dos Deputados.

O substitutivo aprovado pelo Senado Federal conta com o texto que a seguir se transcreve:

“(...) Art. 1º Constitui dano moral a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade.

Art. 2º São bens juridicamente tutelados por esta Lei inerentes à pessoa física: o nome, a honra, a fama, a imagem, a intimidade, a credibilidade, a respeitabilidade, a liberdade de ação, a auto-estima e o respeito próprio.

Art. 3º São bens juridicamente tutelados por esta Lei inerentes à pessoa jurídica e aos entes políticos: a imagem, a marca, o símbolo, o prestígio, o nome e o sigilo da correspondência.

Art. 4º São considerados responsáveis pelo dano moral todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 5º A indenização por danos morais pode ser pedida cumulativamente com os danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos de indenização, o juiz, ao exarar a sentença, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e de danos morais.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não se reflete na avaliação dos danos morais.

Art. 6º A situação de irregularidade do agente ou preposto da Administração não a isenta da responsabilidade objetiva de indenizar o dano moral, ressalvado o direito de regresso.

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

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

I – ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais);

III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

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

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

§ 4º Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização.

Art. 8º Prescreve em 6 (seis) meses o prazo para o ajuizamento de ação indenizatória por danos morais, a contar da data do conhecimento do ato ou omissão lesivos ao patrimônio moral.

Art. 9º Os arts. 159 e 1.518 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil, não se aplicam às ações de reparação de danos morais.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor após decorrido 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial.

O Projeto de Lei nº 1443/2003, de autoria do Deputado Pastor Reinaldo, que também estabelece critérios para a fixação do dano moral, está apensado ao Projeto nº 7.124/2002 e aguarda designação de relator pelas Comissões da Câmara e do Senado. Transcreve-se o texto submetido para aprovação¹³³:

“Art. 1º O dano moral decorre de ação ou omissão, dolosa ou culposa, que provoca, gravemente, e de maneira injustificada, perturbação, intranqüilidade e ofensa a outrem, contrária aos princípios e valores consagrados na sociedade e no ordenamento jurídico.

§ 1º A crítica e a divergência de opiniões, ainda que veementes, não caracterizam o dano moral.

§ 2º A denúncia de fato ilícito, se verdadeiro, não gera direito à indenização.

¹³³ Câmara dos Deputados, acessado em 05 nov. 2005, disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>

Art. 2º A indenização do dano moral será fixada em até duas vezes e meia os rendimentos do ofensor ao tempo do fato, desde que não exceda em dez vezes o valor dos rendimentos mensais do ofendido, que será considerado limite máximo.

§ 1º Na ocorrência conjunta de dano material, o valor indenizatório do dano moral não poderá exceder a dez vezes o valor daquele apurado.

§ 2º A autoridade judicial deverá levar em consideração, para a fixação do montante indenizatório, o comportamento do ofendido e se houve retratação por parte do ofensor, podendo reduzir a indenização e, até mesmo, cancelá-la se houver anuência do ofendido.”

O Projeto de Lei nº 1914/03, do deputado Marcus Vicente, também apensado ao Projeto nº 7.124/2002, altera a redação do art. 953 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, definindo critérios para a fixação de indenização por danos morais.

Pelo texto¹³⁴, nos casos em que o ofendido não conseguir comprovar prejuízo material, caberá ao juiz fixar o valor da indenização, levando em conta a situação econômica, social e política do ofensor, além da intensidade e gravidade da agressão. Transcreve-se:

“Art. 1º Esta lei fixa parâmetros para a fixação da indenização por danos morais, prevista no art. 953 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

¹³⁴ Câmara dos Deputados, acessado em 05 nov. 2005, disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>

Art. 2º O art. 953 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 953 (...)

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

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

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Também o Projeto de Lei nº 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que pretende a alteração de alguns dispositivos do Código Civil, se encontra em tramitação, sujeita à apreciação pelas Comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. No tocante ao dano moral, o Projeto visa a modificação do texto do artigo 944 do Código Civil de 2002, que segundo o texto sugerido, passaria assim a vigorar:

“Art. 944. (...)

§ 1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização;

§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.”

E o autor do Projeto assim justifica sua pretensão¹³⁵:

“(...) 53. Art. 944: O dispositivo é insuficiente, segundo nos alertou a professora REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, já que seu caput se adapta somente ao dano material e não está adequado ao dano moral. O critério para a fixação do dano material é o cálculo de tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e do que efetivamente perdeu. O critério da extensão do dano aplica-se perfeitamente à reparação do dano material - que tem caráter ressarcitório. No entanto, na reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial. O dano moral resulta, na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade: vida, integridade física, honra, liberdade etc (v. Carlos Alberto Bittar, Os direitos da personalidade, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária; Carlos Alberto Bittar, Reparação Civil por danos morais, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 57/65; Yussef Said Cahali, Dano moral, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 42; Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, Reparação civil na separação e no divórcio, cit., p. 148 e 149). Por conseguinte, não basta estipular que a reparação mede-se pela extensão do dano. Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se neste contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica

¹³⁵ Câmara dos Deputados, acessado em 06 nov. 2005, disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>

das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito (v. Carlos Alberto Bittar, Reparação Civil por danos morais, cit., p. 221). Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a “inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade”, traduzindo-se em “montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo” (cf. Carlos Alberto Bittar, Reparação civil por danos morais, cit., p. 247 e 233; v., também, Yussef Said Cahali, Dano moral, cit., p. 33/42; e Antonio Jeová Santos, Dano moral indenizável, 3ª ed., São Paulo, 2001, p. 174 a 184; v. acórdãos in JTJ 199/59; RT 742/320). Ao juiz devem ser conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como da extensão da reparação cabível, mas certos parâmetros devem servir-lhe de norte firme e seguro, sendo estabelecidos em lei, inclusive para que se evite, definitivamente, o estabelecimento de indenizações simbólicas, que nada compensam à vítima e somente servem de estímulo ao agressor.(...)”

Enfim, a evolução no aspecto legislativo com o objetivo de identificar a natureza da indenização decorrente dos danos morais e impor critérios para a sua quantificação é inegável, ficando entre nós, porém, a dúvida acerca de qual caráter assumirá a indenização, ou seja, se prevalecerá o aspecto meramente compensatório do dano, se ficará sedimentado em nosso ordenamento o caráter punitivo, de verdadeira pena de natureza privada, ou ainda, se será admitida a mesclagem de ambos, conforme sugerido no Projeto de Lei de autoria do Deputado Ricardo Fiúza,

admitindo seja aplicada ao dano moral uma finalidade compensatória-punitiva.

Indeterminada também, permanece a questão relacionada à fixação do *quantum* indenizatório, de forma que mesmo com a atual visão imposta pelo Código Civil de que a avaliação cabe ao Poder Judiciário por meio de arbitramento, levando-se em conta principalmente a busca da equidade, a sociedade permanece inquieta diante de tal critério, buscando complementá-lo com a fixação de parâmetros objetivos, que poderiam ser todos aqueles já assumidos pela jurisprudência pátria, como a extensão do dano, o grau de gravidade da conduta do ofensor, a condição pessoal da partes, entre outros que veremos de maneira detalhada, havendo, ainda, aqueles que sugerem a fixação de limites pecuniários aos quais ficará adstrito o juiz para a determinação do valor indenizatório.

3.3 Controvérsia da indenizabilidade do dano moral

Atualmente, podemos afirmar que a preocupação doutrinária, além da fixação dos critérios para se estabelecer o valor do dano moral é sedimentar a questão relacionada à natureza jurídica que referido instituto assume na realidade brasileira, ou seja, se restará admitida entre nós, por definitivo, o caráter compensatório do dano moral, ou se levará em consideração, principalmente, a intenção de punir o ofensor, a exemplo de alguns países que adotam a natureza punitiva do dano, considerando, precipuamente, para a fixação da indenização, o caráter de pena privada, intencionada ao desestímulo do lesante.

Muito se caminhou e se caminha no intuito de sedimentar a questão em nosso ordenamento. Porém, para que se faça possível alcançar uma conclusão sobre de qual seria o fundamento jurídico da indenização e quais os parâmetros para a fixação do *quantum* indenizatório, importante partir, primeiramente, do momento histórico em que o reconhecimento do dano moral e sua indenizabilidade eram questões controvertidas entre nossos juristas.

Nesse passo, toda e qualquer controvérsia acerca de determinado preceito ou sobre determinado fato, seus efeitos e até seu mesmo seu reconhecimento como algo a ser protegido na esfera jurídica, tem nascimento na conjuntura social, política e econômica de cada uma das épocas por quais passaram e passam a sociedade. Daí a dinâmica do direito, relacionado que está, intimamente, com os fatos e valores, nascendo ou morrendo em função das necessidades vivenciadas pelos povos e da realidade que se modifica a cada dia.

Nesse contexto, diferença não existiu em relação ao dano moral, de forma que houve o tempo em que se travaram acaloradas discussões entre doutrinadores e estudiosos sobre o instituto em seu mais amplo sentido, principalmente acerca de seu reconhecimento e da sua indenizabilidade, conforme pudemos observar anteriormente.

Muito embora a história tenha erigido de forma indiscutível que o dano moral sempre existiu por causa do homem, haja vista as previsões existentes na Roma antiga, há quase dois mil anos (*omne jus contitutum est causa hominum*), o momento histórico mais recente, por meio de seus

ordenamentos, revelou que não se tratava o dano moral e a preocupação com o homem, não eram tratados como uns dos aspectos mais relevantes para os legisladores.

De fato, reflexo da situação econômica e dos contextos histórico e político da época, podemos afirmar, em consonância com o entendimento de Antonio Jeová Santos¹³⁶, que o Código Civil francês de 1804 (Código Napoleônico), de grande influência no mundo moderno, foi o responsável pelo pouco avanço na legislação de outros países no que toca à legislação civil e à preocupação com o homem e seus direitos inatos, os quais chamamos também de naturais e imateriais.

Nesta época o direito preocupava-se com o homem, como um mero ente produtor de renda. Liberdade e propriedade eram os pilares em que se sustentavam o *Code*, nominando a propriedade como um direito absoluto, do qual o homem podia dispor de forma indiscriminada, com a mais ampla liberdade, sem qualquer intervenção do Estado. Esse individualismo, nada mais buscava do que a consagração do materialismo, por meio do qual acumular riqueza, ou “ter”, em sua mais simples expressão, era muito mais importante do que “ser”, ou seja, erigir a proteção do homem como um bem jurídico eminentemente superior a qualquer outro.

O patrimônio como centro dos interesses econômicos e como eixo do sistema jurídico, serviu de exemplo para as legislações do direito ocidental.

¹³⁶ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 45

Sessarego¹³⁷, nesse contexto, destaca que *“Basta revisar, ao nível da legislação, o texto da quase totalidade dos códigos civis vigentes para comprovar como neles apenas são dedicadas algumas poucas normas destinadas à tutela da pessoa, enquanto que quase todo o Código é dedicado à regulamentação dos direitos em torno do patrimônio, sobretudo no que concerne à proteção da propriedade, considerada todavia, em alguns deles, como inviolável e sagrada.”*

Foi sob essa forma de visualizar o direito, que o objeto da indenização situava-se apenas nas conseqüências econômicas dos danos que alguém suportasse, influenciando não só os textos legislativos de outros povos, como já mencionado, mas também, o pensamento de diversos estudiosos e juristas, que à frente dos danos de natureza moral, se dividiam entre sua aceitação ou não, baseados numa série de argumentos.

Para os adeptos da chamada visão negativista, o dano moral não existia juridicamente e não seria passível de indenização, sob o pretexto da ausência de legislação reguladora, ou ainda, em virtude da dificuldade na aferição da *pretium doloris*, afinal *“a dificuldade é que todas as pessoas não têm a mesma sensibilidade moral, e, não podendo o juiz penetrar no íntimo de quem alega o dano afetivo, não poderia saber quando existe a dor realmente sentida e quando acontece o fingimento.”*¹³⁸

¹³⁷ Carlos Fernández Sessarego, *Daño y protección*, p. 30 apud Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 46

¹³⁸ Artur Oscar de Oliveira Deda, *A reparação*, cit., p. 18

Clayton Reis¹³⁹ argumenta neste sentido, que *“Destaca-se, nesta postura, uma mentalidade nitidamente patrimonialista, herança, talvez, das idéias romanas em que não havia uma exata compreensão a respeito dos danos pessoais subjetivos. Somada a esta postura, o Código de Napoleão – que influenciou grandemente o nosso estatuto civil – não contemplou a compreensão dos danos não patrimoniais. Este, por sua vez sofreu marcante e derradeira injunção do Código de Justiniano.”*

Ávio Brasil¹⁴⁰, aponta Chironi como o principal responsável por essa objeção, pois dizia *“parecer-lhe que nos danos extrapatrimoniais não há um direito violado que a ordem jurídica proteja.”*

Entre nós, Lacerda de Almeida, citado por Alcino Salazar¹⁴¹, somente admitia a reparação do dano patrimonial, por entender que as expressões ‘prejuízo moral’ e ‘patrimônio moral’ não exprimem a realidade, pois são figuradas, metafísicas. *“Se um indivíduo sofre lesões de ordem extrapatrimonial, puramente subjetivas, a reação da ordem jurídica se fará por meio das leis penais.”*

Para Gabba citado por Artur Oscar de Oliveira Deda¹⁴², a falta de objetividade tornaria impraticável a reparação, pois haveria sempre o perigo do juiz *‘a cada passo ver um verdadeiro sofrimento onde não há mais do que uma hipocrisia dissimulada que ele não consegue desmascarar’.*

¹³⁹ Clayton Reis, *Os novos rumos da indenização por dano moral*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 127

¹⁴⁰ Ávio Brasil, *O dano moral no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1994, p. 36

¹⁴¹ Alcino Salazar, *Reparação do dano moral*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1943, p. 128

¹⁴² Artur Oscar de Oliveira Deda, *A reparação*, cit., p. 18

Ainda haviam os que negavam a indenização do dano moral, sob o argumento de que seria uma fonte de enriquecimento ilícito, ou sem causa, sob a alegação de que o pretendido lesado (credor) teria, com tal reparação, um aumento em seu patrimônio econômico, sem que, antes, tivesse qualquer desembolso, como apontava Colmo¹⁴³.

Mais ainda, a objeção se materializava ante a argumentação de que não se poderia determinar o número de pessoas lesadas, sendo esta, talvez, a mais robusta das alegações dos negativistas, porquanto até mesmo os defensores da indenizabilidade, entre si, na defesa de seu entendimento, apresentavam controvérsias.

Alguns doutrinadores fixaram como critério só os ascendentes e descendentes da vítima, como defendeu com Dorville, citado por Wilson Melo da Silva¹⁴⁴, que por sua vez, considerou arbitrária a limitação fundada no vínculo de parentesco. Para ele, todos aqueles que forem lesados têm direito à indenização por danos morais, seja o amigo, o parente próximo ou afastado, e até mesmo a concubina, aos quais se estabelece uma presunção disputável. Quanto aos demais, teriam de provar o dano sofrido se pretendentes ao ressarcimento.

Na mesma linha Arnaldo Marmitt¹⁴⁵, ao dispor que: *“A legitimidade ativa para postular a reparação por perdas e danos morais abrange a todos quanto efetivamente tiverem sofrido os prejuízos. Qualquer cidadão atingido por forte dor, por traumatismo moral, em face da morte de um ente*

¹⁴³ Colmo, *De las obligaciones en general*, 3ª ed., n° 158 *apud* Augusto Zenun, *Dano moral*, cit. p. 40

¹⁴⁴ Wilson Melo da Silva, *O dano*, cit., p. 234

¹⁴⁵ Arnaldo Marmitt, *Perdas e danos*, cit., p. 132

querido, v.g., terá direito a ser ressarcido pelo ofensor. Entre tais pessoas encontram-se em primeiro plano os familiares do extinto. O conceito de família aí tem sentido amplo, nele se incluindo para os efeitos específicos, além dos cônjuges, os descendentes, ascendentes, e os colaterais até o sexto grau. Entre esses membros da família insere-se o próprio lesado, seus parentes, e, segundo alguns, em muitos casos também pessoas ligadas por laços objetivos. Essas muitas vezes substituem os parentes próximos, constituindo-se em amigo fraternal, ou em dependente econômico, em filho adotivo ou natural, e até simples serviçais ou empregados.”

Por outro lado, os positivistas, defensores ardorosos da tese da reparação pecuniária do dano moral, entendiam que nenhum bem poderia ser objeto de exclusão de tutela do Estado, que sempre almejou o equilíbrio social nas relações humanas.

Pontes de Miranda, citado por Wilson de Melo da Silva¹⁴⁶, adepto da corrente positivista, já acentuava “*que mal entendida justiça é esta que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não dá ao dano imaterial sozinho? Ademais, o maior vulgarizado fundamento para se não conceder a reparação do dano imaterial é o de que não seria completo o ressarcimento. Mas não é justo, como bem pondera Kohler, que nada se dê, somente por não se poder dar o exato.*”

¹⁴⁶ Wilson de Melo da Silva, *O dano*, cit., p. 421.

José de Aguiar Dias¹⁴⁷, em consonância com a indenizabilidade do dano moral se manifesta aduzindo que *“seja dom dos deuses, seja criação dos homens, o direito tem como explicação e objetivos o equilíbrio, a harmonia social. Estivesse o homem sozinho no mundo, como seu primeiro habitante ou seu último sobrevivente e não haveria necessidade de direitos, por ausência de possibilidade de interpretação dos conflitos de interesse, cuja repercussão na ordem social impõe regulamentação jurídica, tendente à pacificação ou, pelo menos, à contenção desses conflitos.”*

Zulmira Pires de Lima¹⁴⁸, citando Montel, considera essa objeção levantada pelos negativistas como uma simples dificuldade de ordem prática, que não pode influir na decisão do problema em geral.

Quanto à indeterminação do número de pessoas lesadas, interessante colocação faz Augusto Zenun¹⁴⁹, ao ponderar que *“Sinceramente, não se nos apresenta qualquer dificuldade, pois sempre entendemos que o direito à reparação por danos deve ser generalizado e, por isto, não admitimos direito reprimido, concedido a uns e a outros não; vez que, aí, vulnera-se o princípio fundamental da isonomia (Todos são iguais perante a lei).”*

Porém, ao assumir posicionamento a respeito do assunto, restringe o autor a quantidade de pessoas que possuiriam legítimo interesse para sofrer a lesão por dano moral, afirmando que: *“Em real verdade, os legitimados para a reparação do dano moral não deve ir além dos pais, dos filhos, do*

¹⁴⁷ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade*, cit., p. 730 .

¹⁴⁸ Zulmira Pires de Lima, Responsabilidade civil por danos morais. *Revista Forense*, n.83, p.219

¹⁴⁹ Augusto Zenun, *Dano moral*, cit, p. 44

cônjuge e de irmãos da vítima, ou, em muitos casos, um amigo íntimo, um estranho que sobrevivia a expensas da vítima, que lhe fornecia alimentação, assistência médica e hospitalar, medicamentos, educação, há muitos anos...”. Conclui que o “(...) o parentesco, quando se trata de pessoas da família não deve ir além do 3º grau (...).”¹⁵⁰

No que se refere ao argumento de enriquecimento ilícito tecido pelos negativistas, refuta Augusto Zenun¹⁵¹ ao pontificar que *“No enriquecimento ilícito exige-se relação entre causa e efeito e, assim, estaria reconhecendo a existência da causa, que seria o dano moral, o qual não quer que se repare sob o falso de se dar o enriquecimento sem causa, quando, em real verdade, o dano existe e causa efeitos maléficos, inutilizando os benefícios que o autor sempre recebera da vítima.”*

Mas além da inexistência de previsão legal sobre a indenizabilidade do dano moral e dificuldade na aferição da real existência da dor, pontos combatidos entre negativistas e positivistas, outro aspecto relevante interferiu no debate, qual seja, a forma pela qual se indenizaria o indivíduo lesado moralmente, já que para os negativistas, o dinheiro e os sentimentos íntimos seriam extremamente diversos, e não se poderia estabelecer equivalência entre valores profundamente heterogêneos. Para eles a dor não teria preço.

Para os negativistas, citando Pires de Lima, *“(...) nem o Estado, nem o senso comum, os únicos legisladores que conheço, estabeleceram alguma*

¹⁵⁰ Augusto Zenun, *Dano moral*, p.46

¹⁵¹ Augusto Zenun, *Dano moral*, cit, p. 41

*equivalência entre uma dada quantidade de dano pecuniário e outra de dano moral ou entre este e uma soma de dinheiro. E, por outro lado, nunca se viu estabelecer-se na vida de todos os dias, um comércio de dores, dos afetos, dos desânimos e de todos os outros bens imateriais. E nem se objete que também no juízo criminal se compensam dores morais e às vezes até com uma pena pecuniária, porque esta pena não tem o caráter de ressarcimento, cuja função é a equivalência, mas traduz-se antes num misto de expiação e de vingança e não é estabelecida com o fim único de indenizar o ofendido”.*¹⁵²

Cunha Gonçalves¹⁵³ refutou o entendimento e assim esclareceu:

1º) Não é impossível calcular a indenização de qualquer dano moral de natureza afetiva, visto que nos casos de injúria, difamação, falsa acusação e violação de mulher virgem, a lei manda reparar estes danos (arts. 1.389 a 1.391 do Código Civil Português) (e, no brasileiro, correspondem aos arts. 1.547/1.550, dizemos nós) e, por igual processo, é possível fixar a reparação dos demais prejuízos de patrimônio moral.

2º) Para a indenização pecuniária do dano moral não se valia a dor moral de quem a reclama, mas sim, e sempre, o prejuízo patrimonial reflexo. A dor é, apenas, a causa segunda deste prejuízo, cuja causa primeira é o acidente ou o fato determinante dessa dor. Há neste ponto, grave equívoco. Demais, uma vida humana tem o seu valor. Sabe-se qual a capacidade de trabalho e quais os proventos do morto, qual a sua idade e

¹⁵² Artur Oscar de Oliveira Deda, *A reparação*, cit., p. 22 e 23

¹⁵³ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. XII, tomo II, p. 542 *apud* Augusto Zenun, *Dano moral*, cit., p. 47 e 48

saúde, a duração provável de sua vida. Com todos estes elementos é fácil calcular o prejuízo que a morte dum indivíduo causou aos que dele dependiam. De igual modo, não é difícil calcular o que uma pessoa perdeu ou perderá por efeito do choque moral e da sua conseqüente depressão física, com incapacidade de trabalho e perda de rendimento.

3º) A indenização não tem de ser, forçosamente, equivalente ao perigo. Não há tal equivalência nos casos de injúria, difamação ou violação, a que aludem os arts. 2.389/2.391 do Código Civil português, ou arts. 1.547/1.550, do Código Civil brasileiro. Estes artigos mostram bem que a expressão ‘perdas e danos’ ou palavra “indenização”, têm dois sentidos ou duas acepções. Com efeito, a indenização pode ser, ora compensatória, ora sucedânea ou satisfatória. Em relação ao dano moral, a indenização pecuniária não é totalmente compensatória, não é a reintegração que, aliás, não se verifica no prejuízo material, já quando o objeto destruído é aliás, substituível, já quando o dano é materialmente irreparável, como um quadro raro queimado, uma jarra antiga de Sévres reduzida a cacos, uma cicatriz funda no rosto, um olho vazado ou a cegueira, a mão esfacelada, uma perna claudicante ou amputada. Não há dinheiro que possa compensar tais prejuízos; e, contudo, indenizam-se. Não é o preço da dor – embora esta expressão esteja sendo usada como inexata autonomasia do dano moral; é o instrumento de alguns confortos e algumas distrações, de lenitivos ao desgosto, de um possível prazer, que amorteça a dor; é o meio de substituir-se os recursos, os alimentos ou a herança que do morto se recebiam ou poderiam advir em ocasião oportuna. Não é remédio que produza a cura do mal, mas sim, um calmante. Não se trata de suprimir o passado, mas sim, de melhorar o futuro. O dinheiro tudo isto pode proporcionar (...).”

No mesmo sentido Antonio Jeová dos Santos¹⁵⁴, ao tratar da função do dinheiro nas satisfações morais. Segundo o autor, “(...) O conhecimento integral do homem, ainda quando se refira a distintas ordens de idéias, mesmo que se refiram ao espírito e ao corpo, não se alcançará independente da alma e do corpo. O material é capaz de provocar no homem gozos e prazeres. Estes constituem os sensuais, morais ou intelectuais, movimentos da alma e, portanto, movimentos imateriais. Uma boa música satisfaz o sentido da audição, um belo ato produz em que o realiza uma satisfação moral, o bom êxito científico é origem para o sábio de gozos intelectuais. Tudo isso pode ser conseguido ou ajudado a conseguir com o dinheiro. A função deste, de par ao motivo dos danos morais produzidos e da reparação devida, cujo objeto seria o restabelecimento da situação moral anterior, pela colocação em paz das pernas, às inquietações, das aflições, das feridas causadas às afeições legítimas, das dores morais produzidas pelo agravo físico ou moral, não seria a de substituir o dano por seu equivalente em dinheiro por ser este e aquele de distinta natureza, senão a de dar à vítima um meio adequado para fazer desaparecer ou, pelo menos para neutralizar ou, sequer seja, para atenuar seus efeitos.”

Pois bem, o fato é que não se poderia pensar na não indenizabilidade do dano moral pelo frágil argumento de que os bens imateriais (honra, integridade etc) não teriam preço. Se assim fosse, estaria admitida a ocorrência de lesão moral, deixando, todavia, de admitir-se a reprovação de um ato ofensor, ao contrário de todo e qualquer princípio que norteia o

¹⁵⁴ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 61 e 62

ordenamento jurídico. Seria o mesmo que dizer à sociedade que a prática de ofensa moral estaria liberada, acarretando verdadeiro incentivo à desordem e desequilíbrio sociais.

Tal afirmação negativista poderia até ser justificável, embora sempre reprovável, à época em que, historicamente, o homem não era o eixo central do direito, mas sim a propriedade e o patrimônio, como ocorreu, principalmente no período em que imperava o liberalismo econômico no mundo, sem a intervenção estatal na prática dos atos individuais (liberdade e propriedade). Na atualidade, em que o mundo se volta em favor da inviolabilidade da pessoa humana e da primazia do homem sobre o mundo dos bens patrimoniais é inegável que a máxima de Antonio Jeová Santos¹⁵⁵, qual seja, “*Proteção à pessoa, sempre*”, impera de maneira absoluta.

Certo, no entanto, que o ideal seria que a reparação ocorresse *in natura*, com a reposição da coisa lesionada ao estado anterior, de forma que atingiríamos a maneira mais adequada de ressarcimento. Todavia, em tema de direitos personalíssimos isso praticamente não ocorre, por ser impossível, por exemplo, devolver-se uma perna ou a vida retirada. Conforme esposado anteriormente, o pagamento de uma soma em dinheiro nestes casos, serve apenas para amenizar o mal infligido, porque não há o retorno ao *statu quo ante*.

Os dois últimos pontos debatidos entre negativistas e positivistas, os quais perduram latentes, ainda na atualidade, dizem respeito, primeiramente, ao

¹⁵⁵ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 43

fato de ser conferido ao juiz poder ilimitado, já que a ele cabe a decisão, não só quanto à existência do dano moral, mas também quanto à forma de sua reparação. E o segundo, objeto do presente estudo, seria a indenização a ser conferida ao lesado, já que o bem moral afetado não ostentaria reparabilidade ou retorno ao seu estado anterior.

Para os contraditores da tese positivista, a reparação dos danos morais implicaria, inelutavelmente, conceder excessivo poder ao juiz, na fixação do quantum a ser pago pelo ofensor. “*Os danos apatrimoniais seriam insuscetíveis de rigorosa estimação pecuniária e haveria sempre o perigo do arbítrio judicial. Qualquer soma poderia ser fixada, ainda que a mais absurda, a título de indenização*”¹⁵⁶.

Por outro lado, os positivistas se amparavam no simples entendimento de que a mera dificuldade de ordem prática não se deve erigir em impossibilidade jurídica. Afirmou Aguiar Dias¹⁵⁷ que “*em matéria de dano moral, o arbítrio é até da essência das coisas*”.

Com razão os positivistas, faltando, porém, desde há muito, o consenso necessário entre eles sobre quais os critérios a serem seguidos pela justiça para fixar a indenização, permanecendo entre nós ainda, as seguintes dúvidas: Será que deixar para o juiz, sob a crença de seu pudente arbítrio, a tarefa de mensurar a indenização seria a maneira mais pudente e justa para a fixação do montante indenizatório? A simples determinação de que

¹⁵⁶ Baudry, Lacantieri e Barde, *Les obligations. Traité théorique et pratique de droit civil*. 3ª ed., Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1925, Vol. IV, apud Roberto H. Brebbia, *El daño moral*. Rosário: Orbir, 1967, p. 102

¹⁵⁷ José Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, p. 778 apud Artur Oscar de Oliveira Deda, *A reparação*, cit., p. 29

os julgamentos e avaliações dos danos morais se dêem pautados na equidade, como ocorre atualmente no Brasil, seria suficiente para a garantia de que a vítima estaria realmente amparada, recebendo justa indenização? Como permaneceriam as disparidades entre as condições pessoais de cada julgador e as conseqüentes disparidades de julgamentos entre casos semelhantes ou até mesmo com idênticos objetos? Estaria assegurada a isonomia, o equilíbrio das relações jurídicas e a segurança social? Impor critérios objetivos, pautados em limites tarifados para cada tipo de dor seria a solução para encontrar a igualdade de tratamento das vítimas? Regulamentar, vez por todas, os parâmetros alçados pela jurisprudência e doutrina para avaliação do dano moral resolveria a problemática? Por outro lado, a imposição de tarifamento de prévio conhecimento da sociedade, não poderia ser a tranqüilidade para os ofensores de maior poder aquisitivo, já que poderiam até mesmo provisionar tais valores em sua contabilidade? Da mesma forma, o tarifamento prévio não poderia ser um incentivo para as pretensas vítimas que auxiliam a denominada “indústria do dano moral”?

Enfim, um dos grandes desafios neste início de século é encontrar pautas que mostrem a forma como se deve chegar ao valor do dano moral, atendendo, da melhor forma o ideal de justiça sempre buscado por toda a humanidade. Entretanto, antes que passemos, neste estudo, a enfrentar tal desafio, importa deixar registrado como se deu a superação da discussão acerca da indenizabilidade do dano moral, passando o patrimonialismo de outrora a ceder lugar ao personalismo.

3.4. Reconhecimento do dano moral como objeto de indenização e a substituição do patrimônio pela pessoa

Os debates sobre a questão de o dano moral ser indenizável, reconhecendo-se o mal feito aos bens imateriais de um indivíduo, perduraram por muito tempo, cessando com a unificação mundial do entendimento, que se curvou, vez por todas, à necessidade do dano moral ser objeto de indenização.

Porém, tal reconhecimento não se deu sem justificativas que o amparassem, já que como já dito anteriormente, o direito caminha no compasso das necessidades sociais, na dinâmica do cenário histórico e político de cada povo, adequando-se aos fatos e valores.

Se ao introduzir o tema da indenizabilidade dos danos morais, mencionamos a influência da legislação francesa, consubstanciada na sua norma substantiva de 1804, no sentido de que o patrimônio era o bem maior considerado à época, sem preocupações com o homem, em seus mais profundos sentimentos e bens imateriais, a evolução da sociedade perdurou e os valores perseguidos passaram a ser outros que não a propriedade, o materialismo e o individualismo exacerbado. O homem foi erigido ao bem maior, assumindo o papel de eixo central do direito.

Não obstante a história e filosofia sempre tenham reconhecido a existência de direitos inerentes ao homem, também chamados de direitos humanos,

justificando-os, segundo Alexandre de Moraes¹⁵⁸, ora como inatos ou naturais, anteriores, assim, ao próprio ordenamento jurídico (teoria jusnaturalista), ou ainda, como resultado da criação das leis, enquanto legítima manifestação da soberania popular (teoria positivista), ou também, como resultado da formação de uma consciência social (teoria moralista), somente “(...) *depois da Segunda Guerra Mundial, tem início todo um processo de internacionalização dos direitos da personalidade (direitos humanos), pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, 1969*”¹⁵⁹.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

“Artigo I – Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade;

Artigo II – Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.”

Assim há, nos parece, um ponto de partida para a ruptura da concepção tradicional do direito até então patrimonialista, que restou arruinada no

¹⁵⁸ Alexandre de Moraes, *Direitos humanos*, cit., p. 34 e 35

¹⁵⁹ Enrique Banchio, *Daño y protección a la persona* apud Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 186 a 188

período pós-guerra. O ser humano começa a ser resgatado como pessoa, não só enquanto produtor de riquezas, mas pelo que vale em si mesmo, na integralidade de suas projeções, sejam materiais ou espirituais.

De acordo com Antonio Jeová Santos¹⁶⁰, ao citar Jorge Mosset Iturraspe, *“Essa é uma visão do direito tendo como sentido a atitude pessoal entrelaçada com a vida comunitária. É o ‘homem situado’. Não se trata de aplicação do direito alternativo. O personalismo ‘é a corrente de pensamento que, fundada na filosofia da existência, coloca o ser humano como centro e eixo da meditação jusfilosófica dentro de uma dimensão de coexistencialidade. Supõe uma reação contra todo tipo de individualismo e de patrimonialismo exacerbados e extremos. O solidarismo está situado nas antípodas do individualismo, o qual, segundo Monier, é um sistema de costumes, de sentimentos, de idéias e de instituições que organiza o indivíduo sobre estas atitudes de isolamento e de defesa. Foi a ideologia e a estrutura dominante na sociedade burguesa ocidental, entre os séculos XVIII e XIX, que produziu a imagem de um homem abstrato, sem ligações com a comunidade. Deus soberano no coração de uma liberdade sem direção nem medida, que desde o primeiro momento volta para os outros com desconfiança, o cálculo e a reivindicação’.”*

Também Valério Augusto Ribeiro¹⁶¹ ao enunciar que: *“O ser humano passa de mero instrumento idealizado pela pandectística alemã, como elemento*

¹⁶⁰ Antonio Jeová Santos, *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*, São Paulo: Método, 2002, p. 125

¹⁶¹ Valério Augusto Ribeiro. Os direitos da personalidade vistos sob a perspectiva da dicotomia clássica Direito público/ Direito Privado. In: César Fiuza (org.) *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Thomson – IOB, 2005, v.I, p. 91.

da relação jurídica na mentalidade proprietária, para o valor primordial do ordenamento jurídico, pelo simples fato de ser humano.”

Nesse contexto e aos poucos, verificou-se que as referências aos “direitos das pessoas”, passou a expor o homem como valor fonte de todos os direitos e não mais, como o homem abstrato, que era medido pela riqueza que produzia. Mudaram os valores e as legislações passaram a acompanhar a dinâmica, no caminho da personalização do direito civil.

Foi assim com o Código Civil português de 1966, instituído pelo Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966 (Atualizado até à Lei 59/99, de 3 de Junho), em seus artigos 70 e seguintes, que tratam da tutela geral da personalidade, com a Lei Francesa de 17.07.1970 e o Código Civil Peruano de 1984, que trouxeram ao plano do direito objetivo o respeito à vida privada. O mesmo ocorreu, em tempo muito anterior, precisamente em 1900, com o Código Civil alemão, lembrado por José Jairo Gomes¹⁶², que segundo o autor “(...) reconheceu alguns dos direitos da personalidade, a exemplo do direito à vida, à saúde, ao corpo, à liberdade, à honra e ao nome.”

Assim, de acordo com Pietro Perlingieri¹⁶³, destacado por Antonio Jeová Santos, “O Direito Civil reapropria-se, por alguns aspectos, da sua originária vocação de jus civile, destinado a exercer a tutela dos direitos civis em uma nova síntese, cuja consciência normativa tem importância histórica.”

¹⁶² José Jairo Gomes, *Responsabilidade civil*, cit., p. 247

¹⁶³ Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, Trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 33.

O mesmo ocorreu com as Constituições dos países, que passaram a assegurar os direitos humanos, sob a forma de direitos fundamentais garantidos, de maneira que, a inviolabilidade da pessoa humana e sua dignidade passaram à categoria de princípios consagrados. Os reclamos da sociedade e, fundamentalmente, a realidade, não podiam mais ser ignorados.

Diante dessa esperada e alcançada evolução, tornou-se inevitável a aceitação do dano moral e de sua indenizabilidade ampla, entendido o termo como as lesões produzidas na alma, no íntimo, na *psique* da vítima, que afetam sua dignidade enquanto ser humano, atingindo seus direitos da personalidade, e que, por isso, merecem proteção jurídica, por meio de indenização. Pensamento em contrário seria consagrar a impunidade do ofensor, em detrimento dos mais elevados valores de justiça, notadamente de valores humanos de uma importância transcendente, valores da alma, da essência, de valores que são os responsáveis pela verdadeira existência do homem enquanto ser humano.¹⁶⁴

No Brasil, não foi diferente. A sociedade mudou, se transformou e evoluiu, principalmente no decorrer do século XX, quando as transformações pelas quais passou foram incomensuráveis, notadamente no campo das relações obrigacionais contratuais e extracontratuais e do Biodireito. Das descobertas científicas à evolução do pensamento humano, das elocubrações filosóficas, sociológicas, às descobertas da medicina, as mudanças foram e continuam sendo surpreendentes. Os valores são

¹⁶⁴ Rodrigo Mendes Delgado, *O valor*, cit., p.121

outros, os fatos são outros e, por via de consequência, o direito também é outro. O homem, sem dúvida, deve ser preservado.

Assim, resultado de anos de tramitação de um Projeto de Lei elaborado na década de 70, que buscava adequar a norma substantiva à realidade, nasceu o Código Civil de 2002, que embora tenha sido objeto de críticas, por não ter tratado de assuntos existentes na modernidade, como a internet, os contratos de franquia, de *leasing*, de *factoring* entre outros que invadiram o cotidiano brasileiro e mundial, não deixou de se afastar do patrimonialismo, ao sabor da legislação mundial formada na segunda metade do século XX, complementando, com o reconhecimento dos direitos da personalidade e as previsões relativas à responsabilidade civil extensível aos danos morais, os princípios constitucionais que asseguraram a inviolabilidade do ser humano e sua dignidade como bens supremos.

De fato, o Código Civil foi elaborado sob três grandes pilares, que demonstraram, vez por todas, o rompimento do individualismo que permeava do Código Civil de 1916. Trata-se da eticidade, da operabilidade e da sociabilidade.

Por eticidade, logo pensamos na presença dos valores éticos no ordenamento jurídico, ao lado dos valores técnicos, ou da técnica jurídica, conquistada ao longo dos tempos. A operabilidade, por sua vez, tem por fundamento a tentativa de estabelecer previsões normativas de fácil interpretação, visando sua aplicação pelo operador do direito. Neste

sentido, a assertiva de Miguel Reale¹⁶⁵ é a de que “o *Direito que não se executa – já dizia Hering na sua imaginação criadora – é como chama que não aquece, luz que não ilumina. O Direito é feito para ser realizado; é para ser operado.*”

Por fim, a sociabilidade, aspecto que nos interessa, e muito, no presente estudo, já que se tratará do princípio que coloca o homem como “ser situado”, não mais “isolado”, encarado em meio à comunidade em que atua, acompanhando, assim, a modificação operada na sociedade moderna.

Seguindo tais pilares, o Código Civil trouxe considerável evolução no que diz respeito à pessoa, valorizando-a como ser humano e bem supremo, tanto é que dedicou o plano primário da lei substantiva para assegurar os direitos da personalidade (artigos 12 a 21), deixando em segundo plano, as questões relacionadas ao patrimônio. Dessa forma, nossa legislação civil atrelou-se à Constituição Federal de 1988, ficando amplamente assegurada a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, sendo inaceitável, neste contexto, o desprezo aos danos morais.

Oportuna a colocação de André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁶⁶, ao destacar que “No âmbito da responsabilidade civil, com a consagração no texto constitucional e, mais recentemente, no plano infraconstitucional do direito genérico à indenização do dano moral, o princípio da dignidade humana também passou a ocupar lugar de destaque. É no referido

¹⁶⁵ Miguel Reale, O Projeto do novo Código Civil, p.10 *apud* Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p.55

¹⁶⁶ André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 28

princípio que a reparabilidade do dano moral encontra seu fundamento, e dele podem ser extraídas as regras do alterum non laedere e do suum cuique tribuere. O suum cuique tribuere (dar a cada um o que é seu) e o alterum non laedere (não lesar os outros) constituem, ao lado do honeste vivere (viver honestamente), os três preceitos fundamentais do direito romano, atribuídos a Ulpiano e registrados no Digesto.”

Reconhecido o dano moral em sua amplitude, resta entre nós, definirmos qual será a forma de sua avaliação, a partir do fundamento jurídico que se adotar, e qual será o critério para a fixação do montante indenizatório, questões tais, que pressupõem o debate das teses existentes na doutrina nacional e mundial, além dos critérios adotados em outros países.

Augusto Zenun¹⁶⁷ ao citar Ávio Brasil, traz à lume as regras estabelecidas pelo autor, para fins de arbitramento dos danos morais:

“1ª regra: que a satisfação pecuniária não produza um enriquecimento ilícito à custa do empobrecimento alheio;

2ª regra: equilíbrio entre o caso em exame e as normas gerais, de um caso de equivalência, tendo em vista: I – curva de sensibilidade: a) em relação à pessoa que reclama a indenização; b) em relação ao nível comum sobre o que possa produzir, numa pessoa normal, tal ou qual incidente; c) grau de educação da vítima; d) seus princípios religiosos; II – influencia do meio considerado: a) repercussão pública; b) posição social da vítima do dano.

¹⁶⁷ Augusto Zenun, *Dano moral*, cit., p. 87

3ª regra: considerar-se a espécie de fato, se é de ordem puramente civil, se comercial, ou se envolve matéria criminal. 4ª regra: que a extensão da repercussão seja um triplo à repercussão da notícia que causou o dano; 5ª regra: constatar-se nos casos de simples acidentes, se, além do prejuízo físico da perda do órgão ou membro, há prejuízo de ordem estética (...)

É exatamente quanto à referidas “regras” que começou juridicamente a dificuldade, ainda presente, de se estabelecer a natureza indenizatória em se tratando de danos morais.

3.5. Reparação do dano moral

Superada a questão sobre se o dano à pessoa deve ser objeto de indenização e reconhecido o malfeito aos direitos inerentes à personalidade, o grande desafio deste século é encontrar critérios que mostrem qual a natureza que a indenização deve assumir, bem como qual o caminho a ser seguido para se chegar à quantificação do dano moral.

A construção da teoria da responsabilidade civil encontra-se fundada na idéia de reparação, ou seja, assegurar à vítima lesada a recomposição da situação anterior ao dano por ela sofrido. Mais ainda, os novos conceitos que se desenham no plano da responsabilidade, não mais buscam a somente a satisfação individual, mas guardam objetivo muito maior, ou seja, impedir as condutas lesivas que ofendam à dignidade da pessoa humana e os direitos que lhes são inerentes, atendendo aos anseios sociais, fundados na convivência humana que deve existir entre pessoas em qualquer lugar da sociedade civilizada.

Nesses termos, oportuno o ensinamento de José Jairo Gomes¹⁶⁸, ao delinear que *“A personalidade reveste o ser humano, inculcando-lhe o status de pessoa; com ela giza-se a socialidade inerente ao espaço humano, abrindo-se as vias para a participação nas relações jurídico-econômico-sociais. Sem as emanções da personalidade não poderia o ser humano ingressar e ter trânsito no mundo sóciojurídico-político, sendo elas, portanto, necessárias para a promoção do seu progresso e na realização da vida social. A ordem jurídica capta e reconhece tais emanções como sendo bens de primeira grandeza, direitos fundamentais, essenciais à pessoas, outorgando-lhes proteção. Assim, o direito à vida, ao nome, à identidade, à integridade física e psíquica, à liberdade de pensamento e de crença são bens cuja preservação é necessária para que a pessoa seja reconhecida como tal no ambiente social e nele se expanda, existindo e atuando com honra e dignidade perante os seus semelhantes. Trata-se, portanto, de bens necessários à própria existência da sociedade humana.”*

Segundo André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁶⁹, *“Indenizar, ressarcir e reparar são termos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência de forma mais ou menos intercambiável. E, efetivamente, as definições dadas pelos léxicos a tais vocábulos autorizam essa permuta. Na conceituação de cada uma dessas palavras encontra-se alusão às demais. Assim é que a expressão indenizar é definida como: ‘Dar indenização ou reparação; compensar, ressarcir.’ O termo ressarcir é definido como: ‘Indenizar,*

¹⁶⁸ José Jairo Gomes, *Responsabilidade civil*, cit., p. 244

¹⁶⁹ André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 145

compensar, reparar.’. O vocábulo reparar possui como primeira acepção: ‘Fazer reparo ou conserto em; consertar, restaurar, refazer’, mas, logo adiante, é encontrado no sentido de: ‘Indenizar, compensar, ressarcir.’. Cada vocábulo traz, em maior ou menor intensidade, a noção primeira de restauração de um estado anterior. A finalidade precípua da indenização ou reparação seria, pois, a de restabelecimento ou reconstituição de uma situação anterior que existiria se não tivesse ocorrido o evento danoso. Indenizar, nesse sentido, significa ressarcir o prejuízo ou tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado.”

Todavia, há situações em que nos depararmos com a impossibilidade de devolver-se ao lesionado o estado que se encontrava antes da ocorrência da lesão, sendo irremovível o mal causado. É o que ocorre com ato que causa a perda de membro do corpo, ou que importa da morte de alguém querido. Clayton Reis¹⁷⁰ atribui às definições da reparação um caráter acentuadamente patrimonialístico, “(...) *afinal, somente os bens materiais são suscetíveis de ser reconstituídos ao estado que se encontravam antes do prejuízo causado.*”

Para fundamentar a possibilidade de indenizabilidade do dano moral justifica o autor¹⁷¹ que a doutrina e jurisprudência “*metamorfosearam a palavra reparação, outorgando-lhe um sentido de compensação ou satisfação da vítima; afinal, nada há para ser reparado na esfera dos danos morais. E nem poderia ser, se considerarmos que nos encontramos perante prejuízos de natureza eminentemente subjetiva.*”

¹⁷⁰ Clayton Reis, *Os novos rumos*, cit., p. 123

¹⁷¹ Clayton Reis, *Os novos rumos*, cit. p. 125-126

Quando a restituição ao estado anterior é impossível, a indenização não será revestida da intenção de reparar em seu sentido etimológico de devolver ao agravado o estado anterior, mas servirá como meio de apaziguar o espírito, comumente, por meio do pagamento de soma em dinheiro, pela qual se busca, de certa forma, minimizar o sofrimento, falando-se de reparação por compensação, diferente da reparação *in natura* ou específica.

A reparação por equivalência, aplicável em sua plenitude somente aos danos patrimoniais, vem expressa no art. 847 do Código Civil de 2002, que assim dispõe: “*Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.*”

A reparação do dano moral, por sua vez, pressupõe a idéia de que o lesionado está sendo indenizado de forma presumida, haja vista não haver certeza efetiva de que a vítima se sinta realmente confortada ante o mal que lhe foi causado. Nesse sentido, *Jacques Flour e Jean-Luc, citados por Clayton Reis*¹⁷² bem observam que “*os homens não reagem todos da mesma forma frente ao que atinge sua honra ou frente a morte de um parente (...) a dor é insuscetível de prova; o grau de intensidade que ela atinge, é insuscetível de medida. Em decorrência dos fatos, tudo só pode repousar sobre presunções.*”

Se o prejuízo causado à vítima é indiscutível, primando a ordem jurídica pelo seu ressarcimento ou reparação, ainda que mediante a paga de importância em dinheiro, a aludida reparação suscita dúvidas quanto à

¹⁷² Clayton Reis, *Os novos rumos*, cit. 127

natureza que deve assumir e qual função deve cumprir em relação ao agravado e também, no seio da coletividade.

Referidas dúvidas induzem questionamentos, alguns já expostos ao tratarmos da indenizabilidade do dano moral e outros como: Qual o valor que se deve atribuir para a mais justa satisfação da vítima? O valor a ser considerado deve ser arbitrado com a finalidade de compensar o lesionado, sem considerar a conduta do ofensor, a gravidade da conduta e a necessidade de prevenção quanto à prática de danos? Seria justo que o *quantum* fosse fixado com o objetivo de punir o ofensor, já que o processo de reparação de danos teria como maior pressuposto intrínseco a recomposição do patrimônio do lesionado?

Dentro desse quadro, duas grandes correntes doutrinárias se compuseram a fim de estabelecer a função da indenização, auxiliando, assim, os envolvidos no processo de reparação na avaliação e fixação do valor indenizatório, nos casos em que o retorno ao estado anterior se revela impossível. Trata-se da corrente que entrega a natureza da indenização à idéia de punição ou pena privada, e da corrente que acredita ser sua função estritamente compensatória, não havendo fundamento que ampare a concessão de valor maior que o prejuízo sofrido, considerando-se, é claro, a compensação por aproximação do ideal.

3.5.1. A indenização como pena privada

O estudo das finalidades da pena é essencial para o exame crítico da questão aqui enfocada. O cabimento de uma indenização com natureza de

pena, por meio da qual se busca a punição de alguém, deve ser avaliada segundo os objetivos e finalidades da responsabilidade civil, especialmente no que toca ao dano moral.

Por tal motivo, importa uma breve análise da pena como instituto jurídico, para a qual utilizaremos as lições de José de Oliveira Ascensão¹⁷³, para quem a pena se caracteriza como uma das espécies de sanção, que por sua vez pode ser definida como *“uma consequência desfavorável normativamente prevista para o caso de violação de uma regra, e pela qual se reforça a imperatividade desta.”*

As sanções, segundo o autor, podem ser classificadas de acordo com a função que exercem, podendo ser divididas em: *“compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, preventivas e punitivas.”*

A sanção compulsória seria medida que visa compelir o devedor à realização da conduta que deveria ter realizado. A sanção reconstitutiva seria a medida que impõe a reconstituição do estado anterior à transgressão da ordem jurídica, podendo-se mencionar como exemplo a busca e apreensão de um bem. A sanção compensatória seria a medida que impõe o pagamento de certa soma em dinheiro como atenuação do dano e diante da impossibilidade de se determinar o retorno da coisa ao seu estado anterior. A sanção punitiva seria a medida que consiste em reprovação jurídica da conduta ilícita e que serve de castigo ou retribuição. A sanção preventiva seria a medida que visa prevenir violações futuras por parte daquele que já transgrediu a ordem jurídica.

¹⁷³ José de Oliveira Ascensão, *O Direito: introdução e teoria geral*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55.

A pena, como uma das formas de sanção, estaria enquadrada como sanção punitiva e preventiva, porquanto os dois fundamentos que a sustentam são a retribuição e a prevenção. No sentido da retribuição, o mal se retribuiria com o mal, sendo certo que a partir de referida premissa a igualdade no ordenamento jurídico estaria restaurada. Na função retributiva da pena está presente certo sentimento de vingança, a marca negativa da Lei de Talião.

No sentido de prevenção, a pena seria aplicada com o intuito de impedir a prática de delitos ou emendar aqueles que já delinqüiram para que não cometam outros. A prevenção poderia ser geral, pela qual se haveria a suposição de que a pena cominada em abstrato intimidaria a todos os potenciais infratores. De outro lado, a prevenção poderia ser especial, atuando em concreto sobre o criminoso, de modo que estaria impedido fisicamente de praticar delitos, se sobre ele fosse aplicada pena restritiva de liberdade, atuando, se assim não fosse, com caráter intimidativo para que não voltasse a delinqüir.

A legislação penal moderna tem admitido para a pena, os dois fundamentos, o de retribuição e de prevenção.

No âmbito da responsabilidade civil, a natureza da indenização como pena privada é discutida entre os autores. De acordo com Wesley de Oliveira Louzada Bernardo¹⁷⁴, *“Uma das questões mais delicadas e controvertidas do presente estudo diz respeito à adoção, entre nós, dos danos punitivos*

¹⁷⁴ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *Dano moral*, cit., p.173-174

(punitive damages) quando da fixação da reparação dos danos morais. Instituto originário do direito anglo-saxão, de bases completamente diferentes do nosso, de matriz romano-germânica, os punitive damages, atualmente aplicados com mais freqüência nos Estados Unidos e de lá ‘importados’ consistem, basicamente, em acrescentar à reparação um valor extra como multa civil, infligindo ao causador do dano uma pena, que teria duplo sentido: pretérito, punindo o agressor; e futuro, no sentido de desestimular o agressor e todos aqueles que tomarem conhecimento da sentença a repetir atos da mesma natureza (desestímulo).”

Para os opositores, dentre eles Clayton Reis¹⁷⁵, embora não negue a existência de um certo caráter punitivo na indenização, na medida em que implica para o ofensor em perda de parte de seu patrimônio a fim de satisfazer ou compensar o agravado “(...) há uma nítida confusão entre os conceitos de dever jurídico de responsabilidade e sanção. O dever, que não é sanção, é o procedimento determinado pela norma jurídica, cujo desvio do agente poderá resultar na obrigação (sanção) de indenizar, em virtude do prejuízo antijurídico causado. Por outro lado, a responsabilidade não pode ser considerada um dever, senão uma relação entre pessoas, nascida em virtude de uma ação ex delicto de uma delas em face da outra. Assim, se A comete contra B ato ilícito, com resultado danoso, nasce a responsabilidade entre ambos em virtude do não atendimento, por A, a um dever de conduta. Nesse caso, A poderá ressarcir espontaneamente o prejuízo causado por B, fato que não poderá ser considerado como sanção. Todavia, na hipótese de A não indenizar voluntariamente o dano

¹⁷⁵ Clayton Reis, *Os novos rumos*, cit., p. 137-138

perpetrado, sofrerá sanção adequada à lesão, mediante a subtração compulsória do patrimônio correspondente, ao dano através da execução compulsória.”

Dessa forma, o dever de ressarcir os prejuízos causados à vítima não seria sanção, mas um dever subsidiário, correspondente à indenização compulsória do prejuízo aplicado por meio do órgão aplicador do Direito.

Ademais, complementa o autor, “(...) não nos parece justo e mesmo adequado que o caráter de pena seja compatível com o espírito do processo indenizatório. Afinal, não obstante a expressiva influência dos conceitos históricos apontados, não se justifica que o direito civil, diversamente do direito penal, tenha uma função penalística. A função da indenização deve, no nosso modo de entender, constituir não um procedimento de vingança privada e voluntária, mas uma forma de reparar e aplacar o sentimento de vingança nas pessoas lesionadas. O dano reparado exerce importante função no espírito da vítima, eis que, na medida em que a ressarce do prejuízo sofrido, contribui ao mesmo tempo para sua satisfação. Estes fatores serão capazes de neutralizar as forças ofensivas do lesionado, produto da sua reação em face da ação lesiva decorrente da violação de seu direito. (...) É inescandível esse poder de dissuasão existente nas normas, direcionando, substancialmente na moralização da conduta do agente agressor. No entanto, esse controle punitivo é exercido pelo Estado através do direito penal, que objetiva a proteção dos bens materiais e imateriais da pessoa e do próprio Estado, dentro do princípio da legalidade – *nullum crime, nulla poena sine lege*. Não nos parece adequado, assim, que a responsabilidade civil, tenha como

pressuposto formal a punição do infrator, esquecendo-se da sua função principal residente na reparação dos danos.

No mesmo sentido se manifesta Artur Oscar de Oliveira Deda¹⁷⁶ afirmando que “(...) *A prática do ato ilícito determina o dever de reparar o dano conseqüente. Se o transviamento da conduta humana corresponder a violação da lei penal, o indivíduo que se revelou socialmente perigoso deve ser punido. A norma cujo preceito foi transgredido prevê a pena aplicável ao transgressor. A pena é, portanto a sanção criminal. Se, porém, o ato ilícito compreender-se no âmbito do direito civil, não há pena a aplicar. Não há sanção penal, mas civil, que corresponde ao dever de reparar o dano. A sanção civil é a indenização*”.

Georges Ripert¹⁷⁷ defendeu a natureza da indenização por dano moral como pena privada. Ocorrido um dano moral puro, as ações das vítimas seriam intentadas unicamente com o objetivo de obter uma forma de punir o autor do dano. Para o autor “(...) *seria imoral dizer que aquele que foi atingido nos seus sentimentos se consolaria graças à indenização que recebesse (...) As perdas e danos não têm o caráter de indenização, mas o caráter exemplar. Se há delito penal, a vítima pede que se acrescente alguma coisa a uma pena pública insuficiente ou mal graduada; se não há delito penal, a vítima denuncia o culpado que soube escapar-se por entre as malhas da lei penal. Há pena privada, porque tem que se pronunciar a pena sob o aspecto de reparação*”.

¹⁷⁶ Artur Oscar de Oliveira Deda, *A reparação*, cit. p. 11

¹⁷⁷ Georges Ripert, *A regra moral nas obrigações civis*, Campinas: Bookseller, 2000, p. 338.

Entre nós, não são poucos os que defendem a natureza punitiva da indenização por dano moral, embora em sua unanimidade, reconheçam ser formada por um misto de compensação e punição, não se curvando à teoria da natureza exclusivamente punitiva, conforme assinalado por Georges Ripert. Quanto à dúplici natureza da indenização, item a ser abordado oportunamente, podem ser mencionados dentre outros doutrinadores, André Gustavo Corrêa de Andrade, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Antônio Jeová Santos e Carlos Alberto Bittar.

3.5.2. Reparação como compensação ou satisfação

A corrente doutrinária que defende a indenização por danos morais como estrita compensação para a vítima, tem seu fundamento maior na preocupação com a satisfação do lesionado, ou seja, a responsabilidade civil estaria presente em nosso ordenamento para ressarcir o dano, ainda que de modo imperfeito, por meio de pagamento de um equivalente pecuniário, que presumidamente aproximaria a compensação do ideal ante o mal que fora causado. O instituto da responsabilidade civil não teria por fundamento a punição do ofensor, mas sim proteger a figura da vítima, por meio da condenação ao pagamento de indenização suficiente de acordo com a extensão da lesão.

A primeira controvérsia que surge acerca da teoria está relacionada à terminologia utilizada, discutindo-se se a melhor terminologia seria indenização como forma de compensação ou como forma de satisfação.

Nesse sentido Roberto Brebbia¹⁷⁸ aduz que *“somente admite indenização compensatória o dano suscetível de ser avaliado adequadamente em dinheiro, como no caso do dano material em geral; mas quando o dano não admite uma estimativa pecuniária, como ocorre com o dano moral, a indenização pecuniária deve assumir uma função de satisfação da vítima. A compensação estaria, portanto, vinculada aos danos patrimoniais, enquanto a satisfação, aos danos extrapatrimoniais.”*

Em que pesem as terminologias, doutrina e jurisprudência têm empregado as expressões como sinônimas, intercambiáveis, de forma que assim o faremos no presente estudo para evitar equívocos.

Compensatória ou satisfativa, para os adeptos da teoria, a indenização por dano moral não seria pena, mas forma de apaziguar os sofrimentos ocasionados pelo agente do ato ilícito, ainda que os sentimentos sejam insuscetíveis de mensuração.

Nesses termos ao citar Wilson Melo da Silva e Alfredo Orgaz, Artur Oscar de Oliveira Deda¹⁷⁹ justifica a ausência da natureza de pena privada à indenização decorrente do dano moral, discorrendo que *“Adverte-se, porém, que, nos dias de hoje, seria um contra-senso afirmar a indenização-pena, pois o ‘juízo cível não é de punição, mas de simples reparação’. Até mesmo certas sanções de direito civil, como a cláusula penal – apesar de seu nome -, têm caráter indenizatório e não penal, conforme observa Von*

¹⁷⁸ Roberto Brebbia, *El daño*, cit., p. 69

¹⁷⁹ Artur Oscar de Oliveira Deda, *A reparação*, cit., p. 23-24 apud Wilson Melo da Silva, *O dano e sua reparação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 346 e Alfredo Orgaz, *El daño resarcible*, Ed. Argentina, 1952, p. 231

Thur. O mesmo se diga das arras, acrescenta Alfredo Orgaz. Em livro publicado em 1867, José da Silva Costa afirmou que ‘a satisfação vindicativa...está fora do plano da justiça social, onde a vingança não tem império, por envolver claro antagonismo com o ars boni et aequi da legendária legislação.’”

Da mesma forma se manifesta Clayton Reis¹⁸⁰ para quem “(...) não há entre os dois institutos – o penal e o cível – coerência para o efeito de adoção de um sistema duplo de indenização, para atender à mesma pretensão, mesmo porque, o referido sistema não se ajusta aos objetivos da responsabilidade civil que é o de satisfazer amplamente a vítima, ou seja, ausente de conteúdos limitativos como àqueles existentes no direito penal. Ademais, configurar-se-ia um acúmulo indevido de indenizações, caso fosse adotado o ressarcimento penal e o civil. O ofensor seria compelido a pagar duplamente pela mesma ação lesiva (...).”

Na mesma linha Rodrigo Mendes Delgado¹⁸¹ para quem “As lesões que se verificam dentro do âmbito privado, envolvendo, geralmente, duas ou mais pessoas, devem ser resolvidas entre estas pessoas, no âmbito privado. Não há porque envolver toda a sociedade. Os interesses desta apenas são lesados conjuntamente com os interesses particulares no âmbito penal. Adotar o sistema em testilha seria criar um inaceitável sistema paralelo, que se situaria entre o âmbito civil e o penal: seria um sistema misto, um sistema civil-penal, um sistema eclético, inadmissível, e impraticável dentro da técnica jurídica, pois são ramos que possuem particularidades muito

¹⁸⁰ Clayton Reis, *Os novos rumos*, cit., p. 223

¹⁸¹ Rodrigo Mendes Delgado, *O valor*, cit, p. 219-221

específicas que os distinguem e os colocam em lados diametralmente opostos (...) Punir é função do direito penal, não do direito civil (...).”

Embora não seja adepto da teoria meramente compensatória ou punitiva da indenização, mas sim do seu caráter misto, André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁸² apresenta argumento contrário quanto à dicotomia do Direito Civil e Direito Penal, aduzindo que “*O Direito Civil, por sua vez, está repleto de exemplos de sanções ou penas privadas para os atos culpáveis, as quais podem tomar a forma de exclusão de algum benefício a que teria direito o autor do ato ou consistir na imposição de uma verba sem relação direta com o prejuízo real ou efetivo do lesado (...) No direito pátrio não são poucos os exemplos de institutos típicos de Direito Civil de indisfarçável cariz punitivo. Não é preciso mais do que uma breve reflexão para lembrar alguns desses institutos. Juros de mora: (...) O que denuncia a natureza penal da figura é a circunstância de ser ela aplicável ainda que o devedor possa comprovar que o credor nenhum dano teve com a mora, o que é incompatível com a idéia de reparação. Cláusula penal (art. 416 do Código Civil): A cláusula penal, como o próprio nome indica, é figura que exerce função tipicamente punitiva, na medida em que sua imposição independe da comprovação e até da alegação de prejuízo. É suficiente o descumprimento de uma obrigação (...) Os influxos de um ramo do Direito no outro são evidentes, demonstrando que a separação entre Direito Penal e Direito Civil é mais de ordem metodológica ou didática do que lógico-jurídica. Essa divisão ou ramificação do Direito não constitui, portanto, argumento válido contra a idéia de pena privada como forma de reação jurídica ou sanção para certos ilícitos civis de maior gravidade.”*

¹⁸² André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 248

Não seriam os agravos morais, também e em regra, passíveis de reparação, no sentido utilizado para se restabelecer o estado anterior, como ocorre com o dano patrimonial.

Augusto Zenun¹⁸³ faz colocação interessante quanto à natureza compensatória do dano moral e sua reparabilidade. Defende o autor que o dano moral é reparável, porquanto não se indeniza o sofrimento e a dor, que não têm preço, mas *“proporciona-se ao ofendido o recurso para se distrair, para se recuperar, mas isto importa em despesas, custa dinheiro, que deve ser pago pelo ofensor, e aí está o sucedâneo (...). Por meio do sucedâneo o ofendido recebe do ofensor o necessário para se distrair, o que se dá em forma de reparação.”*

Nesse mesmo sentido, Christino Almeida do Valle¹⁸⁴ pondera que *“(...) a alegria, o prazer e o entretenimento, que somente o dinheiro é capaz de permitir, ajudam a proporcionar euforia às pessoas. Isso enseja o afastamento, o mais possível, dos sofrimentos físicos e morais. Por isso, os danos morais, ainda que ditos irreparáveis, não podem deixar de ter sua reparação (...) Ainda que a compensação não seja absoluta, pode haver uma parcela mínima dela suficiente para a amenização. O que não deixa de constituir compensação.”*

3.6. Críticas à teoria da pena privada

¹⁸³ Augusto Zenun, *Dano moral*, cit., p. 123

¹⁸⁴ Christino Almeida do Valle, *Dano moral*, Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 46

Afirmamos alhures a existência de controvérsia acerca da natureza da indenização a título de dano moral, existindo duas correntes doutrinárias distintas que defendem, respectivamente, o caráter punitivo da indenização, por meio do qual além da satisfação ou compensação à vítima, a indenização deveria ser aplicada com cariz de penalidade ao ofensor, e o caráter compensatório da indenização, através do qual, a sua função seria reparar o mal sofrido pela vítima, segundo a gravidade da lesão e com a maior aproximação possível do ideal, levando-se em conta a subjetividade da extensão do sofrimento de pessoa para pessoa.

Os seguidores da corrente que defende a indenização como compensação, renegam o caráter punitivo, também conhecido como pena privada e teoria do valor do desestímulo. Apresentam suas razões:

3.6.1. Ofensa ao princípio constitucional da legalidade e incompatibilidade com os princípios que norteiam a responsabilidade civil

A aplicação de indenização com caráter punitivo afrontaria o princípio da legalidade, já que a Constituição Federal prevê expressamente no art. 5º, XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal, de modo que uma pena somente poderia ser aplicada face à existência de fato típico, sendo punível somente o crime previsto em lei.

Nesse sentido se pronunciaram Luiz Virgílio P. Penteado Manente e Antonio Marzagão Barbuto Neto¹⁸⁵, afirmando que “(...) As sanções jurídicas que naturalmente tem função de punição/desestímulo são as penas estabelecidas pelo Direito Penal. São as penas, estabelecidas por leis prévias, que visam causar mal ao agente (função retributiva da pena) e prevenir outros ilícitos (função educativa da pena). E é exatamente estas duas características, retribuição e educação, que diferenciam a pena das demais sanções jurídicas, como a multa administrativa e a indenização decorrente da responsabilidade civil. Assim, ao se admitir a possibilidade de que a indenização por danos morais possa representar valor superior à compensação pelo dano efetivamente sofrido, de forma a punir/desestimular o agente, estaríamos diante de verdadeira punição criminal, matéria absolutamente estranha ao Direito Civil e ao instituto da responsabilidade civil, contrariando-se, portanto, o princípio constitucional da legalidade. Com efeito, punir pelo arbitramento judicial no âmbito civil seria conferir poderes ao Poder Judiciário sem autorização legal. É ferir direitos e garantias individuais; é a própria negação do Estado Democrático de Direito.”

Da mesma forma, a aceitação da indenização como pena privada violaria a sistemática da responsabilidade civil e de todos os seus princípios norteadores, que se fundamentariam em dois postulados, quais sejam, o princípio do ressarcimento e o princípio da compensação, o primeiro inerente à reparação integral dos danos materiais, retornando a vítima ao

¹⁸⁵ Luiz Virgílio P. Penteado Manente e Antonio Marzagão Barbuto Neto, *Indenizações milionárias: o caráter punitivo da indenização por dano moral*, *CONJUR*, 06.jul.2002, acessado em 23 jan. 2006, disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/27901,1>>

estado anterior, e o segundo, relativo à indenização por danos morais, pelo qual determina-se que o agente entregue à vítima algo que compense o sofrimento que lhe foi infligido.

Nessa linha persistem os autores¹⁸⁶ argumentando que “(...) Já com relação aos danos morais, não há como se obter um ressarcimento, pois as dores da alma e o sofrimento não podem ser quantificados matematicamente, como no exemplo acima. Dessa maneira, a indenização arbitrada judicialmente terá o condão de tão e somente compensar o dano de natureza moral, proporcionando à vítima um bem que lhe atenua o sofrimento experimentado. Não é outra a leitura que se extrai da Constituição Brasileira que, em seu artigo 5º, inciso X, expressamente prevê que ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’. Indenizar significa justamente ressarcir, compensar, função cumprida integralmente pela verba condenatória a título de danos materiais e pela verba condenatória a título de danos morais, respectivamente. Conclui-se, portanto, que nos termos dos princípios norteadores do instituto da responsabilidade civil, a indenização a título de danos morais deve ter caráter exclusivamente compensatório. Nota-se, portanto, que a lei fundamental, ao se utilizar da expressão “indenização” pelos danos morais, atem-se à noção de compensação, própria do instituto da responsabilidade civil, não havendo, portanto, qualquer menção a um plus indenizatório a título de punição/desestímulo (...).”

¹⁸⁶ Luiz Virgílio P. Penteadó Manente e Antonio Marzagão Barbutó Neto, *Indenizações milionárias*, cit.

No mesmo passo argumenta Clayton Reis¹⁸⁷ que “(...) O princípio predominante da responsabilidade civil sempre primou pela reparação in natura, já que consagra o ideal no processo indenizatório. Segundo define Américo Luis Martins da Silva ‘a reparação constitui o ato pelo qual alguém está obrigado a restabelecer o status quo ante é restabelecer as coisas conforme o seu estado original (restitutio in integrum – restituição integral – dever de quem lesa a outrem de reparar o dano)’. Todavia, nem sempre será possível a reposição in natura do dano, segundo já observado na esfera dos danos não patrimoniais, assumindo a indenização, dessa forma, um caráter basicamente compensatório. (...) No Brasil, o princípio da indenização integral estabeleceu bases sólidas a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 5º, V, determinou que ‘...é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo...’. Não resta dúvida de que a intenção desejada pelo legislador consistiu na circunstância de que, todo e qualquer dano (patrimonial e não patrimonial), seja medido na sua extensão, para o fim de atribuir ao lesado, a título de indenização, o valor equivalente ao prejuízo havido.”

3.6.2. Banalização do instituto e incentivo à “indústria do dano moral”

Aceitar-se a teoria do valor do desestímulo ou punição ao ofensor, seria avalizar a aplicação de penalidades pecuniárias exorbitantes, que fugiriam à finalidade do instituto da responsabilidade civil de compensar a vítima e estimulariam o desejo inerente ao ser humano que habita um mundo capitalista, de angariar recursos financeiros a qualquer custo, ainda que desprovida de fundamento a sua pretensão.

¹⁸⁷ Clayton Reis, *Os novos rumos*, cit. p.149-150

Desta forma, tudo passaria a ser matéria de reparação por dano moral, fugindo à finalidade do instituto, qual seja, garantir a compensação da vítima, voltando-se essencialmente, para o enriquecimento sem causa. A aceitação da função punitiva, assim, mancharia o direito de todo cidadão acessar o Poder Judiciário, ante um incontável número de ações absurdas, nas quais se postulariam as mais exóticas providências do julgador.

Segundo Rodrigo Mendes Delgado¹⁸⁸ *“(...) A teoria do valor do desestímulo funcionaria ao reverso, como teoria do valor do estímulo, só que tendo por alvo a pretensa vítima. As pessoas passariam a ter um estímulo a ir perante o judiciário, não para ver seu direito reconhecido e a lesão sanada, mas sim, impelidos pela esperança de obterem vantagens vultosas, cifras milionárias.”*

Wilson de Melo Silva¹⁸⁹ também se posiciona no sentido de que *“(...) dada a magnitude os sentimentos lesados, em muitos casos, a especulação, a ‘miragem do lucro’, no dizer de Darnburg, teria transformado em palpável imoralidade aquilo que buscasse defender. Nos caos de morte, por exemplo, é quando, por excelência, os danos morais se patenteiam em toda sua incomensurável extensão. E por isso, e em virtude disso, correr-se-ia o risco, nessas hipóteses, de um maior desmando no arbítrio sem peias do juiz, com todo o feio cotejo de suas péssimas e prováveis conseqüências: enriquecimento sem causa, locupletações torpes,*

¹⁸⁸ Rodrigo Mendes Delgado, *O valor*, cit., p. 243

¹⁸⁹ Wilson de Melo Silva, *O dano*, cit., p. 492

mercadejamentos reprováveis e tudo a coberto do ‘manto nobilíssimo dos sentimentos afetivos’, numa expressão de Clóvis Bevilácqua.”

3.6.3. Enriquecimento sem causa da vítima

Resultante da aludida banalização do instituto, as vítimas estariam fadadas ao sucesso, ou seja, estaria facilitado o acesso ao enriquecimento sem causa, posto que, embora o agravado tenha direito à reparação integral do prejuízo sofrido, o valor punitivo não se refere propriamente à compensação do sofrimento ou padecimento, mas importância a maior desprovida de justo destinatário, de modo que uma vez deferida, estaria totalmente desamparada de qualquer razão jurídica ou moral para o locupletamento com a punição do ofensor.

O Código Civil, no *caput* do art. 944, nesse ponto, estabelece que a indenização seja conferida na medida da extensão do dano, o que levaria a crer que toda e qualquer importância determinada acima dos critérios da compensação, levando-se em conta a gravidade da conduta do agente, seria considerada enriquecimento sem causa.

Nesses termos o magistério de Sidney Hartung Buarque¹⁹⁰, ao dispor que *“(...) E muitas vezes é necessário se adotar o princípio que veda o enriquecimento sem causa, atuando como freio aos excessos de quantificação do dano moral. A lei civil de 2002, como anteriormente*

¹⁹⁰ Sidney Hartung Buarque, *Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 75

exposto, impõe que a indenização tenha como critério de seu aferimento a extensão do dano (...).”

Também, Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹¹, embora se curve ao posicionamento de que na utilização do caráter punitivo não se admitiria o enriquecimento sem causa, como se verá adiante, anota que: *“Tentando cumprir funções de natureza antagônica não poderia deixar de ser paradoxal: dever-se punir o ofensor, mas não ao ponto de enriquecer a vítima. No entanto, é dedução lógica obrigatória que, sob o ponto de vista econômico, a vítima sairá, nesses casos, ‘enriquecida’, na medida em que estará recebendo necessariamente mais do que a compensação do dano demandaria.”*

3.6.4. Degeneração da sociedade e fator de instabilidade social

Os contrários à natureza de pena privada à indenização, justificam a tentativa de afastá-la de nossa realidade jurídica, também, sob o argumento de que, uma vez admitida seria fator de retrocesso e instabilidade social.

Certos de que a gravidade da conduta do ofensor e a punição seriam os aspectos mais considerados para a determinação da indenização, deixando, em contrapartida, para segundo plano, a satisfação da vítima, a sociedade estaria exposta ao desequilíbrio e injustiças sociais. Além disso, a adoção da teoria do valor do desestímulo ensejaria a vingança, sendo contraditória a busca da paz social se admitida a utilização de instrumento

¹⁹¹ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa*, cit., p. 126

que certamente serviria para enriquecer alguns e diametralmente, empobrecer outros, de um dia para outro.

Da mesma forma, para os que negam a natureza punitiva da indenização, sua aceitação resultaria em um estado de instabilidade social, já que as pessoas passariam a conviver com o medo de praticar atos, ainda que aparentemente inofensivos, sob pena de serem processados e punidos.

Nesse sentido, cite-se exemplo de Sergio Pinheiro Marçal¹⁹²: *“Vemos diariamente na imprensa casos ocorridos nos EUA, como o de pais que se recusam a receber, em suas residências, colegas de seus filhos sem que estes portem termos que os isente de responsabilidade por qualquer acidente que eventualmente ocorra durante o dia. Escolas se recusam dar uma aspirina para um estudante, com receio de que este tenha uma crise alérgica.”*

Rodrigo Mendes Delgado¹⁹³, ferrenho opositor do caráter punitivo da indenização, acentua que *“(...) O que tal teoria procura ressarcir, é o que se chama de ‘punitive damages’, ou seja, os danos exemplares. Com a soma milionária que é deferida à pretensa vítima, procura-se dar um exemplo à sociedade para que os integrantes desta se sintam, como o próprio nome diz, desestimulados a praticar a mesma atitude que um de seus integrantes praticou. Isso é tão contra-producente quanto ilógico. Quer dizer, para que se dê um exemplo à sociedade, alguém tem que se enriquecer do dia para a noite e, no mesmo sentido, alguém deve sofrer*

¹⁹² Sergio Pinheiro Marçal, *Reparação de danos morais – teoria do valor do desestímulo*, *Júris Síntese* CD-ROM, n.7 *apud* Rodrigo Mendes Delgado, *op.cit.*, p. 227

¹⁹³ Rodrigo Mendes Delgado, *O valor*, *cit.*, p. 222-223

uma ruína financeira. O agente causador do dano deve arriscar sua sobrevivência e de toda sua família quando se tratar de pessoa física; ou uma empresa deve correr o risco de abrir falência e gerar, por conseqüência, grande desemprego, em razão de uma tentativa errônea, irracional, mesquinha, de se dar um exemplo à sociedade que, efetivamente, nenhum dano sofreu, em decorrência de um problema que se travou em seara particular. Com certeza, muitos integrantes da sociedade nem mesmo tomariam conhecimento de tal fato, não fosse, evidentemente, a sempre sensacionalista e insensível imprensa que faria um verdadeiro espetáculo circense para divulgar o caso. O envolvimento de toda a sociedade, como se nota claramente, é um grande risco (...).”

Além da possível crise no emprego, conseqüência indireta da instabilidade propagada, também seriam afetados os consumidores e em amplo sentido, toda a sociedade, já que afligidos pela insegurança de uma potencial condenação ao pagamento de indenização milionária, empresários passariam a repassar sua responsabilidade por meio do aumento de preço nos produtos e serviços.

3.6.5. Incompatibilidade com o sistema jurídico brasileiro

Outra crítica se faz contra a aplicação da teoria do valor do desestímulo, encontra amparo na realidade social e jurídica do Brasil. Do aspecto social, defendem os opositores que o país não possui a mesma sistemática jurídica que a dos países que adotam tal teoria, haja vista se pautarem no sistema do *common law*, provinda do direito inglês, que tem como principal

fonte de direito a jurisprudência, diferentemente do Brasil, que inspirado no sistema romano, tem a lei como primeira fonte.

Submetido a um sistema de leis, nosso ordenamento jurídico seria incompatível com a natureza punitiva da indenização, porquanto não haveria em nosso sistema normativo, lei que previsse a possibilidade de impor ao agressor, penalidade além da indenização, vista sob a ótica da compensação ou satisfação do lesionado.

De fato, o art. 5º, X da Constituição Federal dispõe nesses termos: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação”. Assim, segundo os críticos, estaria previsto pela Carta Maior expressamente o direito limitado à indenização, não sendo prevista, ao revés, verba destinada aos danos punitivos.

Da mesma forma, nosso Código Civil, não contemplaria expressamente a aplicação da indenização com caráter punitivo. A regra geral acerca da matéria encontra-se no art. 944, no qual o limite da indenização se estabelece de acordo com a extensão do dano, não cogitando de avaliar-se a gravidade da conduta do ofensor, o que poderia ensejar maior discussão sobre a possibilidade de se atribuir ao *quantum* indenizatório uma parcela de punição.

Mesmo a exceção trazida pelo mesmo dispositivo em seu parágrafo único, pelo qual o juiz pode reduzir eqüitativamente a indenização em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, conferindo

relevância à culpa do ofensor, não afetou o caráter essencialmente compensatório da indenização, já que não prevê a possibilidade do montante indenizatório superar o dano.

Ainda, a realidade social brasileira, de muito se diferenciaria da americana ou da inglesa, que utilizam o critério punitivo para a fixação do montante indenizatório.

Segundo Rodrigo Mendes Delgado¹⁹⁴, *“O estilo de vida que os norte-americanos adotaram está calcado no mais puro materialismo. Não raras vezes, o respeito a uma pessoa, na comunidade norte-americana está inextricavelmente ligado às suas posses. Quanto mais uma pessoa tem posses, maior será o respeito que desfrutará junto à sua comunidade. O estilo de vida, enfim, é embasado numa realidade de posses. Perceba-se o exagero da indenização para o caso citado. Um bilhão de dólares. Isso, no Brasil, para uma empresa nacional seria, simplesmente, a ruína. (...) São cifras estratosféricas que não guardam a menor proximidade com a realidade brasileira. (...) Outro óbice colocar-se-ia, a questão da renda. A má distribuição de renda e mais, um salário-mínimo infamante ou difamante, como se queira, pois ambos os adjetivos designam a mesma e deplorável realidade, e que não garante nem mesmo uma sobrevivência digna, estão de forma incontestável a justificar a total incompatibilidade de tal sistema com a realidade do povo brasileiro.”*

¹⁹⁴ Rodrigo Mendes Delgado, *O valor*, cit. p. 232-235

3.7. Críticas à teoria da compensação ou satisfação da vítima

Da mesma maneira que os adeptos da teoria da compensação, os seguidores da aplicação do caráter punitivo à indenização apresentam seus argumentos, no sentido de demonstrar sua total compatibilidade com o ordenamento jurídico, além de ser resultado da intenção do legislador pátrio. Baseiam-se nos seguintes aspectos:

3.7.1. Presença do caráter punitivo no sistema normativo brasileiro

Argumentam os defensores que a função punitiva da indenização está presente no sistema normativo brasileiro, sendo evidente a compatibilidade de sua aplicação em nossa realidade jurídica.

Com efeito, o Código Brasileiro de Telecomunicações (lei nº 4.117 de 1962), em seu art. 84 já previa que o juiz deveria, na fixação da indenização, não só observar a extensão do dano, próprio para a análise da compensação da vítima, mas também, “(...) *a situação econômica do ofensor e a intensidade do ânimo de ofender (...)*”, demonstrando, assim, que além da figura da vítima, importante a análise da gravidade da conduta do ofensor, por meio da qual, seria possível a aplicação de penalidade sobre ele.

O mesmo se diga da previsão contida na Lei de Imprensa (Lei nº 5.250 de 1967), que no inciso II do art. 53, confere indubitável colorido punitivo à indenização, prescrevendo que: “*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;”

Também a Constituição Federal demonstra que o caráter punitivo da indenização é plenamente compatível com a realidade brasileira, apresentando no art. 1º, III, o fundamento necessário para sua aplicação. Trata-se do princípio da dignidade humana, já estudado no presente estudo, por meio do qual se garante a todo indivíduo o respeito amplo aos direitos da personalidade, sendo a aplicação de sanção aos ofensores de tais direitos, consectários lógicos no sentido de cumprimento deste primado.

Antonio César Rocha Antunes de Siqueira¹⁹⁵ aponta no mesmo sentido e afirma: *“No campo dos direitos da personalidade, constitucionalmente elevados à categoria de direitos e garantias fundamentais, a interpretação tradicional das normas de caráter infraconstitucional se mostra insuficiente para criar um sistema que, antes da função reparadora dos danos causados, institua meios que atuem de modo preventivo, do desestímulo a ataques à esfera jurídica de outrem (...)”*, sendo necessário como cautela que sejam compatibilizadas novas técnicas para uma correta interpretação da vontade do legislador constitucional, a fim de, por conseqüência, seja atingido um novo estágio de aplicação das normas infraconstitucionais, desta forma, propiciando meios adequados para a efetiva proteção dos direitos da personalidade.

¹⁹⁵ Antonio César Rocha Antunes de Siqueira, *A reparabilidade dos danos não-patrimoniais: em busca de uma criteriologia*, p. 41, *apud* André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 252

Também o entendimento de Nelson Rosenvald¹⁹⁶, ao citar Pietro Perlingieri e J. J. Gomes Canotilho, que assim esclarece: “(...) *Originariamente, a proteção aos direitos humanos era restrita ao direito público, focalizada na urgência do acautelamento do particular em face do arbítrio estatal. Em contrapartida, os direitos da personalidade se reportariam ao direito privado, em similitude à propriedade, como uma espécie de reserva de faculdades do indivíduo no sentido de fruição de seus atributos pessoais. A origem da dicotomia público-privado deita raízes nos movimentos oitocentistas de codificação e constitucionalismo. A Constituição era encarregada de dividir os poderes do Estado e frear o seu âmbito de atuação na esfera da liberdade dos particulares; de outro lado, o Código Civil regia as relações econômicas entre particulares, com total auto-suficiência e completude. Não há mais espaço, porém, para dicotomia entre o direito público e o direito privado. A dignidade da pessoa humana como elemento fecundante inspira proteção integral, esmaecendo as fronteiras entre as situações jurídicas inicialmente vinculadas ora aos direitos humanos, ora aos direitos da personalidade. (...) No instante em que a dignidade surge como expressão máxima dos direitos da personalidade, sobeja afirmar que a tutela dos valores espirituais e morais do ser humano não se resume ao direito privado, encontrando respaldo em todo o sistema jurídico. Dá extrair-se que em nossa ordem jurídica a dignidade é núcleo essencial dos direitos fundamentais.*”

Tais afirmações teriam encontrado respaldo na doutrina e na jurisprudência, disseminando-se a idéia de que a Constituição Federal, de

¹⁹⁶ Pietro Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, p. 145 e J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 390 *apud* Nelson Rosenvald, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2005, p.32-33.

forma sistemática, tem força normativa que reclama aplicação independentemente do concurso do legislador infraconstitucional, lembrando, no entanto, que mesmo este, houve por bem demonstrar seu real desejo por meio do Projeto de Lei que altera o art. 944 do Código Civil, declarando às escâncaras que a mera satisfação da vítima não mais atende a concepção de responsabilidade civil sob o ponto de vista da compensação, impondo a punição do ofensor e a reação legítima contra a lesão e sua ameaça aos princípios constitucionais da mais alta linhagem.

André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁹⁷ aponta para complementar que: “(...) Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a de direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Além disso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos.”

3.7.2. O necessário acesso de todos à Justiça

Contrariamente à assertiva de que o caráter punitivo serviria de estímulo aos indivíduos para o ingresso desmedido de ações judiciais, ante a

¹⁹⁷ André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 253

“facilidade” de obter renda, muitas vezes, convertidas em cifras milionárias, os defensores da teoria que reconhece sua existência na indenização, combatem o argumento.

Primeiramente apontam para a democracia e depois, para o princípio consagrado pela Constituição Federal, que assegura o acesso de todos à justiça, afirmando que¹⁹⁸ *“O problema da propositura de ações de indenização temerárias, que buscam especular com o dano moral, tentando incluir no conceito os fatos mais corriqueiros ou banais, é inerente à democracia e ao princípio do acesso à justiça. É necessário possibilitar a todos o acesso à jurisdição para que aqueles que tenham efetivamente direito possam vê-lo satisfeito ou realizado.”*

Em que pese não termos apontado, ainda, nosso posicionamento sobre a natureza da indenização, de punição ou de compensação, ou ainda a mista que reúne as duas teorias, afirmamos, desde logo, que o argumento de crescimento da chamada “indústria do dano moral” não se mostra, por si só, suficiente para rechaçar a teoria do valor do desestímulo, posto que contamos com dispositivos legais, especialmente o artigo 17 e seguintes do Código de Processo Civil que asseguram a aplicação de multa àquele que *“(...) I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – Usar do processo para conseguir objetivo ilegal (...)”, sendo, assim, punido por litigar de má-fé.*”

¹⁹⁸ André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 295

No mais, o argumento em questão, no entendimento de Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum¹⁹⁹, estaria “na contramão do entendimento vanguardista, repetindo os mesmos outrora utilizados por aqueles que negavam a própria existência do instituto. Parece que, por dificuldades particulares de vivenciar e compreender a modernidade, ficam alguns autores banalizando o sentimento interno das pessoas que buscam no Judiciário a proteção de valores (honra, credibilidade, reputação, intimidade, sentimentos, emoções etc), muito mais importantes que outros de forma veementemente protegidos (carro, dinheiro, imóveis etc).”

Nesse sentido, caberá ao Poder Judiciário frear atitudes maliciosas e punir com severidade todo aquele que buscar alterar a intenção a que se propõe o instituto do dano moral, firmando pretensões desarrazoadas. Com a negativa de tais pleitos, certamente, sobreviria o desestímulo quanto à propositura e a paulatina diminuição de demandas.

Não caberia frustrar a punição de reais agressores ao patrimônio moral e excluir importante instrumento de defesa da cidadania, somente ante a “ameaça legal” de crescimento de número de ações para a apreciação do Judiciário. O fundamento de resguardo à dignidade humana é muito mais preocupante e importante que refrear ações temerárias e infundadas. Tampouco restringir as indenizações por conta do alto número de demandas seria solução para os problemas da sociedade e do Poder Judiciário.

¹⁹⁹ Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum, *Dano moral: questões controvertidas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 132

Ainda, importa salientar que as chamadas “aventuras jurídicas” não constituiriam novidade ou exclusividade das ações que tratam dos danos morais, existindo “aventura” em tantos outros objetos envolvidos em ações judiciais.

Assim, não haveria motivo algum para a conclusão de que todos os “aventureiros” seriam aqueles que postulam o reconhecimento de agravo aos seus direitos imateriais. Muito menos, seria justo aceitar a pecha de que as ações que envolvem pedido de reparação por danos morais seriam verdadeira “indústria” que visa o enriquecimento sem causa. A busca do “lucro fácil” é possível por outros meios, como por exemplo, por meio do estelionato, das cobranças indevidas, reclamações trabalhistas absurdas etc.

3.7.3. Da ausência de injusto enriquecimento da vítima

Com a aceitação do caráter punitivo, seus defensores argumentam que não haveria que se falar em injusto enriquecimento da vítima, haja vista, não se poder afirmar, até mesmo pelo caráter subjetivo que abraça a aferição do dano moral, que o valor compensatório seria suficiente para compensar o agravado pelos efeitos da lesão sofrida. Fala-se em compensação mais próxima do ideal e não em compensação de integral equivalência, como ocorre com o ressarcimento de danos materiais. Estar-se-ia adentrando ao campo das hipóteses, pelo qual não se poderia sustentar um argumento.

No mais, apontam os adeptos da corrente, que o princípio do enriquecimento sem causa não se aplicaria ao instituto da responsabilidade decorrente de prática de danos morais, pois neste o que se visa proteger é a dignidade humana e os direitos da personalidade, cuidando os institutos em análise, de bens de natureza distinta.

Com efeito, a dignidade não teria preço, não sendo passível de mensuração a ponto de se poder afirmar de forma contundente o efetivo enriquecimento da vítima. O preço é aquilo que pode ser substituído por equivalente e a dignidade, por sua vez, não possuía equivalência com quantia alguma, estando acima de qualquer preço que a ela se atribua.

Também, a indenização punitiva atua como forma de impedir o lucro do ofensor com o ato lesivo, não se admitindo, sob pena de ofensa ao direito, argumentar pela rejeição da hipótese de enriquecimento da vítima, avaliada sob o aspecto puramente subjetivo, possibilitando, ao contrário, que o ofensor se beneficie de sua conduta lesiva.

Nessa linha, Julio Manuel Vieira Gomes²⁰⁰ acentua que “(...) *quando o autor de facto ilícito retira da sua conduta um lucro superior ao dano causado, a doutrina claramente dominante nos países de civil law encolhe, resignadamente, os ombros e repete, como se de uma evidência se tratasse, o dogma de que a obrigação de indemnizar não pode converter-se numa fonte de enriquecimento para o lesado. Nas expressivas palavras de Pereira Coelho não se deve, para evitar uma injustiça, cometer outra.*”

²⁰⁰ Júlio Manuel Pereira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p.795

Por fim, Maria Celina Bodin de Moraes²⁰¹, ao tratar do fato da jurisprudência adotar como um dos critérios para a fixação do dano moral, a condição econômica da vítima, procurando nitidamente evitar o seu “injusto”, tece crítica, afirmando que *“Pior, o argumento mais utilizado para justificar a adoção do critério da condição econômica da vítima – o que diz tratar-se de evitar enriquecimento sem causa – parece configurar um mero pretexto. Ora, a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado. O enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: é devido. Por outro lado, o fato de a vítima mais desfavorecida receber menos pelo mesmo dano sofrido não responde a qualquer princípio de justiça.”*

3.7.4. Inexistência do sentimento de vingança e ausência de instabilidade econômica e social

Para os adeptos da teoria que contempla a função compensatória da indenização, admitir a natureza punitiva seria incentivar o sentimento negativo de vingança na sociedade.

Rebatem os opositores, afirmando que, contrariamente, aplicando-se indenização que não fique restrita à compensação, mas levando-se em conta a gravidade da conduta do lesante e atribuindo-lhe pena pecuniária

²⁰¹ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa*, cit., p. 302

em valor maior, seria prevenir possíveis atos de vingança particular por parte da vítima, concedendo, ao mesmo tempo, uma resposta à sociedade.

Maria Celina Bodin de Moraes²⁰² ao tratar do assunto, cita W. Prosser, J. Wade e V. Schwartz, descrevendo que os “danos punitivos” servem para: *“i) punir o ofensor por seu mau comportamento, ii) evitar possíveis atos de vingança por parte da vítima; iii) desestimular, preventivamente, o ofensor e a coletividade de comportamentos socialmente danosos, quando o risco de ser obrigado a compensar o dano não constituir remédio persuasivo suficiente; iv) remunerar a vítima por seu empenho na afirmação do próprio direito, através do qual se consegue um reforço geral da ordem jurídica.”*

Outra assertiva em sentido contrário à suposta margem para o incentivo de vingança, apontado por André Gustavo Corrêa de Andrade²⁰³ seria o fato da vingança ser um sentimento próprio do indivíduo, inerente à natureza humana, de forma que *“(…) não será o Direito que irá apagar essa característica do ser humano. O que o Direito pode e deve fazer é conferir civilidade à reação ao injusto, para impedir ‘olho por olho’. E nada mais civilizado do que a aplicação de uma sanção pecuniária como retribuição pelo mal causado.”*

Quanto à pretensa instabilidade social e econômica, refutam-na os adeptos da função punitiva, aduzindo que não se pode admitir a preocupação com as eventuais conseqüências da punição, mas sim com seus efeitos primários sobre os indivíduos, de maneira que o valor de desestímulo teria

²⁰² W.Prosser, J. Wade e V. Schwartz. *Torts: cases and materials*, p. 561 *apud* Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa*, cit., p.33-34

²⁰³ André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 296

o condão de desencorajar a iniciativa de possíveis agressores, que sem a punição se vêem muito mais “protegidos” para a prática e reiteração da conduta ilícita que acarreta o dano moral.

Importaria ponderar ainda, que o aspecto econômico que figura ponto de insistente preocupação dos opositores não poderia ser mais importante que o *“núcleo central de toda a argumentação (e de todo sentimento) jurídica repousa em torno do homem e de sua dignidade, cuja valoração supera largamente as regras da oferta e demanda”*, segundo Ramón Daniel Pizarro²⁰⁴.

Por outro lado todas essas objeções econômicas e sociais não passariam de especulações, já que baseadas em suposições sem nenhum respaldo concreto, ou seja, com base em dados estatísticos a demonstrar que realmente a punição está presente em grande parte dos casos, de forma desmedida, a ponto de refrear a economia e o desenvolvimento social, causando impacto na empregabilidade e prejuízos aos próprios consumidores, que seriam prejudicados com o eventual repasse de responsabilidade, consistente na majoração dos preços das mercadorias e serviços.

Ademais, de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes²⁰⁵, poderia ser concebida em nossa doutrina e jurisprudência o apaziguamento da idéia punitiva, aplicando-se tal função somente como hipótese excepcional, ou

²⁰⁴ Ramón Daniel Pizarro, *Daño moral*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 389 *apud* André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p.298

²⁰⁵ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa*, cit., p. 330

seja, quando se verificar necessário dar uma resposta à sociedade “(...) *tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante ou insultuosa em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. O interesse protegido, o bem-estar da coletividade, justificaria o remédio (...).*”

Por fim, o risco de instabilidade social e econômica na realidade brasileira seria mínimo, pois ao contrário do sistema vigente no *common law*, em que a fixação da indenização é realizada por um júri, composto de pessoas leigas e sem a experiência de um juiz experiente, nosso sistema determina que é do juiz togado a competência para apreciar os fatos e julgar, fixando, por consequência, e ser for o caso, a indenização devida. Não se poderia negar que, embora existam disparidades quanto aos valores atribuídos nos casos judiciais, estaríamos livres dos julgamentos dotados de elementos passionais, face ao princípio da imparcialidade estabelecido pelo nosso ordenamento jurídico.

3.8. A natureza compensatória-punitiva dos danos morais

Da análise das duas teorias ou correntes doutrinárias assinaladas, quais sejam, da que encontra no dano moral a natureza de compensação para a vítima, e da punição, também conhecida como teoria do valor do desestímulo, chegamos a um ponto muito importante do estudo proposto, haja vista o objetivo proposto, qual seja, tratar dos critérios para fixação do dano moral.

Conforme verificado, as duas correntes, completamente antagônicas, apresentam razões e objeções convincentes, que profundamente estudadas pela doutrina e pela jurisprudência, levaram a maioria de nossos doutrinadores e juristas à conclusão de que nem uma, nem outra, poderia ser aplicada integralmente, haja vista a necessidade de se adaptar ao nosso sistema jurídico, à realidade brasileira e aos fundamentos da responsabilidade civil à luz da atualidade.

Surgiu, desta feita, uma terceira corrente doutrinária e jurisprudencial, que apontou para uma mesclagem das duas funções, de maneira que, para os seus adeptos, a indenização por dano moral, deve cumprir, conjuntamente, a função compensatória e a função punitiva, possibilitando, assim, o integral cumprimento da finalidade e dos fundamentos da responsabilidade civil.

Com efeito, a teoria reconhece que além da compensação do agravado, a indenização deferida deve estar revestida do caráter punitivo, desencorajando o ofensor, e muitas vezes, servindo de resposta à sociedade.

Interessante o magistério de Carlos Roberto Gonçalves²⁰⁶, nesse sentido, afirmando: *“Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do*

²⁰⁶ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 584

sofrimento havido, atua com sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.”

Na mesma linha Maria Helena Diniz²⁰⁷ ao aduzir que “(...) a reparação do dano moral não tem apenas a natureza penal, visto que envolve uma satisfação da vítima, representando uma compensação, ante a impossibilidade de se estabelecer perfeita equivalência entre o dano e o ressarcimento. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização, paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual, não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às conseqüências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranqüilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte seu sofrimento.”

²⁰⁷ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., 106-107

Adolpho Paiva Faria Júnior²⁰⁸, também adepto da teoria mista, esclarece no mesmo passo que *“É inevitável a especulação sobre uma outra natureza a ser emprestada à reparação por dano moral, ou seja, o seu caráter compensatório ou punitivo. O satisfativo ou compensatório, como acima, é de entendimento pacífico, mas o seu aspecto punitivo não pode ser esquecido, pois é justamente o que leva ao ofensor ensinamentos sobre uma melhor conduta, mais refletida, menos descuidada ou negligente. Toda diminuição de patrimônio, imposta a alguém, necessariamente, impõe-lhe uma maior reflexão de suas causas.”*

Mesma posição adota Caio Mário da Silva Pereira²⁰⁹, ao afirmar que *“Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’ para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter compensatório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.”*

Também para Américo Luís Martins da Silva²¹⁰ *“(…) a compensação do dano moral exerce nitidamente duas funções: a) a função de expiação (em relação ao culpado ou quem causa a lesão); e b) a função de satisfação (em relação à vítima ou ofendido (...)).”*

²⁰⁸ Adolpho Paiva Faria Júnior, op. cit., p. 70

²⁰⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade*, cit., p. 55

²¹⁰ Américo Luís Martins da Silva, *O dano*, cit., p. 62

Antonio Jeová Santos²¹¹ concorda com essa postura e esclarece que “A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, deve servir como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas. Conjuga-se, assim, a teoria da sanção exemplar à do caráter ressarcitório, para que se tenha o esboço do quantum na fixação do dano moral.”

Em consonância com a diretriz adotada pela doutrina, o posicionamento de nossos Tribunais tem demonstrado nítida adoção do caráter punitivo-compensatório para a indenização por dano moral. Veja-se a respeito, entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais Regionais:

“ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – PERDA DE FUNÇÃO DO BRAÇO – CIRURGIA MAL SUCEDIDA EM HOSPITAL PÚBLICO – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO.

- 1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir.*
- 2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova.*
- 3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais.*

²¹¹ Antônio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 162

4. Acórdão que fixou o valor do dano moral, à época, em aproximadamente 84 (oitenta e quatro) salários-mínimos que se mantém.

5. Recurso especial improvido.”

(STJ, 2ª Turma, REsp 696850/RO, Recurso Especial 2004/0149384-2, Relatora Ministra Eliana Calmon; j. 06.12.2005, DJ 19.12.2005, p.349)

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - QUANTUM ARBITRADO MODERADAMENTE – SENTENÇA CONFIRMADA - RECURSO DESPROVIDO. Tratando-se de acidente de trânsito, a responsabilidade civil, mais especificamente o dano moral, firma-se em três requisitos: o ato culposos do agente, o dano moral suportado pela vítima e o nexo causal entre o dano e a conduta culposa. Em relação a fixação do valor da indenização por dano moral, deve-se atentar para vários fatores, entre eles: a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo, etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante. Linear é a doutrina ao determinar que a reparação dos danos morais tem duas finalidades: indenizar pecuniariamente o ofendido, alcançando-lhe a oportunidade de obter meios de amenizar a dor experimentada em função da agressão moral, em um misto de compensação e satisfação e punir o causador do dano moral, inibindo novos episódios lesivos, nefastos ao convívio social.” (TJSC, Apelação cível 2005.003572-3, Rel.: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, J.: 02.08.2005)

“CIVIL- AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL- APELADA INDEVIDAMENTE INSCRITA NOS CADASTROS DO SERVIÇO DE

PROTEÇÃO AO CRÉDITO - SPC - INDENIZAÇÃO PELO DANO MATERIAL CORRETAMENTE FIXADA NA SENTENÇA - EM RELAÇÃO AO DANO MORAL O VALOR ARBITRADO NA DECISÃO HOSTILIZADA NÃO SE DEMONSTROU REPARATÓRIO PARA A APELANTE NEM PENALIZANTE PARA A APELADA - VALOR INDENIZATÓRIO ELEVADO PARA CINQUENTA VEZES O VALOR DA PRESTAÇÃO NEGATIVADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I) - A indevida inclusão da Apelante nos cadastros do Serviço de Proteção ao Crédito - SPC se afigura injusta em razão da Recorrente haver adimplido com suas obrigações perante a Apelada. No que tange aos danos materiais a decisão injuriada fixou corretamente o valor indenizatório. Quanto aos danos morais, merece reparo, pois o valor arbitrado naquele decisum não se harmonizou com a Teoria do Desestímulo, que reza que a indenização por dano moral deve ser reparatória, proporcionalmente ao dano sofrido, e penalizante, que tenha repercussão no patrimônio do ofensor que deve ser desencorajado a praticar condutas semelhantes, razão pela qual a verba indenizatória foi elevada para cinqüenta (50) vezes o valor da prestação negativada. II) - Indiscrepantemente, deu-se provimento parcial ao recurso.” (TJPE, Apelação Cível 83162-1, Des. Rel.: Siqueira Campos, 6ª Câmara Cível, j.: 17.09.2002, DJ 03.01.2003)

“RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA. QUANTIFICAÇÃO ADEQUADA. O banco procedeu a abertura de conta corrente e emitia talonário de cheques em nome da autora, sem o seu conhecimento e aquiescência, ensejando a inclusão indevida nos cadastros de inadimplentes, por devolução de cheques sem provisão de fundos e bloqueio de sua conta

*salário do Banerj, por determinação do Banco Central. Nesse contexto, afigura-se a responsabilidade civil objetiva da instituição financeira, por evidente defeito na prestação de serviço, fundada no art. 14, caput e parágrafo primeiro, da Lei n.º 8.078/90 e na teoria do risco empresarial, considerando que quem retira proveito de uma atividade de risco, com probabilidade de danos, obtendo vantagens, lucros, benefícios deve arcar com os prejuízos perpetrado. O dano moral decorrente da lesão de sentimento, bem integrante da personalidade da autora, violando o dever de respeito à honra, ao bom nome e a credibilidade da pessoa nas relações comerciais, resulta evidente ipso facto e, por isso, independe de prova específica. Não merece reparo o decreto monocrático com relação ao arbitramento da indenização por danos morais, considerando como parâmetros: o dano, a situação anterior (status quo ante financeiro e econômico das pessoas envolvidas as circunstâncias do caso e a gravidade da falta cometida pelo lesante. Em tais circunstâncias, a sanção dos danos morais decretada, no valor correspondente a 80 salários mínimos, guarda ampla compatibilidade com os princípios clássicos da razoabilidade, equidade, Justiça e de vedação do enriquecimento sem causa. Não obstante, converte-se a indenização em moeda corrente nesta data, incidindo correção monetária oficial (Prov. nº CGJ/RJ), desde então. Com efeito, a reparação dos danos e prejuízos não patrimoniais ancora-se nos princípios: a) *neminem laedere*; b) *restitutio in integro*; c) *id quod in interest* - restauração do interesse violado em quantum equitativo. No caso de danos morais, atribui-se a tônica ao princípio *id quod interest* ante a impossibilidade de restituição integral, na perspectiva das funções 1) punitiva - desestímulo - (*punitive damage*), na prática de ato ilícito; 2) compensatória, no caso de falta não intencional, cometida pelo lesante, e,*

3) *satisfatória - conferida ao lesado, pelo conforto da vitória da Justiça sobre a impunidade. DESPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS.* (TJRJ, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível 2004.001.00524, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j.: 27.04.2004)

“Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça "sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização" (4ª T., REsp nº 8.768-0/SP, rel. Min. Barros Monteiro). - Qualquer pessoa medianamente correta e consciente de seus direitos e deveres se sente ofendida e humilhada quando, após ter cumprido sua obrigação de pagar, ainda que com atraso, tem seu fornecimento de energia elétrica cortado. - A indenização por danos morais visa não somente reparar, ainda que minimamente, os danos experimentados pela vítima, mas, também, servir como fator de desestímulo ao agente, de forma a inibir a prática de novos atos lesivos - Ao se fixar o valor da indenização por danos morais deve-se, além de se procurar minimizar o sofrimento da vítima, constituir um fator de desestímulo ao agente, de modo a impedir-lhe a prática de novos atos lesivos.” (TJMG, Apelação Cível 1.0702.03.063917-4/001(1), Rel. Des.: Edivaldo George dos Santos, j.: 02.08.2005, DOE: 01.09.2005)

Não obstante a prevalência da dupla função, conforme se demonstrou, seus adeptos apontam para a necessidade de observação de alguns critérios para a aplicação do caráter punitivo, concluindo-se que, apesar de aceito, deve ser utilizado com reservas.

3.9. Critérios para aplicação da função punitiva

Para os doutrinadores brasileiros, dentre eles André Gustavo Corrêa de Andrade, Antônio Jeová Santos, Maria Celina Bodin Moraes e Wesley de Oliveira Louzada Bernardo Louzada, para a aplicação da indenização com caráter punitivo devem ser observados alguns pressupostos, dentre os quais podemos mencionar os seguintes:

3.9.1. Culpa grave do agressor

Não obstante a evolução do instituto da responsabilidade civil e a consagração da responsabilidade objetiva baseada no risco, a culpa do ofensor subsiste como fundamento geral para o dever de indenizar.

Para que seja reconhecida a indenização compensatória em favor do ofendido, bastará a verificação da ocorrência do dano e a culpa do agente, sendo indiferente para a fixação do *quantum* a avaliação do grau de culpabilidade que seja atribuído ao ofensor.

Vale dizer que seja leve, grave ou levíssima, detectada a culpa do agressor e a ocorrência do dano que afete os bens inerentes à personalidade do ofendido, a indenização será sempre devida, baseada na extensão do dano, buscando-se a satisfação da vítima.

Ao contrário, para a aplicação da função punitiva, é fundamental que seja estabelecido o grau de culpa do ofensor, de forma que essa penalidade ficaria reservada somente aos casos em que os danos decorressem de

dolo ou culpa grave, atuando o agressor com intenção lesiva ou com indiferença pelo direito alheio, rescindindo na conduta ilícita.

O dolo é a vontade consciente dirigida à produção de um resultado, podendo ficar caracterizado também, como dolo eventual, nas hipóteses em que o sujeito aceita e admite o risco de produzir o resultado lesivo. A culpa grave, por sua vez, pode ser caracterizada como o ato praticado com imprudência, negligência ou imperícia, em que o agente deixa de observar o dever mínimo de cautela que a todos incumbe, incorrendo em grosseira falta de atenção.

Para os adeptos da aplicação do caráter punitivo com reservas, referido caráter jamais somente poderia ser aplicado aos casos em que se evidenciasse a culpa leve ou levíssima, pois em tais casos não se justificaria as finalidades da punição, quais sejam, retribuir, dissuadir o ofensor e demonstrar total reprovabilidade da conduta. A culpa leve poderia ser identificada como a falta de observância de um cuidado ordinário, exigível do homem médio, e a culpa levíssima, identificada pela falta de observância de um cuidado extraordinário, próprio de um homem extremamente prudente.

Quanto à aplicação da função punitiva aos casos em que o agente atua com culpa grave ou dolo, assim é o magistério de Antonio Jeová Santos²¹²:
“(...) O repetidor, que não se cansa de irrogar a terceiros, conduta que, em sua gênese, origine danos morais, deve pagar mais do que aquele que somente por acaso e sem recidiva, incorre no ilícito. Uma maior

²¹² Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 160

indenização servirá para que o franco descumpridor de obrigações seja inibido em sua atividade que depaupera o íntimo do ser humano. A indenização, por conseqüência, pode ser elevada e ir mais além do que o menoscabo realmente causado, porque o magistrado considerará que, diante do dolo ou da culpa grave, ou da recidiva permanente, deve aplicar quantia mais elevada com aquele intuito sancionador. Somente assim, com um certo valor que castigue o comportamento doloso, poderão ser desmanteladas eventuais propostas de o ofensor continuar propagando danos morais.”

Matilde Zavala de Gonzales²¹³, citada por André Gustavo Corrêa de Andrade entende que para a aplicação da penalidade é indiferente a aferição subjetiva do grau de culpabilidade do agente, afirmando que *“Basta uma conduta objetivamente desqualificada do ponto de vista social, desvaliosa por inércia, indiferença até o próximo, desídia, abuso de uma posição privilegiada (...).”* Porém, ousamos discordar da assertiva, porque a aplicação generalizada da punição, sem aferição do grau de culpa do agressor poderia ensejar a injustiça e desequilíbrio das relações jurídicas. Outrossim, conforme apontado alhures, o objetivo da punição é penalizar a conduta totalmente reprovável, do agente que atua com desprezo aos direitos de outrem e que não se incomoda com as reincidências, o que não se justifica nos casos de culpa leve ou levíssima.

²¹³ Matilde Zavala Gonzalez, *Resarcimiento de daños. Pressupuestos y funciones del derecho de daños*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, v.4, p. 580.

3.9.2. Responsabilidade objetiva

Os casos de responsabilidade objetiva estariam dispensados da aplicação da função punitiva, porquanto em tais ocorrências não se verifica a culpa do ofensor para o deferimento de indenização, mas tão somente o risco que sua atividade proporciona. São os casos previstos em lei, caracterizados por fato de terceiro (artigo 932 do Código Civil) ou por fato das coisas e dos animais (artigos 936, 937 e 938 do Código Civil).

A punição somente seria justificável se, mesmo objetiva a responsabilidade, a culpa grave do responsável ficasse comprovada. André Gustavo Corrêa de Andrade²¹⁴ ao tratar do dano moral praticado por empregados ou prepostos, no exercício de suas atividades aos seus empregadores, exemplifica aduzindo que *“(...) Assim, por exemplo, quando demonstrado que aqueles que agiram autorizados por estes ou seguindo suas instruções; ou quando tiver o empregado sido incumbido de função para a qual não estava devidamente qualificado (...).”*

Antonio Jeová Santos²¹⁵ complementa nesse sentido ao esclarecer que *“Poder-se-ia objetar que nos casos de dano moral em que não há culpa, em que a responsabilidade é objetiva, o caráter ressarcitório sobressai em toda a sua grandeza, porque nesta hipótese não se valora a conduta do agressor. Nem por isso, a conjugação do efeito desestimulador com o ressarcitório, deve ser abandonada (...).”*

²¹⁴ André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 289

²¹⁵ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 163

3.9.3. Caráter punitivo como exemplo à sociedade e nos casos de danos difusos ou coletivos

Além das exceções apontadas, Maria Celina Bodin de Moraes²¹⁶, aponta maiores restrições para o reconhecimento da função punitiva, entendendo que embora aplicável, deverá ser admitida somente nos casos de extrema relevância social, para que se assegure um exemplo à sociedade, ou ainda, nos casos em que grande número de pessoas são agredidas, como ocorre ordinariamente nas relações de consumo de no Direito Ambiental.

Justifica a autora que “É de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de confuta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der ao caso, não incomum, de prática danosa reiterada. (...) É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido.”

²¹⁶ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa*, cit., p. 263

3.9.4. Demais ressalvas doutrinárias

Outras ressalvas quanto à adoção da função punitiva são apontadas pelos doutrinadores brasileiros, podendo-se mencionar as elencadas por Wesley de Oliveira Louzada Bernardo²¹⁷, para quem a indenização punitiva somente poderia ser aplicada nos casos previstos em lei e apenas nos casos em que o dano caracterizar-se causa de lucro para o ofensor.

Assim se manifesta o autor: “(...) Entretanto, há que se observar alguns pontos: A) Necessidade de fixação legislativa: para a adoção dos danos punitivos, tendo em vista seu caráter de penalidade, entendemos imprescindível a edição de Lei autorizativa, dando ao juiz esta possibilidade e fixando seus estritos limites de atuação; B) Fixação, em lei, do caso-tipo: entendemos que em uma única circunstância se justificaria a adoção dos danos preventivos, qual seja, naqueles casos em que o dano constituir-se em causa de lucro para o ofensor. Tal se verifica em casos, por exemplo, de danos morais causados por veículos de comunicação, quando, no mais das vezes, mesmo após a indenização de caráter compensatório o veículo de comunicação experimenta lucro, consistente no aumento das vendas de exemplares (no caso de jornais e revistas) e conseqüente aumento no faturamento de anúncios publicitários (...);”

²¹⁷ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *Dano moral*, cit., p. 179-180

3.10. Da superação doutrinária acerca da dúplice função da indenização e da problemática em torno dos critérios para avaliação do dano moral

Já afirmamos anteriormente que a doutrina dominante e a jurisprudência de nosso país se curvou à conjunção dos dois critérios, compensatório e punitivo, para a fixação da indenização por dano moral. Complementamos o estudo com as ressalvas apresentadas por alguns estudiosos quanto à aplicação da função punitiva.

Em que pese termos avançado grande passo segundo o objetivo que pretendemos alcançar, inegável que as teorias apresentadas, por si só e na prática vivenciada em nossos Tribunais, não se mostram suficientes para revelar o *quantum* indenizatório devido nos casos concretos em que são discutidas as práticas de dano moral.

Nos valem aqui e para introduzir a discussão acerca dos critérios para a fixação do valor indenizatório, do ensinamento de Antonio Jeová Santos²¹⁸ que afirma nesse sentido que *“Muito embora esse critério duplo seja o adequado, o problema da indenização do dano moral não fica superado. Enquanto essas teorias ficam no âmbito da especulação, sem o trepidar do dia-a-dia, é inegável o mérito. Porém, não são suficientes para encontrar-se o quantum relativo ao ressarcimento. Ditos critérios servem como ponto de partida para o correto encaminhamento do pensamento na direção do montante a ser fixado. Porém, não é o local de chegada. Não será a*

²¹⁸ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 164

admissão de qualquer teoria que fará o juiz saber se fixou a indenização adequada, reduzida ou elevada.”

Diante da dificuldade de se proceder à reparação *in natura* em se tratando de danos morais, diante da dificuldade das partes chegarem a uma composição amigável quanto ao valor a título de indenização por danos morais, bem como à falta de critérios legais que orientem para a fixação do montante indenizatório, nos informa a realidade que o juiz tem em suas mãos a difícil tarefa de atribuí-lo, valendo-se de critérios subjetivos, avalizados pela doutrina e jurisprudência, inclusive no que diz respeito à aplicação da função punitiva, haja vista a ausência de previsão legal expressa sobre o assunto, embora se defenda que nossa legislação constitucional e civil admitem a indenização ampla, tanto porque se trata de ofensa a princípio consagrado pela Constituição Federal, qual seja, a dignidade humana, como em razão da norma material, posto garantir ao lesado a indenização que lhe seja mais favorável.

Diferentemente dos danos materiais, em que é possível a aferição precisa do prejuízo sofrido pela vítima, com a conseqüente reparação *in natura*, o mesmo, geralmente, não ocorre com o dano moral, posto não haver fórmula ou receita matemática que possibilite aferir com exatidão o sofrimento ou os efeitos dele decorrentes sobre o agravado, transformando-o em indenização pecuniária.

Não há no Direito Civil, como ocorre com o tratamento dado aos crimes no Direito Penal, um dano moral que corresponda à uma pena, estabelecida no mínimo e máximo, por meio do qual o juiz tem os parâmetros para a

fixação do valor a título de indenização. Da mesma forma, não há tabela de tarifamento dos danos. O que verificamos na prática e na atualidade, na maioria dos casos e como já afirmado, nada mais é do que o prudente arbítrio do juiz, a quem devemos confiar as causas, aguardando sejam apreciadas e julgadas com maior proximidade do ideal, sem prejuízos à vítima e ao agressor, dentro dos princípios do equilíbrio, da razoabilidade, da proporcionalidade e da segurança jurídica, além de outros critérios subjetivos adotados pela doutrina e jurisprudência pátria, conforme se verá a seguir.

Todavia, embora a prática nos informe que o critério do arbitramento judicial prevalece entre nós, outros permanecem como objeto de discussão e de sugestão por parte de doutrinadores e legisladores, na busca de solucionar o problema de sua avaliação.

Américo Luis Martins da Silva²¹⁹ aponta as modalidades para a reparação do dano moral, quais sejam: “(...) *por acordo entre o ofensor e o ofendido, ou por quem a obrigação de indenizar e o ofendido (reparação convencional) – reparação cujo quantum é fixado pela vontade dos interessados); b) em alguns casos, por determinação de lei (reparação legal – reparação cujo quantum é fixado na lei); e por arbitramento admitido em sentença judicial (reparação judicial – reparação cujo quantum é fixado por sentença judicial).*” Wesley de Oliveira Louzada Bernardo²²⁰, inclui entre as modalidades, o que intitula de ‘tabelamento judicial’. Entre outros,

²¹⁹ Américo Luis Martins da Silva, *O dano moral*, cit., p. 371

²²⁰ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *Dano moral*, cit., p. 157

Nehemias Domingos de Melo²²¹, ao tratar da fixação do *quantum indenizatório*, anota, ainda, a modalidade da reparação *in natura*.

Todas as modalidades mencionadas serão a seguir apresentadas, de forma a possibilitar uma definitiva conclusão acerca de qual seria o critério mais apropriado para a fixação do montante indenizatório.

3.10.1. Reparação *in natura*

A reparação *in natura*, conforme já ilustrado, é a modalidade pela qual se restitui ao lesado o *statu quo ante*. Referida modalidade, para a doutrina dominante, seria a forma mais perfeita de recomposição do dano moral e deveria ser observada antes de se verificar a sua inviabilidade e decidir-se pela fixação de indenização em pecúnia.

Nesse sentido, se manifesta Américo Luís Martins da Silva²²², mencionando que “(...) a reparação do dano moral constitui um problema que deve ser solucionado pela reparação *in natura* nas hipóteses em que a reparação pode assumir aspecto não pecuniário, principalmente quando utilizada para fazer cessar a ocorrência do dano moral (publicação de resposta, carta de boa referência, realização de matrimônio etc.) e pela compensação pecuniária nas hipóteses em que a reparação não pode assumir aspecto *in natura*, principalmente quando utilizada para compensar danos morais já consumados no passado.”

²²¹ Nehemias Domingos de Melo, *Dano moral: problemática: do cabimento à fixação do quantum*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, cit., p. 163

²²² Américo Luís Martins da Silva, *O dano moral*, cit., p. 306

Ocorre que, conforme já ilustrado anteriormente, a reparação *in natura*, nos casos em que se discute o dano moral, nem sempre é possível de verificarse, apresentando-se viável em hipóteses bastante restritas, como acontece, por exemplo, com a retratação de notícia difamatória ou injuriosa, não sendo possível, por outro lado, na maioria dos casos em que se verifica a agressão aos demais direitos da personalidade.

Não obstante seja a melhor maneira para que se verifique a reparação do dano moral, a maioria dos doutrinadores entende que a reparação natural não exclui o direito do lesado de postular a reparação pecuniária por equivalência. O fundamento encontra amparo, no sentido de que mesmo com a restituição ao estado anterior, os efeitos da ofensa podem alcançar propagação e podem permanecer no ofendido, refletindo em outros setores de sua vida, como a vida privada e a vida profissional. É o que ocorre com a notícia que difama injusta e publicamente uma pessoa ou uma empresa, que ainda que se cuide de retratar, não apaga os seus efeitos no estado de ânimo do ofendido e perante a sociedade.

Oportuna, nesses termos, a lição de André Gustavo Corrêa de Andrade²²³, que afirma: *“Em caso de ofensa à honra por meio da imprensa, a vítima pode obter a publicação de uma retratação do ofensor no mesmo jornal e com o mesmo destaque dado à ofensa. Pode, ainda, publicar uma réplica ou a sentença condenatória do autor à custa deste. Mas essa reparação, justamente porque atua apenas sobre as conseqüências externas do dano moral e, mesmo assim, sem que haja segurança acerca de sua eficácia, não dispensa a indenização em dinheiro.”*

²²³ André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit. p. 148

A propósito o entendimento de Antonio Jeova Santos²²⁴ a respeito: *“A retificação da publicação que atingiu a honra de alguém, tanto pode ser tida como suficiente e apta para borrar a aleivosia, como não. A publicação da retificação, ou da resposta, não inibe, nem impede o pedido de ressarcimento, mas é uma hipótese de ressarcimento in natura do dano moral. Essas diferentes formas de reparação não se excluem.”*

Podemos mencionar também como exemplo de caso em que a reparação natural não se mostra como recurso para neutralizar totalmente o prejuízo sofrido pela vítima, uma pessoa que tenha sofrido agressão física em sua face, que resultou em deformidade. Embora se possa submetê-la, à custa do ofensor, a um procedimento de cirurgia plástica, a vítima, certamente, continuará a sofrer em seu estado anímico os efeitos da lesão. Poderá, ainda, sofrer conseqüências de ordem externa, em suas relações sociais e em suas atividades profissionais, principalmente, se sua beleza física for fator preponderante para o seu trabalho, como acontece com as modelos e atrizes.

Em que pese compartilharmos do entendimento apresentado, há quem se contraponha, como se observa do posicionamento adotado por Mirna Cianci²²⁵. Assim se coloca a autora: *“Na verdade, insta traçar paralelo com o dano material, que, recomposto, representa integral satisfação, não gerando direito a qualquer adicional, senão à conta do ilícito enriquecimento do credor. Não decidiu sob esse parâmetro o E. Superior*

²²⁴ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 155

²²⁵ Mirna Cianci, *O valor da reparação moral*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61

Tribunal de Justiça, ao conferir à vítima de publicação pela imprensa de notícia difamadora, indenização por dano moral e direito de resposta, revelando-se verdadeiro bis in idem.”

A crítica que se faz ao alegado é a de que não há como se comparar o dano moral com o dano meramente material, haja vista possuírem naturezas diversas, de forma que o primeiro atinge bem material, passível de estrita avaliação ou restituição, por meio da entrega da coisa afetada à vítima ou equivalente reparação em dinheiro, enquanto que, o segundo, atingindo bem ideal, impede a reparação de forma específica, restando apenas a possibilidade de concessão dos sucedâneos ou derivativos através da indenização pecuniária.

É claro que não podemos deixar de anotar, que na hipótese de efetivação da reparação natural, o juiz deverá considerar a conduta do ofensor, a fim de fixar o montante indenizatório de forma mais justa.

3.10.2. Reparação convencional

A reparação convencional ocorre nos casos em que as partes envolvidas resolvem, por meio de composição amigável, qual será o *quantum* indenizatório para a vítima.

Embora seja uma modalidade adequada, haja vista o montante da indenização ser objeto de decisão dos próprios envolvidos, presumindo-se que fiquem satisfeitos com o resultado obtido, a realidade indica que

poucas são as chances de transação entre as partes quando a questão se volta aos danos morais.

É o que se infere da ponderação feita por Antonio Jeová Santos²²⁶, conforme se observa: *“A incerteza que grassa nesse campo, impede acordos. É quase nula a transação em pedidos de indenizações por danos morais. Como nada existe de certo, as partes ficam sem saber qual o valor justo para minorar a dor espiritual padecida pela vítima. Ora o autor pede quantia fora dos padrões normais, ora é o réu que se recusa a pagar a quantia pedida por entender que o valor é muito superior ao que vale o menoscabo espiritual do ofendido.”*

No entanto, acrescenta Leonardo A. Colombo²²⁷ que *“(...) quando há seguro, aumentam as possibilidades da reparação convencional. Via de regra, a companhia seguradora toma a iniciativa de promovê-la. Mas se a vítima não concordar com a estimativa a que procede habitualmente o segurador, ou preferir dirigir-se ao ofensor, outro recurso não tem que a via judicial.”*

Denota-se do exposto, que embora adequado, o critério se apresenta restritivo às situações em que as partes aceitam, cada qual de seu lado, abrir mão de seus interesses, transacionando direitos, em vez de submeter a questão à apreciação judicial.

²²⁶ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 150

²²⁷ Leonardo A. Colombo, *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*. 2 ed. Buenos Aires: TEA. 1947, p. 793, *apud* Américo Luis Martins da Silva, *O dano moral*, cit., p. 372

3.10.3. Arbitramento judicial e critérios apontados pela doutrina e jurisprudência para a fixação do valor indenizatório

O arbitramento, ou de acordo com Américo Luis Martins da Silva²²⁸, a reparação judicial, ocorre “(...) nos casos em que a prestação de indenizar é delimitada por sentença judicial, ou seja, se as partes interessadas na fixação em funções dos elementos constitutivos da composição não chegam a um acordo e têm de recorrer ao arbitramento judicial para tornar líquida a prestação.”

No campo de danos morais, o arbitramento judicial é a modalidade que tem maior aplicação, encontrando-se previsto em lei. Segundo Américo Luis Martins da Silva²²⁹, “O art. 946 do Código Civil de 2002 dispõe que ‘se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplemento, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar’. E a lei processual atualmente em vigor estabelece que ‘far-se-á a liquidação por arbitramento quando: I – determinado pela sentença ou convencionado pelas partes; II – o exigir a natureza do objeto da liquidação’ (art. 606 do Código de Processo Civil). Portanto, quando a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a reparação devida pelo inadimplemento, a indenização ou compensação (reparação civil) deve ser fixada por arbitramento ou por artigos, na forma dos arts. 607, 608 e 609 do Código de Processo Civil, com as alterações determinadas pela Lei 8.898, de 29.06.1994.”

²²⁸ Américo Luis Martins da Silva, *O dano moral*, cit., p. 373

²²⁹ Américo Luis Martins da Silva, *O dano moral*, cit., p. 376

Para o arbitramento judicial, o magistrado poderá se valer do auxílio de peritos judiciais, especializados tecnicamente com relação à matéria debatida nos autos, porém, para sua decisão e fixação do *quantum* indenizatório, o juiz não fica adstrito ao que o laudo pericial concluir, consoante previsão constante do art. 436 do Código de Processo Civil.

Geralmente, nos casos em que discute a existência de dano moral decorrente de lesões à integridade física da pessoa, nas quais o juiz procura avaliar a extensão do dano, sob o ponto de vista quantitativo, socorre-se do auxílio técnico de um perito. É o que ocorre, por exemplo, com um destro que teve os movimentos de sua mão direita inutilizados por conduta lesiva de outrem. Para avaliar a extensão do prejuízo, verificando os seus reflexos nos demais setores da vida do ofendido, como em sua vida profissional, por exemplo, pode o magistrado convocar um médico especializado, que declinará se a lesão é temporária ou definitiva, impossibilitando ou não o exercício de suas atividades laborais. Também pode se valer do auxílio de um psiquiatra para avaliar eventuais traumas ou reflexos da lesão sofrida, por exemplo, em caso de estupro.

Esse mecanismo que a lei confere para a hipótese de arbitramento judicial, qual seja, conferir os elementos técnicos e científicos para que o juiz possa decidir a causa, sem dúvida, é um grande auxiliador para que o magistrado possa alcançar uma decisão mais próxima do ideal de justiça.

Não se trata de transferência de competência para peritos decidam o valor do dano moral, como afirmam alguns na intenção de apontar descrédito ao

arbitramento judicial como melhor forma de avaliação e liquidação, mas sim de acrescentar aos motivos de convencimento do juiz o parecer emitido por um especialista, para que ele, pautado nos elementos constitutivos de sua convicção e nos eventuais parâmetros ditados por lei, possa decidir da melhor forma possível.

Mencionamos que nossa legislação não aponta parâmetros numéricos que sirvam de suporte para as decisões judiciais nos casos em que são avaliados e valorados os danos morais. Frente a isso, o magistrado age dentro de seu prudente arbítrio, revestido de especial dificuldade, porquanto auxiliado por critérios subjetivos, que se solidificaram doutrinária e jurisprudencialmente. Referidos critérios, confiados ao prudente arbítrio do juiz, em que pesem louváveis e preciosos para todo o ordenamento, necessitam de alguns contornos importantes, para que na prática, possam ser considerados, em conjunto, como o melhor caminho para a fixação da indenização por dano moral.

Celina Maria Bodin de Moraes²³⁰ aponta que *“com poucas variações, podem ser considerados aceites os seguintes dados para a avaliação do dano moral: (i) o grau de culpa e intensidade do dolo do ofensor (a dimensão da culpa); (ii) a situação econômica do ofensor; (iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); (iv) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica e v) a intensidade de seu sofrimento.”*

²³⁰ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa*, cit, p. 296-297

Wesley de Oliveira Bernardo Louzada²³¹, por sua vez, aponta que o arbitramento judicial “(...) segue uma série de fatores, tais como a extensão do dano, o grau de culpa do agente, a penalização do agente, a situação econômica das partes, a razoabilidade e proporcionalidade.”

Sidney Hartung Buarque²³², na mesma linha, acentua que “Assim, visto o caráter reparatório do dano moral em relação à vítima e ao agente, recomendam-se critérios para se obter o justo valor indenizatório. Neste aspecto, deve-se levar em conta a gravidade do dano e a capacidade da vítima para o arbitramento do quantum indenizatório, de um lado, e do outro lado, o grau de culpa do agente e sua possibilidade econômica de responder pelo valor arbitrado. Na adequação dessas circunstâncias, poderá se atingir um valor que se considere em sintonia com o caso concreto.”

De maneira similar, Rui Stocco²³³ aponta as seguintes regras para a aferição do montante indenizatório:

- “a) o magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;
- b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
- c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;

²³¹ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *Dano moral*, cit., p. 118

²³² Sidney Hartung Buarque, *Da demanda*, cit., p. 73

²³³ Rui Stocco, *Responsabilidade*, cit., p. 816.

- d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;
- e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio, através do critério equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação socioeconômica de ambos;
- f) na indenização por dano moral o preço e 'afeição' não pode superar o preço de mercado da própria coisa;
- g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;
- h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente.”

Maria Helena Diniz²³⁴, no nosso entendimento, de maneira mais completa, aborda as seguintes regras a serem seguidas para a fixação do *quantum* indenizatório:

“a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícita 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

²³⁴ Maria Helena Diniz, O problema da liquidação do dano moral e dos critérios para a fixação do *quantum* indenizatório, In: *Atualidades Jurídicas*, São Paulo, Saraiva, 2000, v. 2, p. 266

conceder a uma vítima rica indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;

- b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;*
- c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e natureza da lesão;*
- d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;*
- e) atentar para as peculiaridades do caso e para o 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;*
- h) levar em conta o contexto econômico do País; no Brasil não haverá lugar para indenizações de grande porte, como a vista nos Estados Unidos;*
- i) verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante;*
- j) basear-se em prova firme e convincente do dano;*
- k) analisar a pessoa o lesado, considerando a intensidade de 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 do caso sub judice (LICC, art 5), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade.”*

Concluindo a doutrinadora se manifesta alertando que *“na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom-senso e*

moderação (CC, art. 944), proporcionalmente ao grau de culpa, sendo caso de responsabilidade civil subjetiva, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso sub examine.”

Da exposição, denota-se que os critérios apontados, embora uns se mostrem mais completos que outros, não sofrem maiores alterações entre os doutrinadores, acontecendo o mesmo entre nossos julgados. São sempre utilizados em conjunto, para fins de motivação e fundamentação para a fixação do valor indenizatório, embora alguns autores, entre eles Maria Celina Bodin de Moraes e Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, defendam que na maioria dos casos padeçam de real e suficiente explanação dos motivos de seu convencimento, bem como dos motivos lógicos que levaram o magistrado a conceder uma determinada importância e não outra, muitas vezes rechaçando aquela postulada pela vítima.

a. Dimensão da culpa do ofensor

Conforme já explicitado anteriormente, muitos autores, entre eles Maria Helena Diniz, Antonio Jeová Santos, André Gustavo Correa de Andrade e Sidney Hartung Buarque entendem que o grau de culpa do agressor deve figurar como um dos aspectos para a valoração do *quantum* indenizatório, posição com a qual não concordam Maria Celina Bodin de Moraes e Wesley de Oliveira Louzada Bernardo.

Para aqueles que entendem que a dimensão da culpa é essencial para a aferição do valor indenizatório, o principal argumento é o de que somente os atos praticados com dolo ou culpa grave devem ser relevados para fins de aplicação de punição exemplar, não devendo incidir, no entanto, nos casos em que a culpa for caracterizada como leve ou levíssima.

Os defensores da verificação do grau de culpa são também defensores, ferrenhos ou moderados, da aplicação da indenização punitiva, daí porque se preocupam com a culpabilidade do agressor, de forma que será majorada conforme se verifique maior grau de reprovabilidade na conduta. Seria injusto que alguém que atuou com prudência extraordinária ou fora dos parâmetros conhecidos pelo homem médio, fosse penalizado além da compensação da vítima.

Outro argumento dos adeptos do exame da dimensão da culpa é o de que somente com a utilização desse critério é que seria possível prevenir os danos morais com maior eficiência, pois sabedores de que a reprovabilidade da conduta seria aferida, os agressores estariam menos dispostos a praticá-los ou reiterá-los.

Os opositores desse critério apresentam algumas justificativas. As duas primeiras seriam de ordem legal. O artigo 944 do Código Civil seria enfático ao dispor que a reparação mede-se pela extensão do dano, demonstrando a intenção do legislador no sentido de que o fundamento da responsabilidade civil seria compensar a vítima, colocando-a em lugar de destaque, e não a pessoa do ofensor, quando se trata de aplicar a parcela punitiva.

Também o parágrafo único do mesmo artigo citado, ao estabelecer que “*Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização*”, possibilitaria tão somente a redução e não a majoração da condenação, de forma que não estaria autorizada a indenização punitiva, e por via de conseqüência, inócua seria a avaliação da gravidade da conduta do ofensor.

Em sentido contrário, André Gustavo Corrêa de Andrade²³⁵ rebate a argumentação e aponta que “*A exceção trazida pelo parágrafo único do art.944, pelo qual o juiz poderá reduzir eqüitativamente a indenização em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e do dano, rompe com longa tradição civilista pátria, conferindo relevância à culpa do agente como critério para a estimativa do montante indenizatório.*”

Ainda, conquanto humildemente não concordemos com a assertiva por entendermos lhe faltar justificativa plausível, afirma Wesley de Oliveira Louzada Bernardo²³⁶ que “*(...) o grau de culpa e extensão do dano são opostos e mutuamente excludentes. Ou se repara tendo em vista a gravidade extensão do dano ou se repara tendo em vista a gravidade da culpa. E entendemos que a extensão do dano é parâmetro muito mais eficaz.*”

Na verdade, aos nossos olhos, não há fundamento que ampare a alegada exclusão mútua, havendo sim, ampla afinidade dos dois fatores, quais

²³⁵ André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 250

²³⁶ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *Dano moral*, cit, p. 171

sejam, da extensão do dano e da aferição da gravidade da conduta do ofensor, já que os dois critérios buscam fins que se complementam, a compensação e punição, tendo o principal objetivo de satisfazer integralmente a vítima e dar uma resposta ou exemplo à sociedade.

Por último, aqueles que se opõem à aferição da culpa, fundamentam sua discordância, afirmando que independentemente do grau de culpa do agente, caberia sempre a indenização de toda a extensão do dano, mesmo sendo a culpa leve ou levíssima, posto que, mesmo em tais hipóteses, há a possibilidade do dano gerado ser considerado grave ou gravíssimo.

Nesse aspecto, também temos que discordar do argumento, haja vista o critério em análise ter como objetivo a aferição da reprovabilidade da conduta do agressor e não a extensão do dano. Por óbvio que se ofensa for de grave alcance, o magistrado terá nesse aspecto um dos pontos de apoio para a fixação da indenização, critério este que embora deva ser analisado em conjunto com os demais, se revela independente da verificação da gravidade do dano.

No entanto, não podemos deixar de anotar que a regra não pode ser observada de maneira rígida, devendo o magistrado, pautado na sua sensibilidade e experiência comum, averiguar em que condições a culpa leve ocorreu. Assim, por exemplo, no caso de uma empresa conhecida nacionalmente, que tem por hábito lançar os nomes de seus consumidores no rol dos maus pagadores, sem análise prévia dos casos concretos, sua culpa, em regra, considerada leve, passaria a ser enquadrada como grave,

levando-se à aplicação da indenização punitiva com o fito de dissuadir e prevenir novos danos à sociedade.

b. Extensão do dano

A extensão do dano, ou seja, sua gravidade e conseqüências para a vítima aparecem como mais um critério analisado pelo juiz a fim de quantificar a indenização pelo agravo moral devido. Nesse sentido, embora se apresente como critério consagrado pela doutrina e jurisprudência, o próprio Código Civil tratou de estampá-lo em seu art. 944, que estabelece que: *“A indenização mede-se pela extensão do dano.”*

Equivale dizer que, na avaliação do caso concreto, o magistrado deve estar atento a fim de satisfazer ou compensar a vítima, concedendo-a indenização mais próxima do ideal, já que o dano moral é insuscetível de valoração por equivalência, como acontece com dos danos materiais.

Referido critério é aceito unanimemente entre os doutrinadores e adotado na totalidade dos julgados, já que é pacífico o entendimento de que o principal fundamento da responsabilidade civil é a satisfação da vítima, levando-se em conta a extensão do dano que sofreu, sendo o critério punitivo, para os seus defensores, o seu complemento, com o sentido de prevenção e punição, levando-se em conta a gravidade da conduta do agressor.

A medida da extensão do dano pode ser aferida à luz de vários aspectos. Ensina Wesley de Oliveira Bernardo Louzada²³⁷ que “O primeiro e mais evidente é o aspecto da dignidade humana atingido”. Nesses termos a observação do magistrado deverá ser feita levando-se em conta a gradação entre os direitos da personalidade envolvidos, conquanto essas gradações possam experimentar variações de acordo com os costumes, cultura do local e experiência comum. Poderíamos mencionar como exemplo a exposição da honra e imagem de uma pessoa, que ficaria superada por uma lesão à sua liberdade sexual ou uma lesão à sua integridade física com a perda de um membro ou deformação permanente.

A avaliação da gradação em um determinado território, onde são conhecidos os seus valores, geralmente ocorre com uniformidade entre os magistrados, haja vista a sensibilidade se apresentar, senão equivalente, bastante semelhante a todos julgadores.

O segundo aspecto para fins de avaliação da extensão do dano, apontado pelo autor, é a dimensão temporal da lesão, sua transitoriedade ou definitividade para a vítima.

Um dano físico que não incapacita totalmente a vítima para o exercício de suas atividades laborais, portanto, caracterizada como temporária, certamente, será superada por uma incapacidade definitiva que a impedirá de exercer sua profissão. O mesmo se diga de um dano público à honra, que tenha sido objeto de retratação por parte do ofensor e um dano à honra, da mesma natureza, sem qualquer reparação. No caso, a retratação

²³⁷ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *Dano moral*, cit. p. 166

pode apagar mais brevemente as marcas e as más recordações da notícia veiculada, embora muitas vezes não seja suficiente para reparar o mal sofrido. Todavia, dentro do aspecto sugerido, qual seja, o tempo de duração do dano, não há como negar que o dano retratado mostra-se mais passageiro para o agravado que a lesão sem correção da notícia desonrosa.

Na seqüência sugerida, o último aspecto mencionado seria a avaliação da repercussão do dano, repercutindo muito mais, certamente a lesão veiculada em rede de televisão do que aquela que se restringe ao âmbito familiar. Nesse sentido, podemos enunciar julgado proferido em Apelação Cível julgada pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 07 de agosto de 2002, tendo como Relator o juiz Nagib Slaibi Filho²³⁸, em que figurou como vítima de ofensa à honra e imagem o então Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio de notícia veiculada em jornal de grande circulação e disponibilizada na internet em site de grande prestígio. O trecho do voto que considerou a avaliação da repercussão do dano merece transcrição:

“(...) Nessa perspectiva, levando em conta os elementos que avultam no caso, passa-se ao arbitramento da quantia com a qual se pretende reparar a lesão à personalidade moral do ofendido.

Inicia-se com a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), equivalentes na data do julgamento a cem salários mínimos, verba que comumente este órgão fracionário estabelece para a reparação do dano moral sofrido em

²³⁸ Nagib Slaibi Filho, *Arbitramento de dano moral pelo abuso do direito de informação em sítio da Internet*. Acessado em 06. fev. 2006, Disponível em <www.nagib.net>

decorrência de danos morais ao consumidor por indevida anotação no cadastro de inadimplentes.

Aumenta-se de outro tanto, considerando o nível social ocupado pelo ofendido, integrante do mais alto grau da carreira do Ministério Público estadual, instituição essencial à Administração da Justiça e ao Estado Democrático de Direito.

Concede-se outro tanto, pois o ofensor é jornalista que se tornou verdadeiro ícone da sua profissão, com relevantes serviços prestados e com a alta credibilidade que inspira aos cidadãos.

Mais vinte mil reais porque a expressão abafador de escândalos se mostra altamente ofensiva a um membro do Ministério Público, a quem incumbe constitucionalmente a titularidade das ações penais públicas.

E mais vinte mil reais em face do extraordinário alcance do sítio www.no.com.br, como nele ainda consta ao ser acessado pelo signatário durante o julgamento: Ao longo de dois anos, www.no.com.br tornou-se o endereço jornalístico de maior prestígio na Internet brasileira e alcançou marcas de mais de 1.500.000 pageviews mensais, apesar de jamais ter feito qualquer campanha publicitária.

*Ante tais considerações, arbitrava em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a reparação da ofensa moral sofrida pelo terceiro apelante e que deve ser suportada solidariamente pelos primeiro e segundo apelantes, contando-se juros à taxa legal e correção monetária a partir da data do julgamento em atenção à vetusta regra *in iliquidis non fit mora* (...).”*

Na hipótese a repercussão do agravo se deu em âmbito nacional, por meio de imprensa escrita, acessível a um grande número de leitores,

diferentemente se ocorresse sem exposição na mídia, mas tão somente e diretamente à vítima.

c. Nível econômico do ofensor e da vítima

Mais um critério adotado pela jurisprudência e doutrina ao apontar os meios pelos quais se verifica possível a aferição do valor do dano moral é o porte econômico das partes envolvidas, a vítima e o agressor.

O critério estaria pautado na preocupação de observar as possibilidades financeiras do ofensor, evitando-se a sua ruína decorrente da fixação de indenização “exagerada”, e o porte econômico da vítima, buscando impedir o enriquecimento sem causa.

Maria Celina Bodin de Moraes²³⁹ explicita que “(...) o critério do porte econômico da vítima é o que mais controvérsias enseja.”

De fato, pelo critério sugerido, a fixação da indenização deveria ser feita levando-se em conta a situação econômica do ofendido, de forma que, segundo os ensinamentos da autora²⁴⁰ “(...) tem o efeito de atribuir menos a quem tem menos, e mais a quem tem mais.”

Este, porém, não é o entendimento de Rodrigo Mendes Delgado²⁴¹ para quem a indenização não deve proporcionar “(...) à vítima, todavia, um valor exorbitante e divorciado da realidade, o que seria um enriquecimento ilícito

²³⁹ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa*, cit., p. 298

²⁴⁰ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa*, cit., p. 298

²⁴¹ Rodrigo Mendes Delgado, *O valor*, cit., p. 377-378

e indevido, que ocasionaria ao ofensor sua ruína, por meio de valores estratosféricos e irreais, totalmente em descompasso com a realidade da própria sociedade brasileira. Se isto ocorrer, não se estará diante de um processo para reparação de danos, mas sim, de um processo cujo único resultado é inverter o papel dos contendores. Aquele que figurou como vítima, agora se torna ofensor, e o ofensor se torna vítima, pois o arbitramento de um valor milionário que propicie o enriquecimento indevido de uma parte e a ruína da outra, é um expediente contraproducente e que gera danos muito maiores do que o dano original. Em suma, é pagar um dano com outro dano. Assim, a necessidade da ponderação, do bom senso, se impõe.”

Contrariamente também se manifesta Carlos Roberto Gonçalves²⁴² afirmando que *“O critério de se levar em consideração, no arbitramento do quantum, causa, a princípio, certa perplexidade, podendo ser indagado em que medida teria influência sobre a dimensão do sofrimento por ele experimentado. Indagam alguns se a dor do pobre vale menos que a do rico. É evidente que o sofrimento moral dos afortunados não é mais profundo do que o das demais pessoas. Porém, o critério de se atentar para a situação econômica do lesado, no arbitramento dos danos morais, pode ser utilizado porque, como já ressaltado, a reparação não deve buscar uma equivalência com a dor, mas ser suficiente para trazer um consolo ao beneficiário, uma compensação pelo mal que lhe causaram.”*

Não obstante seja complexa a matéria, revelando-se extremamente difícil pender para um dos lados apontados, tendemos ao posicionamento de que

²⁴² Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade*, cit., p. 595

a averiguação da posição econômica da vítima não deve ser levada em consideração para a fixação do montante indenizatório e apresentamos como justificativa o principal argumento, de natureza civil-constitucional, de que, uma vez que a indenização será maior ou menor dependendo-se das condições financeiras da vítima, certamente se revelaria contrária ao princípio da igualdade preconizado na Constituição Federal, ferindo, também, o princípio que resguarda a dignidade da pessoa humana.

De acordo com os critérios de hierarquia e da gradação de valores que devem ser avaliados para a fixação do valor do dano, certamente a igualdade e dignidade da pessoa humana se revelam de maior importância, merecendo maior proteção se confrontado com a hipótese de ruína do ofensor.

Neste aspecto e com propriedade Maria Celina Bodin de Moraes²⁴³ anota que “(...) o fato de a vítima mais desfavorecida receber menos pelo mesmo dano sofrido não corresponde a qualquer princípio de justiça (...)”. E complementa Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho²⁴⁴, que “(...) A injúria irrogada contra uma pessoa abastada e contra outra de poucas posses macula do mesmo modo a honra de ambos. Por que a honra do abastado vale mais do que a honra do pobre? (...)”

Por outro lado, se a condição econômica da vítima fosse considerada para fins de indenização, a finalidade punitiva nem sempre se faria cumprir em relação às vítimas menos favorecidas, que em comparação com as de

²⁴³ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa*, cit., p. 302

²⁴⁴ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 246

maior poder econômico ficariam mais expostas aos agravos morais. Ainda, o argumento de indevido enriquecimento do lesionado, não estaria de acordo com o principal fundamento da responsabilidade civil, qual seja, verificar integral satisfação da vítima, tomando-a em primeiro lugar. Ao contrário, ficaria demonstrado um juízo de maior preocupação com o ofensor, o que certamente destoaria da finalidade indenizatória, seja ela meramente compensatória ou aliada à punição.

Outrossim, demais não é ressaltar que a problemática da admissão do critério que considera importante a aferição da situação financeira da vítima, poderia dar ensejo às disparidades entre casos de igual natureza e efeito para as vítimas, sejam pobres ou ricos, gerando injustiça, insegurança e desequilíbrio das relações jurídicas. Não há como negar que mais ou menos favorecidos, os efeitos de uma lesão alcançam a mesma extensão para os agravados, como ocorre, por exemplo, com a morte de um filho.

O mesmo se diga quanto à sustentação dos opositores de que não é a com a dor que se procura uma equivalência, mas sim busca-se com a indenização um consolo para a vítima. Nesse sentido, a reparação com o objetivo de consolar, também independeria da situação econômica do lesado, haja vista a necessidade dos supedâneos ou derivativos também se mostrarem idênticos, tanto para ricos, quanto para pobres.

No entanto, em que pese o posicionamento que adotamos, frisamos a necessidade de que as indenizações sejam fixadas de acordo e em consonância com os demais critérios sugeridos, levando-se em conta,

principalmente, conforme sugerido por Maria Helena Diniz²⁴⁵, a realidade brasileira e o contexto econômico do país, que certamente não suportaria a fixação de valores milionários.

Com relação à situação do ofensor entendemos que se faz necessária para a fixação do valor indenizatório, pois sua completa desconsideração poderia ensejar não o enriquecimento indevido da vítima, conforme já apontado, mas exorbitar da função compensatória-punitiva que se admite para o *quantum* indenizatório. O valor, nesse caso, deve ser fixado observando-se a eficácia do papel de prevenção da prática de novos danos, atendendo de maneira suficiente os propósitos do caráter punitivo, de forma que afete ou no mínimo, incomode o agressor. Nessa linha, antes de manifestar preocupação com alegado enriquecimento da vítima, a indenização deve levar em consideração as possibilidades financeiras do ofensor, de maneira que ocorra a dissuasão e a retribuição.

Carlos Alberto Bittar²⁴⁶ se manifesta, afirmando que a indenização por dano moral: *“(...) deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses do conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.”*

²⁴⁵ Maria Helena Diniz, *O problema*, cit., p. 266

²⁴⁶ Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 220

A propósito, sobre o critério, atenta Yussef Said Cahali²⁴⁷ que *“Vem se acentuando, porém, nos tribunais, a recomendação no sentido de que também seja considerada a situação econômica do responsável pela indenização, o que se mostra compatível com a função sancionatória ou punitiva, e admonitória da condenação por danos morais; e, por outro lado, poderá levar a um arbitramento moderado e compatível com a possibilidade de, sob o aspecto prático, ser executado eficazmente.”*

Por outro lado, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo²⁴⁸, contrário à análise do nível econômico do ofensor, anota que *“(...) este não deve ser levado em consideração a fim de exacerbar sua condenação (...)”*, e justifica: *“Tendo em vista que adotamos critério da extensão do dano como fundamental, pouco importa, para sua valoração, ser seu causador pessoas de posses ou carente de recursos. O montante indenizatório não poderá ser elevado a esse pretexto, sob pena de entregar-se à vítima valor que não lhe pertence e de atribuir ao dano moral caráter aleatório.”*

Ao se atentar para as condições pessoais do ofensor, fixando montante diferenciado para cada caso, em consonância com as suas possibilidades financeiras, não se estaria afrontando o princípio da igualdade e isonomia, como ocorreria com a vítima se o seu patrimônio fosse condição para a fixação da indenização.

²⁴⁷ Yussef Said Cahali, *Dano*, cit., p. 191

²⁴⁸ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *Dano moral*, cit. p. 182

De fato, enquanto o valor punitivo seria variável de acordo com a fortuna do agressor, o dano, sua extensão, e ainda as maneiras de oferecer bem-estar e conforto não sofreriam variação alguma, segundo a vítima que atingisse, tivesse ou não maiores possibilidades financeiras. No primeiro caso, se aplicaria o princípio da igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com sua desigualdade, e os iguais, de acordo com sua igualdade. No segundo caso, relacionado à vítima, se verificaria a aplicação da igualdade formal, segundo a qual todos são iguais perante a lei.

Importa deixar claro, antes que passemos à análise do próximo critério sugerido, que embora tenhamos utilizado o termo “fortuna” ou nível econômico” para fazer referência à capacidade econômica do ofensor, este não deve ser entendido como o “patrimônio” que ostenta, afinal pode ele possuir vasto patrimônio, sem contudo possuir a referida capacidade econômica para suportar uma indenização maior, em face do caráter punitivo que se defende. Nesse caso, levando-se em conta tão somente o patrimônio do agressor, majorando-se a indenização, sem dúvida que estaria o magistrado extrapolando a função punitiva que se pretende seja aplicada como complementação à função compensatória, punindo com demasia o agressor, sem atender ao preceito de justiça que se aguarda com o arbitramento.

Nesse sentido, oportuna a lição de Carlos Edison Monteiro Filho²⁴⁹, que rejeita se deva perquirir a situação em que vive a vítima. Aduz o autor que “(...) *Faz-se mister separar a capacidade econômica do ofensor, que*

²⁴⁹ Carlos Edison Monteiro Filho, *Elementos*, cit., p. 150

evidentemente deve ser tomada em consideração pelo juiz, a fim de evitar uma indenização impraticável ou irrisória em face do caso concreto, da situação em que vive a vítima, que por si só não determina uma diferenciação de grau na apuração do valor do ressarcimento, vale dizer, não possui o condão de apontar um valor maior ou menor da reparação. Procedendo-se assim se atende não somente a razões mais objetivas, como também de justiça (...).”

d. Condições pessoais da vítima e do ofensor

Embora nos curvemos ao entendimento de que as condições financeiras da vítima não devam ser consideradas para o arbitramento da indenização por dano moral, haja vista os argumentos expendidos no item anterior, e principalmente, face à ausência de enriquecimento ilícito, porquanto assegurado ao lesionado ampla reparação em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, quanto às suas condições pessoais, verificamos a necessidade de serem observadas, pois constituem elemento importante para a estimativa do montante indenizatório.

De fato, de acordo com André Gustavo Grandinetti²⁵⁰ “(...) a aferição da lesão deve levar em conta circunstâncias pessoais da vítima, mais objetivamente consideradas (...)”, já que particularidades podem ser verificadas de uma pessoa para outra, conduzindo ao entendimento de que a conduta lesiva, em cada caso, adquire um determinado grau de reprovabilidade, conduzindo a majoração ou não do *quantum debeatur*.

²⁵⁰ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de*, cit., p. 246

Seria o caso, por exemplo, de violência sexual contra uma criança de 3 (três) anos, em que o suposto agressor, o adolescente Robson Xavier Francelino de Andrade, de 15 (quinze) anos de idade, acabou assassinado pela mãe da vítima dentro da sala de Atendimento da Delegacia da Mulher de São Carlos, no Estado de São Paulo, com um golpe de facada no pescoço. O caso assumiu repercussão nacional, por meio de todos os noticiários e jornais de grande circulação²⁵¹. Ou ainda, a hipótese de abuso contra deficientes mentais, sem condições de discernimento de seus atos e de entendimento em geral.

Por óbvio que tais particularidades, por demonstrar indiscutível abuso pelo agressor da fragilidade da situação pessoal em que se encontra a vítima, deverá implicar para o magistrado, tanto na análise do caso, quanto no arbitramento, motivo a ser considerado, impondo, por consequência, a majoração da indenização.

As condições pessoais da vítima também devem envolver o *status* que assume na sociedade, verificando-se seu grau cultural, sua profissão ou ocupação, afinal não há como desprezar que seria mais reprovável a conduta lesiva contra a honra, por exemplo, de um artista ou de outra pessoa com notoriedade pública. Outrossim, não há como desconsiderar que um dano contra o nome de uma pessoa analfabeta, inscrevendo-a como mau pagadora nos órgãos competentes após assinar contrato de adesão de cartão de crédito, sem condições para arcar com anuidade, seria muito mais grave que a mesma conduta lesiva praticada contra

²⁵¹ Jornal da tarde, Caderno A, Polícia, *Solidariedade à mulher que matou agressor do filho*, p. 6, publicado em 09 fev. 2006

pessoa que ostenta condição de universitário, presumindo-se estar apto a entender, ainda que genericamente, os termos contratuais que assinou. Tal critério, observamos, complementa o parâmetro da extensão do dano, já tratado no presente trabalho.

Maria Celina Bodin de Moraes²⁵² concorda com a necessidade de averiguação das singularidades da vítima e tece exemplo a respeito, afirmando que “(...) *considera-se especial o dano ao ouvido de um mergulhador que adora nadar, mesmo que o faça amadoristicamente, ou para quem se dileta a ouvir música.*”

No que tange ao ofensor, além de seu nível econômico, revela-se de importância que suas condições pessoais sirvam como critério de análise de influência para a fixação do valor do dano moral.

Com efeito, não há como se negar que o dano causado por um agente público, com abuso de função ou de seu cargo seja mais censurável que outro causado por particular. Ou ainda, que um dano causado por uma filha contra seus pais, como aconteceu no caso envolvendo a “Família Rischttofen”, no qual Suzana Rischttofen, teria participado do assassinato de seus pais a pauladas enquanto dormiam em sua residência.

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar o caso da menina Letícia Maria Cassiano²⁵³, que teria sido jogada na lagoa da Pampulha, em Belo Horizonte, no Estado de Minas Gerais, contando com apenas 2 (dois)

²⁵² Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa*, cit., p. 311

²⁵³ Revista Veja, edição 1942, ano 39, n 5, Seção “Datas”, matéria publicada em 08.02.2006, p. 82

meses de idade, tendo sido encontrada dentro de um saco de lixo, por um casal que caminhava no local. O caso, a exemplo dos demais citados, alcançou repercussão internacional e encontra-se na fase de averiguação policial, figurando como suspeita sua mãe, Simone Cassiano da Silva, de 27 (vinte e sete) anos, que alega sofrer de problemas mentais.

e. Lucro ilícito do ofensor

A grandeza do proveito econômico obtido pelo ofensor com a prática do dano moral também deve ser parâmetro para a avaliação judicial e arbitramento do valor indenizatório, haja vista não se admitir que o agressor possa calcular o risco de praticar dano, contabilizando que o lucro que obterá com o ilícito compensará ou será maior que valor indenizatório a ser pago à vítima.

Não raro empresas de grande porte utilizam tal artifício, qual seja, a contabilização de prejuízo e lucro, preferindo a prática do dano moral consciente a abster-se do mesmo, pois têm a certeza de que eventual ação movida pela vítima e posterior condenação ao pagamento de indenização por dano moral será infinitamente inferior ao valor que haverá que desembolsar por determinação da justiça.

Não raro também, embora tenham consciência da prática do dano, muitas vezes reiterado, com o nítido intuito de prejudicar a vítima e desestimular outras, também atingidas por dano da mesma natureza, referidas empresas, se valendo dos inúmeros recursos garantidos por nosso sistema processual e de equipe de advogados especializados, têm por “política”

conduzirem o processo movido até que se esgotem todos os expedientes previstos em lei. Nesse cenário, indiscutível que o procedimento deve ser levado em conta para fins de majoração da indenização, sob pena de, ao contrário, avalizar um sistema de contabilidade incoerente com os princípios de justiça e o que se espera com a aplicação das regras de direito.

Como exemplo da conduta que objetiva o lucro ilícito poderíamos mencionar os grandes veículos de comunicação, que apesar da liberdade de imprensa, muitas vezes, para chamar a atenção do público e levar a cabo a venda de inúmeros de exemplares de jornais e revistas, ou então, aumentar a audiência de seus programas de televisão, divulgam notícias difamantes ou que expõem ao ridículo, ao questionar da sexualidade de algum artista ou algum outro ente público.

Quanto à apuração do lucro ilícito pelo lesante, André Gustavo Corrêa de Andrade²⁵⁴ pondera que *“Com freqüência o valor do proveito injusto será de dificultosa ou, até, impossível apuração. É bastante que esse ganho possa ser considerado como provável, ainda que não possa ser precisamente determinado. Caberá ao julgador, então, estabelecer o quantum indenizatório por estimativa, valendo-se de presunções e analogias. Há que considerar não apenas o lucro atual, mas também o lucro futuro, pois em alguns casos é possível presumir que o ato ilícito venha a constituir fonte de proveito para o agente ao longo do tempo. A dificuldade está em comprovar o lucro futuro, porque dependente de presunção que pode não ser confiável. Aplicável aqui o critério da*

²⁵⁴ André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 253

razoabilidade, para considerar apenas aquilo que o lesante razoavelmente lucraria com o ilícito.”

f. Contexto e realidade econômica brasileira

Embora tenhamos concluído, em conformidade com a maioria da doutrina brasileira, que a indenização deva carregar consigo um misto de compensação à vítima e pena ao ofensor, importa para a quantificação da indenização, que o magistrado atente para a situação econômica e seu contexto dentro da realidade brasileira, de forma que não se verifique extrapolação da função punitiva, causando desestabilização das empresas e eventual repasse de custos aos consumidores.

Humberto Theodoro Júnior²⁵⁵, embora repugne a função punitiva para a indenização por dano moral, faz ressalva quanto ao aspecto em comentário, que se faz importante transcrever:

“Por último, tem preocupado a economia nacional, a avalanche de demandas em torno do dano moral, terreno em que, à falta de parâmetros legais, a liberdade judicial conduz, muitas vezes, a arbitramentos de indenizações milionárias (...). O ‘custo Brasil’, destarte, se agrava por obra de tal postura jurisprudencial. É uma ilusão pensar que se podem extrair do meio produtivo reparações mirabolantes sem que isto deixe de influir sobre a economia nacional. O mundo econômico é formado por vasos comunicantes. Tudo o que se exige de sacrifício dos meios de produção transforma-se incontinenti em custos dos bens produzidos. Quem irá

²⁵⁵ Humberto Theodoro Junior, *Dano moral*, 4ª ed., atual. e ampl., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 64
246

responder por esses custos majorados é a sociedade consumidora como um todo. Se o empresário onerado não conseguir repassar o custo para os preços finais, seu negócio se arruinará, e mais uma vez quem suportará a consequência mais grave será a sociedade, porque do desestímulo à produção lucrativa decorrem, imediatamente, o fechamento de empresas, a redução de empregos e a escassez de produtos indispensáveis. Quando, pois, se tem uma causa de dano moral a ser decidida na Justiça, é necessário que o julgador se conscientize de que de sua orientação depende todo um sistema político, social e econômico. O reflexo de sua decisão não se esgota na solução do conflito individual que, no momento, deve compor. Da postura judicial em cada caso singular nasce, pelo somatório dos julgamentos, o clima geral do meio socio-econômico, que obviamente será de desânimo empresarial se, além dos encargos tributários e sociais, tiver ainda que suportar o peso do paternalismo dos tribunais.”

Em que pese a importância da ressalva conforme aludimos, na prática, temos visto que a Justiça em geral, tem observado o critério em exame, de forma que as indenizações fixadas não alcançam montantes milionários conforme a preocupação traduzida pelo autor. Dessa forma, não se verifica em nosso contexto o alcance das drásticas consequências citadas, mas ao contrário, as indenizações arbitradas, na maioria das vezes, não têm se mostrado suficientes para a punição e prevenção de condutas lesivas, principalmente para os ofensores de grande porte, como as empresas de telefonia, as empresas aéreas, as emissoras de televisão, jornais e revistas, as instituições financeiras e de cartões de crédito, as empresas de convênios médicos, entre outras, que insistem em praticar e reiterar a

conduta lesiva sem a mínima preocupação com as conseqüências de seus atos.

Em todo caso, sempre por cautela, o judiciário tem na realidade econômica do país, um parâmetro importante a observar, dentre os demais apontados.

Caberia até mesmo, a sugestão de que a redução de casos de danos morais causados e conseqüente diminuição de número de processos dessa natureza, gerassem incentivos, talvez de natureza fiscal, para os ofensores, no caso de pessoas jurídicas, de forma a motivar cuidado e cautela quanto às suas condutas.

Outra sugestão seria intensificar os programas de responsabilidade social das empresas, combinadas com uma gestão de qualidade, auxiliadas pela divulgação em veículos de comunicação, para conhecimento de todos, visando o comprometimento daqueles que se propuseram a aderir, no cumprimento de suas metas sociais, o que implica, primeiramente, elevar a dignidade da pessoa humana, preservando-a de eventuais atos lesivos. Afinal, impedir que as indenizações sejam majoradas em razão do caráter punitivo e diante da presunção de ruína financeira, demonstrando-se intensa preocupação com a situação econômica do agressor, em especial com as empresas, minimiza a importância que o lesionado possui no sistema de responsabilidade civil, além de não resolver o problema relativo à sua integral satisfação, tampouco servir para prevenir as condutas lesivas, o que sem dúvida, acaba por prejudicar a sociedade como um todo.

A propósito, o entendimento de Zavala de Gonzales e Rodolfo Martin²⁵⁶, que afirmam que “(...) como regra, a vítima não deve lucrar pelo fato lesivo; porém, todavia mais irritante é que o ofensor seja quem lucre e que, ademais, permaneça em situação que nada o impede (a ele e a outros) reiterar a atividade nociva. Ante o dilema entre danos lucrativos e culpas lucrativas, nos inclinamos contra estas últimas, que são mais negativas, porque estão cimentadas na causação de um prejuízo que não foi merecido e que é rentável para o ofensor.”

g – Princípios da razoabilidade, proporcionalidade e a eqüidade

Não raro nossos julgados mencionam a utilização dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da eqüidade como critérios para a fixação do valor indenizatório, visando justificar o caminho percorrido até a decisão final e arbitramento pecuniário.

Segundo Fábio Corrêa Souza de Oliveira²⁵⁷, o princípio da razoabilidade seria aquele que visa “(...) limitar e condicionar, logicamente, a discricionariedade para que esta não se transforme em arbitrariedade, tendo especial importância no julgamento das questões difíceis (...).”

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, de acordo com Gilmar Pereira Mendes²⁵⁸, citado por Helena Elias, seria o princípio “(...) também

²⁵⁶ Zavala de Gonzales e Rodolfo Martin, *Responsabilidad por daños em el tercer milenio*, p. 192, apud Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 159

²⁵⁷ Fábio Corrêa Souza de Oliveira, *Por uma teoria de princípios: O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 92.

²⁵⁸ Gilmar Ferreira Mendes. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 246-275, apud Helena Elias, *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 149

conhecido como princípio da vedação do excesso, tem forte presença no Direito Constitucional e se relaciona ao exercício discricionário da função legislativa, e assim, ao controle dos limites da liberdade do legislador, envolvendo a idéia de apreciação da necessidade e adequação da providência.” Complementa a autora²⁵⁹ que “(...) Não é difícil alcançar, assim, a conclusão de que se trata de um princípio que ilumina o exercício de qualquer função pública, sendo aplicável, de igual modo, ao exercício da função jurisdicional, como princípio orientador da atividade de interpretar e aplicar o direito. Assim, em sentido amplo, a proporcionalidade, identificando-se com o princípio da proibição do excesso, é parâmetro de controle de atuação daqueles que exercem função pública de qualquer espécie, especialmente no campo das atividades discricionárias, em que a lei confere margem de opção ao agente público.”

Jarbas Luiz dos Santos²⁶⁰, por sua vez, anota que “(...)trata-se a proporcionalidade de um sobreprincípio fornecedor de parâmetros para aferição da Justiça em todos e quaisquer atos do Poder Público, concebida a Justiça como fator axiológico fundante do Direito.”

A equidade por fim, e de acordo com os ensinamentos de Miguel Reale²⁶¹ é na sua essência “(...) a justiça bem aplicada, ou seja, prudentemente aplicada ao caso. A equidade, no fundo, é, repetimos, o momento dinâmico da concreção da justiça em suas múltiplas formas. (...)”

²⁵⁹ Helena Elias, *O dano moral*, cit., p. 150

²⁶⁰ Jarbas Luiz dos Santos, *Princípio da proporcionalidade – Conceção grega de justiça como fundamento filosófico*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 74

²⁶¹ Miguel Reale, *Licções*, cit., p. 125

Das definições apresentadas difícil não é a conclusão de que ambos, visando evitar os julgamentos arbitrários, sem fundamento, ou os julgamentos pautados no excesso, desproporcionais ao caso concreto, têm como principal finalidade a busca da realização do julgamento por equidade, ou seja, alcançar a mais justa decisão de forma a justiça seja realizada.

O julgamento por equidade encontra-se previsto no artigo 127 do Código de Processo Civil que preleciona o seguinte: *”O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”* Em que pese à primeira vista se pensar que a equidade estaria excluída nos casos de ausência de previsão e autorização legal, é entendimento pacificado em nossos Tribunais, bem como entre os doutrinadores brasileiros, que o julgamento por equidade pode ser utilizado ainda que a lei não a autorize expressamente.

Com efeito, trata-se de princípio, porquanto base sobre o qual as normas jurídicas são construídas, devendo ser observado antes mesmo da aplicação da lei. Não há, assim, motivo algum para que se negue sua ampla e irrestrita aplicação, tendo vista o seu maior objetivo, qual seja, alcançar a justiça no caso concreto.

Celso Agrícola Barbi²⁶², ao tratar do dispositivo previsto na norma processual esclarece que *“(...) não significa excluir a aplicação da equidade fora dos casos de autorização, porque o direito continua a ser ars boni et*

²⁶² Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 1, p. 318

aqui (...), concluindo que “(...) a eqüidade, como meio de interpretação da norma legal, para uma justa aplicação ao caso concreto sujeito a julgamento, não depende de autorização expressa do legislador (...)”, sendo necessária, “(...) para os casos em que o juiz deva aplicar a eqüidade, em vez de aplicar o texto legal (...)”.

Na mesma linha Rodrigo Mendes Delgado²⁶³, tendo como parâmetro a previsão contida no artigo 944 do Código Civil de 2002, expõe que *“Como deflui da dicção do artigo supra citado, a eqüidade adentrou o ordenamento jurídico civil brasileiro. Não se justifica mais a postura retrógrada da repulsividade a esse importante instrumento de equilíbrio, de adequação da lei ao caso concreto. O artigo em referência prevê a eqüidade secundum legem, ou seja, a eqüidade segundo a lei, isso, em decorrência de expressa previsão legal. É a eqüidade que decorre da lei, da letra da lei. Vislumbra-se aqui, um argumento muito importante e contundente contra o posicionamento da ala mais extremada da ciência jurídica. Se o que os legalistas pregam é o apego irrestrito à lei, diante da expressa previsão que foi feita pelo legislador de 2002, não há mais argumento plausível para se repudiar a utilização da eqüidade, isso porque agora, a mesma é lei. Decorre da lei. Mesmo que se proceda a um apego exegético, ou seja, um apego à interpretação de palavra da lei, não há mais como negar ou repudiar a eqüidade. A mesma agora, é lei. Entrementes, mesmo que o novo Código Civil não tivesse feito uma previsão expressa da eqüidade, a mesma deveria estar sempre no espírito do julgador. Seria a eqüidade praeter legem, fora da lei, mas da lei escrita, codificada, jamais da lei natural, da lei em seu espírito, encarada enquanto instrumento viabilizador*

²⁶³ Rodrigo Mendes Delgado, *O valor*, cit. p. 357-358

da convivência humana. Assim, fica, definitivamente insculpido no ordenamento jurídico civil brasileiro, a equidade, e espero que os magistrados façam dela bom uso.”

A jurisprudência, conforme já anotado, também se posiciona nesse sentido ao comentar o artigo 127 do Código de Processo Civil, como se evidencia em julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 48.176-7/SP, em que figurou como relator o Min. Eduardo Ribeiro, cuja ementa se transcreve:

“A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito positivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução.”

Assim, seguindo os ensinamentos do autor²⁶⁴, *“Por mais prolixo que seja o conceito de justiça, além de ambíguo e inexato a questão é que, pelo menos, superficialmente, é inegável que o sentimento de justiça feita não se coaduna com o de cupidez. E se o magistrado se respaldar pelos critérios de razoabilidade, proporcionalidade e bom senso, além da equidade, estará, sem maiores entraves e elucubrações, senão fazendo justiça, no sentido filosófico e supremo da expressão, pelo menos cumprindo os misteres supremos do Direito.”*

²⁶⁴ Rodrigo Mendes Delgado, *O valor*, cit., p. 379

Não obstante se mostrem, ao nosso ver, os mais importantes critérios a serem observados pelo magistrado a fim de fixar a quantia indenizatória, por se tratarem de princípios aos quais a aplicação e a interpretação de todas as regras jurídicas se subordinam, há autores que embora não os neguem, tecem rigorosas e, ao nosso ver, pertinentes críticas, quanto à sua utilização nas fundamentações dos julgados.

Com efeito, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo e Maria Celina Bodin de Moraes, embora reconheçam a especial importância da utilização dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da equidade, como parâmetros para a aferição da justa indenização por dano moral, apontam para o fato de que, em verdade, tais princípios não são verificáveis na grande maioria dos julgados proferidos, sendo essa a principal dificuldade sobre a qual reside a problemática da fixação da indenização por dano moral.

A propósito, com muita propriedade, aponta Wesley de Oliveira Louzada Bernardo²⁶⁵ que *“(...) de uma análise detalhada, vê-se que a razoabilidade é utilizada, no mais das vezes, como mera desculpa, como ‘a lógica do mais ou menos certo’, já que os julgados que se utilizam do mesmo princípio apresentam, por vezes, resultados em muito destoantes. (...) O que se conclui é que a razoabilidade e proporcionalidade não são, em nosso contexto jurisprudencial, verificáveis na sentença, servindo como verdadeira ‘excludente de responsabilidade’ do magistrado ao fixar ou reformar a sentença. Ora se diz fundado no citado princípio para fixar o montante, sem qualquer fundamentação; ora diz que o princípio foi*

²⁶⁵ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *Dano moral*, cit., p. 187

ofendido, a fim de modificar o valor, sem demonstrar, entretanto, onde se situa a ofensa. Deveria a razoabilidade incidir sim, em todas as sentenças que envolvem dano moral, como ferramenta à ponderação dos interesses envolvidos, a fim de servir como mais um parâmetro na busca da justa indenização, o que infelizmente, não se verifica na prática.”

À luz de sua exposição o autor conclui que “Desta forma, entendemos que a razoabilidade e proporcionalidade deverão nortear todos os julgamentos envolvendo dano moral. E, diga-se de passagem, não somente no que tange à segunda fase, ou seja, na apuração do quantum debeatur, mas também na apuração do quantum an debeatur, exercendo um duplo efeito: servir, de um lado, de instrumento hábil a possibilitar ao magistrado a verificação da existência do dano e, mantendo o mesmo critério, na fixação do valor reparatório; e, por outro lado, possibilitar às partes a verificação da razoabilidade não somente do quantum, mas também das razões expendidas para a obtenção de tal valor. Se a sentença, inevitavelmente, vem informada por convicções de seu prolator, tais convicções deverão ser explicitadas e fundamentadas, a fim de que se possa aquilatar sua conformação aos princípios e valores que fundamentam o ordenamento jurídico. (...) Torna-se, assim, imprescindível à consolidação da reparabilidade do dano moral a imediata adoção, não mais como mera peça de retórica, do princípio da razoabilidade em todas as decisões que envolvem o tema, o que levará a uma uniformização das decisões apta a afastar as maiores resistências, fundadas em um suposto caráter aleatório e, ao mesmo tempo, afastar as tentativas de uniformização via tabelamento, que poderiam levar a uma reparabilidade restrita do dano moral. Se não levará à uniformidade perfeita perseguida por aqueles que

defendem o tabelamento, em suas diversas espécies, a razoabilidade, associada à dignidade da pessoa humana, como princípios condutores da concessão das reparações de dano extrapatrimonial pode ser a grande chave para a fixação do caráter científico do tema, sem, contudo, haver a necessidade de renúncia à busca da igualdade substancial.”

Em vista dos entendimentos transcritos, nos parece acertado o posicionamento de que os princípios elencados, desde que utilizados com efetividade pelos magistrados em seus julgamentos, de forma que se possa concebê-los com ampla certeza, trará para a fixação do dano moral uma louvável solução. As partes envolvidas, a sociedade e até mesmo os Tribunais Superiores terão a possibilidade de aferir a concretude ou não do que se persegue com o instituto da responsabilidade civil ao tratar da indenização por dano moral, qual seja, a busca mais próxima do ideal de justiça.

h - Reparação legal da indenização ou tarifação

A reparação legal é a modalidade que ocorre nos casos taxativos em que a prestação de indenizar é delimitada na própria lei. Nos casos de reparação de danos materiais, podemos citar a título de exemplo, o previsto no art. 949 do Código Civil, que trata da lesão corporal simples, em que o ferimento não resulta deformidade nem incapacidade para o trabalho. Determina o dispositivo expressamente, que a indenização assegure o pagamento das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença.

Não obstante, para os casos de danos morais, conforme já ressaltamos, inexistem parâmetros objetivos aos quais o juiz deva se submeter para a fixação do montante indenizatório, pautando-se ele nos critérios utilizados pela jurisprudência e doutrina, além dos princípios que orientam nosso ordenamento jurídico, sempre na busca da equidade.

À inexistência de norma expressa que aponte critérios objetivos para a fixação do valor indenizatório, amparados pelo argumento de que não se poderia conferir tão amplo poder aos magistrados, sob pena de entregar-se a questão ao mais completo subjetivismo, ou ainda, sob a assertiva de que o arbitramento judicial geraria decisões díspares e desencontradas, que poderiam violar o princípio da isonomia, outra maneira suscitada por alguns doutrinadores para que se chegue ao valor indenizatório em razão de dano moral é a tarifação ou tabelamento, por meio do qual seriam prefixadas e limitadas as indenizações, ou de acordo com o tipo de conduta lesiva ou com base no grau de culpa do ofensor.

Nossa legislação, em casos específicos, procurando limitar os valores de indenização por danos morais, previu, no passado, o sistema de indenização tarifada, como ocorreu com o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n 4.117/62), revogado parcialmente pelo Decreto Lei n 236/67, que estipulava a indenização variável entre 5 e 100 salários mínimos, com o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565 de 19.12.1986), alterada pela Lei nº 9.614/98 e com a Lei de Imprensa (Lei n 5.250/67), nos artigos 51 e 52, todos já comentados no presente estudo. A par de tais previsões, verifica-se, que embora em menor ocorrência, alguns

julgados ainda se valem, por analogia, dos limites expostos em tais normas para fins de julgamentos. É o que se verifica o julgado abaixo transcrito:

“Transporte Aéreo. Danos Pessoais. Ação de Indenização. Dano Moral. Conforme o entendimento da turma, a indenização ‘há de ser restrita ao valor legalmente tarifado’. Voto vencido do relator: em tal caso, a indenização limitada não exclui a indenização por dano moral. Recurso Especial não conhecido, vencido, em parte, o relator.” (STJ – 3 T. – Resp. 51372/94 RJ – Rel. Min. Nilson Naves – DJ 19.12.1994, p. 35.313).”²⁶⁶

Entretanto, conforme anota Nehemias Domingos de Melo²⁶⁷, *“Diversos autores, e mesmo a jurisprudência, vem se firmando no sentido de que as limitações constantes em tratados (exemplo o de Varsóvia) e mesmo em leis infraconstitucionais (a exemplo a Lei de Imprensa) foram derogados com a entrada em vigor da Carta Constitucional de 1988.”* E complementa o autor citando Luiz Antonio Scavone Junior²⁶⁸ que *“(…) após a Constituição Federal de 1988, não há mais falar-se em qualquer tarifação da indenização por danos morais, quer decorrente do Código Civil, quer decorrente de legislação extravagante (...) nos termos do art. 5, V e X, não há limitação para a reparação dos danos morais.”*

Na jurisprudência consolidada após a Constituição Federal de 1988, não obstante tenha se afirmado que ainda, parques julgados se valham das

²⁶⁶ JUIS (Jurisprudência Informatizada Saraiva) – v. 7, apud Paulo Maximilian Wilhelm Sconblum, *Dano moral*, cit, p. 119

²⁶⁷ Nehemias Domingos de Melo, *Dano moral*, cit., 165

²⁶⁸ Luiz Antonio Scavone Junior, *Obrigações: abordagem didática*, 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 253.

legislações tarifárias citadas, de forma majoritária, encontra-se arestos que negam a tarifação:

Ainda quanto à jurisprudência majoritária, não poderíamos deixar de anotar o entendimento exarado no voto do Desembargador Cezar Peluso, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que demonstrou, à evidência, o atrito e a desarmonia entre tabelar e as previsões contidas na Constituição Federal, devendo-se, por óbvio, decidir-se pela prevalência da norma constitucional. Para fins de demonstração, transcreve-se em parte o referido acórdão²⁶⁹:

“Já não vige, ou, segundo reza a doutrina de igual consequência prática, perdeu seu fundamento de validade, a norma inserta no art. 52 da Lei Federal 5.250, de 09.02.1967, porque, incompatível com o alcance das regras estatuídas no art. 5, incisos V e X, da atual Constituição da República, não foi por esta recepcionada (...) A admitir por absurdo que, legitimando a restrição indenizatória da lei subalterna, a garantia constitucional da liberdade de imprensa significasse autorização para amesquinhar o valor pecuniário da indenização do dano moral, isso equivaleria a devorar todo o conteúdo substancial do direito à integridade moral, degradando-o ao nível de mera enunciação simbólica, ou arremedo de direito (...).”

Nesse sentido aponta Maria Helena Diniz²⁷⁰ ao tratar da aplicação analógica da Lei de Imprensa, que *“Fácil é perceber que essa lei poderá servir de parâmetro, balizando o raciocínio judicial, mas não deverá ser*

²⁶⁹ Acórdão publicado na JTJ-LEX 189/236-243 apud Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 170-171

²⁷⁰ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 101-102

utilizada em todos os casos, deixando a vítima sem o adequado ressarcimento. Em boa hora o STJ, em nova súmula, resolve: A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”

Conquanto as sugestões legislativas tenham oferecido suporte, por certo tempo, para que as indenizações fossem tarifadas segundo os apontamentos lá estabelecidos, ainda permanece entre nós, a discussão entre a aplicação de um sistema tarifado de indenização por dano moral, havendo, inclusive, conforme já expusemos no item que tratou da sua trajetória legislativa, doutrinária e jurisprudencial, projeto de lei que busca aprovação do tabelamento.

Fazemos referência ao antigo Projeto de Lei nº 150/1999, substituído no Senado Federal pelo Projeto de Lei nº 7.124/2002, que juntamente com os Projetos de Lei n 1.914/2003 e 1.443/2003 a ele apensados e já tratados anteriormente, aguardam parecer e aprovação da Câmara dos Deputados.

O substitutivo aprovado pelo Senado Federal sugere em seu artigo 7º, parágrafo 1, a tarifação da indenização por dano moral, conjugando, no parágrafo 2, a necessidade de verificação por parte do magistrado, dos parâmetros que já vêm sendo observados pela jurisprudência pátria, tratando, inclusive, dos casos de reincidência e indiferença do ofensor, hipóteses para as quais a indenização seria elevada para o triplo daquela fixada no caso concreto.

Segundo o Projeto, as indenizações seguiriam o seguinte padrão: ofensa moral classificada como leve, seria indenizada ao máximo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); em sendo considerada média, limitada ao teto de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) e, finalmente, em sendo considerada grave poderia atingir o limite de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais). Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, a indenização poderia ser majorada até o triplo da indenização fixada.

A apresentação do Projeto se fez com a seguinte justificação:

“Num país de dimensões continentais como o nosso, limitar-se a lei civil a referir que o juiz deverá agir “eqüitativamente, na conformidade das circunstâncias do caso”, como parâmetros para a fixação da indenização por danos morais, é temerário. O julgador deve ter um balizamento da lei, ainda que mínimo, pois, como assevera HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em sua obra Dano Moral (Ed. Juarez de Oliveira, 3ª ed., 2000, p.36):

‘Impõe-se a rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, inclusive dentro da experiência registrada no direito comparado, para evitar-se que as ações de reparação de dano moral se transformem em expedientes de extorsão ou de espertezas maliciosas e injustificáveis.’

Cremos que o novo parágrafo que pretendemos ver inserido ao art. 953 do Código Civil auxiliará os magistrados brasileiros a alcançarem um arbitramento justo e equânime na fixação do dano moral, em benefício de toda a coletividade.

Estamos certos, assim, de contar com o apoio dos nobres Pares para a aprovação deste projeto de lei.”

Conforme se observa, a justificativa pautou-se na insegurança de deixar ao prudente arbítrio do juiz a tarefa de avaliar e mensurar o *quantum* indenizatório, preferindo a isso, o tabelamento conforme a gravidade da ofensa. Porém, ao estabelecer critérios fundados no grau da ofensa praticada (leve, média e grave), deixou o Projeto de apresentar quais seriam referidas ofensas, deixando novamente, ao arbítrio do magistrado a tarefa de decidi-las.

Para os adeptos da tarificação, entre eles Humberto Theodoro Junior²⁷¹, com a adoção do critério poderia “(...) evitar-se o excesso de subjetivismo dos julgadores que, fatalmente, levaria à ruína o princípio constitucional da isonomia, o melhor caminho, de lege ferenda, seria o de dispor-se em lei acerca de parâmetros e tarifas, sempre flexíveis para que as peculiaridades do caso concreto pudessem também ser valorizados pela sentença (...)”. Conclui o doutrinador que “(...) enquanto isto não ocorrer, a sociedade ficará intranquã e submetida aos humores e tendências pessoais de cada juiz. Casos absolutamente iguais receberão tratamento absurdamente diverso. As causas de dano moral se apresentarão, como é habitual, com um caráter puramente lotérico”.

²⁷¹ Humberto Theodoro Junior, Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 12, jul./ago. 2001, p. 14

Guilherme Calmon Nogueira da Gama²⁷², citado por Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, da mesma maneira, tendo como paradigma o sistema de responsabilidade penal, defende o tabelamento e afirma que *“Desse modo, conveniente seria que a lei civil, acompanhando o paradigma da legislação penal – e, obviamente, adaptando-a para o contexto da responsabilidade patrimonial – estabelecesse os tetos mínimo e máximo para cada hipótese de dano moral, levando em conta o bem jurídico atingido, em harmonia com a escala de valores dos bens constitucionais tutelados pelo artigo 5º, da Magna Carta.”*

Cláudio Antonio Soares Levada²⁷³ compartilha do mesmo entendimento e afirma que: *“Dever-se-á, igualmente, prever os limites de valores para que o montante indenizatório se encontrasse sempre, dentro dessa delimitação, após a consideração dos aspectos objetivos e subjetivos, concernentes ao fato em si, ao comportamento do agente e da vítima e às conseqüências geradas da violação moral sofrida pela vítima.”*

Chegou o autor a sugerir a alteração do antigo artigo 1.553 do Código Civil de 1916, que passaria, em seu parágrafo 1º a vigorar com a seguinte redação: *“Avaliada a extensão do dano moral, o juiz arbitraré o montante indenizatório, entre o mínimo de um e o máximo de quinhentos salários mínimos. Se julgar adequado ao caso concreto, poderá cominar prestação de fazer ou não fazer, isolada ou cumulativamente à pena pecuniária. (...)”*

²⁷² Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Critérios para a fixação da reparação do dano moral*, p. 219-250, apud Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *Dano moral*, cit., p. 154

²⁷³ Cláudio Antonio Soares Levada, *Liquidação*, cit., p. 69

Clayton Reis²⁷⁴, da mesma forma, propõe a criação de um sistema de tabelamento, no qual o valor da indenização se resolverá por meio de uma equação matemática. O autor sugere que sejam criadas, primeiramente, duas tabelas, a primeira relativa aos danos morais decorrentes de ações físicas e a segunda, de danos decorrentes de atos ou fatos.

A primeira tabela divide as lesões, respectivamente, em lesão física transitória/leve (ferimentos); lesão física permanente/grave (aleijão); e lesão física gravíssima (morte), estabelecendo os mínimos e máximos de valores, estabelecidos em número de salários mínimos, de forma que, as indenizações seriam fixadas, na ordem, entre 10 (dez) e 100 (cem) salários mínimos; 100 (cem) e 300 (trezentos) salários mínimos; e 300 (trezentos) e 10.800 (dez mil e oitocentos) salários mínimos.

A segunda tabela, por sua vez, estipula que para os casos de lesão psíquica leve, a indenização deverá ser fixada entre 5 (cinco) e 50 (cinquenta) salários mínimos; nos casos de lesão psíquica grave, a variação iria de 50 (cinquenta) a 500 (quinhentos) salários mínimos, e por fim, nas hipóteses de lesão psíquica gravíssima, a indenização estaria limitada entre 500 (quinhentos) e 3.600 (três mil e seiscentos) salários mínimos.

Posteriormente, para que a equação matemática possa ser levada a efeito pelo magistrado, o doutrinador apresenta outras duas tabelas, a primeira com a fórmula a ser aplicada, por meio da qual o juiz deverá levar em conta os seguintes “elementos de equação”: valor da indenização, situação

²⁷⁴ Clayton Reis, *Avaliação*, cit., p. 101

econômica da vítima, situação econômica do réu, magnitude do dano, quociente de entendimento. A segunda tabela apresenta os valores de indenização a serem conferidos, que será variável conforme a situação econômica do réu, a magnitude do dano, a situação econômica da vítima e o quociente de entendimento do lesionado.

Não obstante a defesa por alguns do sistema tarifado de indenização, bem como a louvável tentativa de solucionar as dificuldades relativas à avaliação do valor do dano moral, os seus opositores apresentam argumentação bastante sustentável contra sua aplicação em nosso ordenamento jurídico.

Baseiam-se referidos opositores, primeiramente, no argumento de que a tarifação mitigaria o princípio da equidade, porquanto o juiz estaria sempre limitado aos números prefixados para a aplicação da justiça ao caso concreto, ficando impedido de atribuir a cada um o que seria seu efetivo direito, dentro do seu prudente arbítrio, aliado aos critérios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança e equilíbrio das relações jurídicas. Nesse sentido, não haveria como se admitir deixar a busca do ideal de justiça aos critérios matemáticos, inaplicáveis às relações estabelecidas entre os indivíduos, já que dotadas de peculiaridades e singularidades incompatíveis com dados numéricos precisos para todo e qualquer caso.

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa²⁷⁵, esclarece que “(...) *De qualquer modo, em princípio, a tarifação ou qualquer estudo matemático não é*

²⁷⁵ Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p. 284-285

critério adequado para danos morais em geral, porque amordaça a distribuição da Justiça: como é ainda nova a disseminação dessa modalidade de indenização em nossos tribunais, chegar-se-á, certamente, em breve tempo, a balizamento razoável imposto pela própria jurisprudência (...).”

No que tange às particularidades de cada indivíduo e de cada situação posta para avaliação e julgamento, demonstram-se aspectos de extrema relevância em se tratando de questão de ordem tão subjetiva como se revela o dano moral. Seria, nesse sentido, incompatível com a referida subjetividade e as singularidades apresentadas em cada um dos casos submetidos à apreciação, que se fixasse, baseado em uma tabela genérica, um valor equivalente para todos, afinal, em se tratando de dano moral, a mesma situação pode atingir de forma diversa cada pessoa.

Outro aspecto suscitado em desfavor da tarifação seria, como já apontado, a inconstitucionalidade do critério, já que a Constituição Federal asseguraria o princípio da indenizabilidade irrestrita, conforme previsões constantes dos incisos V e X, do artigo 5, demonstrando-se incompatível com a Norma Maior estatuir limite prévio e abstrato à indenização.

Nesse sentido, Antonio Jeová Santos²⁷⁶ mostra-se enfático: *“Qualquer tentativa em tarifar a indenização do dano moral pode redundar em rotunda inconstitucionalidade. O princípio geral de não causar dano a outrem, o neminem laedere, tem hierarquia constitucional. Em consequência, não existe possibilidade de pôr limitação à indenização do dano moral.”*

²⁷⁶ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p.170

A propósito e nessa mesma linha Wesley de Oliveira Bernardo Louzada²⁷⁷, ao criticar o Projeto de Lei que procura alterar o art. 953 do Código Civil, assevera que *“O legislador infraconstitucional ao estabelecer limites rígidos para a indenização do dano moral, quebra o princípio da proporcionalidade constitucionalmente assegurado, bem como restringe um direito que o constituinte, assegurou de forma ampla, sem qualquer peia, no inc. X do mesmo art. 5º, o que nos leva a concluir pela inconstitucionalidade também do artigo 7º do Projeto de Lei.”*

Mais uma assertiva contrária é apresentada no sentido de que, ao revés do sustentado pelos adeptos de um sistema tarifado, inexisteriam disparidades nos julgados com a adoção definitiva do sistema de arbitramento judicial, uma vez que os julgamentos se apresentariam devidamente fundamentados, de forma que não só as partes envolvidas, mas toda a sociedade, poderiam chegar a conclusão de que, no caso em concreto buscou-se o máximo do ideal de justiça. Afinal, reitera-se que cada contenda apresenta suas peculiaridades, não havendo que se aguardar sejam todas julgadas de maneira idêntica.

Nesse sentido, embora não acreditemos no argumento relativo às alegadas disparidades nas decisões judiciais, pelos argumentos expendidos, não se

²⁷⁷ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *Dano moral*, cit., p. 148

descartaria a orientação sugerida por Antonio Jeová Santos²⁷⁸, no sentido de que a jurisprudência consolide a harmonia entre as decisões, de forma que, “(...) estabelecendo comparação diante de caso similar, poderá o juiz valer-se do que foi decidido pelo Tribunal, para calibrar o montante da indenização. Essa forma de ver a quantificação do dano moral, impedirá a loteria jurídica a que as vítimas se submetem. Ora é conferido valor enorme para um tipo de lesão e, à vezes, importância muito menor, para desespero das vítimas e mal-estar do Poder Judiciário. A harmonização de cifras em casos similares, ou gradação (para mais ou para menos), diante do que o Tribunal já consolidou, será fonte de afastamento destes temores e o fim da loteria jurídica.”

Para Carlos Roberto Gonçalves²⁷⁹ “Não tem aplicação, em nosso país o critério da tarificação, pelo qual o quantum das indenizações é prefixado. O inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as conseqüências da prática do ato ilícito e as confrontar com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei.”

²⁷⁸ Antonio Jeová Santos, *Dano moral*, cit., p. 191

²⁷⁹ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade*, cit., p. 596-587

4. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NO DIREITO COMPARADO

4.1. Direito português

Sobre a obrigação de indenizar, o Código Civil Português²⁸⁰ aprovado pelo Decreto-Lei nº 47344, de 25 de novembro de 1966, dispõe no art. 562º que *“Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não tivesse verificado o evento que obriga à reparação.”*

Prevendo a indenização pecuniária como uma das modalidades de reparar, em seu art. 566º, 3, estabelece que *“Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver provados.”*²⁸¹

Especialmente ao tratar dos danos morais, aos quais denomina de “danos não patrimoniais”, e dos critérios para sua quantificação, preceitua nos arts. 496º e 494º o seguinte:

*“Artigo 496º. 1. Na fixação de imndenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.
2. Por morte da vítima, o direito à imndenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou*

²⁸⁰ Código Civil Português actualizado, Coimbra: Almedina, 2006, p. 140

²⁸¹ Se não puder ser averiguado o valor exato dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver provados.

outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

3. O montante da imndenização será fixado equitativamente pelo Tribunal tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º, no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a imndenização nos termos do número anterior.”²⁸²

“Art. 494º. Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a imndenização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.”²⁸³

Das previsões legais contidas no ordenamento jurídico português verifica-se, num primeiro momento, antes mesmo da análise dos critérios para sua quantificação, que a regra para a satisfação do prejuízo moral e material é a reparação natural, ou retorno das coisas ao seu estado anterior.

²⁸² “Artigo 496º

1. Na fixação de indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

2. Por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

3. O montante da indenização será fixado equitativamente pelo Tribunal tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º, no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indenização nos termos do número anterior.

²⁸³ “Art. 494º

Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indenização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.”

Verifica-se, também, certa limitação legal à indenizabilidade do dano moral, inexistente em nosso sistema, haja vista a sua vinculação à gravidade do prejuízo. Neste ponto, é possível denotar a existência de um primeiro requisito, ao qual a futura indenização fica condicionada, ou seja, somente será indenizável o dano não patrimonial que *“pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.”*

Ao tratar do assunto, Armando Braga²⁸⁴ corrobora o entendimento e aduz: *“O dano moral, por outro lado, consistente nos sofrimentos e nas ansiedades, causados pelo evento lesivo, vê limitada a sua reparação aos casos que, (...) pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito (art. 496º, n. 1 do Código Civil português).”*

Demonstrando limitação quanto aos casos em que o dano moral seria passível de indenização, o sistema legal português, de maneira semelhante ao nosso ordenamento jurídico, não deixa de prestigiar os direitos da personalidade como fundamentais da pessoa humana, garantindo-lhes proteção em nível constitucional.

Referida proteção, nos leva a crer que, assim como ocorre em nossa realidade jurídica, ainda que Código Civil Português imponha limitação para a indenização do dano moral, ante a aferição da gravidade, não deixa de colocar como direito maior a ser observado, a preservação da dignidade humana, prevista no art.1º da Constituição da República Portuguesa, e de todos os demais direitos fundamentais dela decorrentes.

²⁸⁴ Armando Braga, *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 46-47

Ou seja, o entendimento que nos cabe é que em todo caso, a aferição da gravidade do dano ficaria para um segundo plano de avaliação, considerado como de valor supremo e de maior importância, uma primeira premissa, qual seja, proteger os direitos inerentes à personalidade do homem, dos quais podemos mencionar, de forma não taxativa, a inviolabilidade da vida humana (art. 24º da Constituição da República Portuguesa), direito à integridade pessoal nas vertentes física e moral (art. 25º da Constituição da República Portuguesa), direito à proteção da saúde (art. 64º da Constituição da República Portuguesa), entre outros.

De fato, a gravidade seria uma linha divisória, com o objetivo de avaliar os direitos ou bens juridicamente tutelados daqueles que não se revestem do mínimo de gravidade e que não se situam no âmbito de proteção legal. Isto é, a regra sempre será a indenizabilidade do dano moral, pautada no princípio da reparação integral do dano, conforme resulta do art. 562º do Código Civil Português.

Segundo as palavras de Armando Braga²⁸⁵, *“esta solução fundamenta-se no princípio da boa fé e também no disposto no art. 398º, n. 2, relativo ao conteúdo da prestação, segundo o qual, embora a prestação não necessite de revestir valor pecuniário, deve, em todo o caso, corresponder a um interesse do credor digno de protecção legal.”*

²⁸⁵ Armando Braga, *A reparação*, cit., p.228. “esta solução fundamenta-se no princípio da boa fé e também no disposto no art. 398º, n. 2, relativo ao conteúdo da prestação, segundo o qual, embora a prestação não necessite de revestir valor pecuniário, deve, em todo o caso, corresponder a um interesse do credor digno de protecção legal.”

Num momento seguinte, após as breves considerações sobre o dano moral e o contexto no qual se insere no sistema jurídico português, seguindo o foco do estudo proposto, qual seja, da análise dos critérios para a quantificação do dano moral, o direito português, semelhantemente ao nosso sistema, aponta critério pautado na eqüidade, ficando a cargo e arbítrio judicial a aferição do *quantum* indenizatório.

A eqüidade, todavia, em atenção ao disposto no art. 494º já mencionado, fica vinculada à aferição do grau de culpabilidade do agente, da situação econômica da vítima e do agressor e demais circunstâncias que o caso justifique. Por conta de tais requisitos, possível a conclusão de que a responsabilidade civil extracontratual no Direito português não assume natureza meramente reparadora, com vista ao retorno da situação anterior, mas também preventiva e, eventualmente, sancionatória.

Ao tratar da questão, Armando Braga²⁸⁶ pontua que *“Paradoxalmente, a reparação da agressão e lesão destes direitos fundamentais da pessoa humana encontra, entre nós e não só, mecanismos geradores de profunda incerteza e insegurança jurídicas (...) A reparação deste direito ainda assume uma feição casuística: cada tribunal, ou melhor, cada julgador decide atribuir-lhe determinado valor, sem que a lei forneça critérios objectivos, correndo-se o risco de a equidade denegar arbitrariedade.”*

²⁸⁶ Armando Braga, *A reparação*, cit., p. 18. “Paradoxalmente, a reparação da agressão e lesão destes direitos fundamentais da pessoa humana encontra, entre nós e não só, mecanismos geradores de profunda incerteza e insegurança jurídicas (...) A reparação deste direito ainda assume uma feição casuística: cada tribunal, ou melhor, cada julgador decide atribuir-lhe determinado valor, sem que a lei forneça critérios objectivos, correndo-se o risco de a equidade denegar arbitrariedade”.

Ao discorrer sobre a matéria no Direito português, António Santos Abrantes Bernardes²⁸⁷ preceitua que *“Em qualquer dos casos não se encontram na lei positiva parâmetros objetivos para sua quantificação, tendo o legislador remetido para os tribunais essa tarefa com recurso às regras de equidade. Após um longo período marcada pela atribuição de indenizações reduzidas, que, na análise de Menezes Cordeiro, constitui uma ‘página negra, na nossa jurisprudência’, a jurisprudência vem revelando uma maior aproximação aos quantitativos socialmente reputados mais ‘justos’.”*

E continua levando em conta os métodos quantitativos adotados por outros países: *“Em alguns ordenamentos jurídicos, perante a análise dos montantes alcançados por esta via ou face à disparidade de valores, têm sido experimentadas outras vias, com introdução de factores dotados de maior objectividade, sendo também entre nós discutida a aprovação de medidas que introduzam balizas mais seguras à quantificação das indenizações, com vista a conferir mais objectividade e justiça ao sistema, evitando as discrepâncias proporcionadas pela prevalência atribuída à figura da equidade.”*²⁸⁸

²⁸⁷ António Santos Abrantes Geraldés, *Indenização dos danos reflexos*. In: *Temas de responsabilidade civil*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2005, p. 23-24. “Em qualquer dos casos não se encontram na lei positiva parâmetros objetivos para sua quantificação, tendo o legislador remetido para os tribunais essa tarefa com recurso às regras de equidade. Após um longo período marcada pela atribuição de indenizações reduzidas, que, na análise de Menezes Cordeiro, constitui uma ‘página negra, na nossa jurisprudência’, a jurisprudência vem revelando uma maior aproximação aos quantitativos socialmente reputados mais ‘justos’.”

²⁸⁸ António Santos Abrantes Geraldés, *Indenização*, cit., p. 24. “Em alguns ordenamentos jurídicos, perante a análise dos montantes alcançados por esta via ou face à disparidade de valores, têm sido experimentadas outras vias, com introdução de factores dotados de maior objectividade, sendo também entre nós discutida a aprovação de medidas que introduzam balizas mais seguras à quantificação das indenizações, com vista a conferir mais objectividade e justiça ao sistema, evitando as discrepâncias proporcionadas pela prevalência atribuída à figura da equidade.”

Indubitável, à luz da exposição doutrinária portuguesa, que o sistema que prevalece atualmente, como ocorre com o entendimento manifestado pela maioria da doutrina pátria, enseja descontentamento, sob o argumento de que faltam para a quantificação, critérios objetivos, fato que levaria à incerteza e insegurança jurídicas, porquanto haveria disparidade de valores para casos semelhantes.

Ao dissertar sobre o sistema vigente no direito brasileiro, já manifestamos certa ressalva quanto ao entendimento, no sentido que os critérios existentes podem ser considerados objetivos, desde que fundamentados de maneira individualizada pelo magistrado.

4.2. Quantificação do dano moral no direito argentino

De modo semelhante ao que ocorre em nosso país, os doutrinadores argentinos encontram dificuldades quanto à melhor maneira de proceder à quantificação do dano moral.

Carlos Alberto Gherzi²⁸⁹ ao tratar do assunto, inicia afirmando que *“Una de las cuestiones más controvertidas y difíciles es la atinente a como medir el daño en término de valor, cuantificarlo en moneda o dinero y realizar la transferencia de recursos al damnificado.”*

²⁸⁹ Carlos Alberto Gherzi, *Teoría general de la reparación de daños*, 2ª ed., Astrea: Buenos Aires, 1999, p. 337. “Uma das questões mais controvertidas e difíceis é a atinente a como medir o dano em termo de valor, quantificá-lo em moeda ou dinheiro e realizar a transferência de recursos ao danificado.”

Rámon Daniel Pizarro²⁹⁰, da mesma forma dispõe que *“La valoración del daño moral y la cuantificación de la indemnización constituyen motivos de auténtica preocupación para jueces e abogados. Buena prueba de ello la encontramos en los repertorios de jurisprudência, que exhiben critérios judiciales en extremo disímiles, impregnados de marcado subjetivismo, que muchas veces sale del âmbito de la discrecionalidad para incursionar, peligrosamente, en el de la arbitrariedad.”*

No Direito Argentino, assim como no Brasileiro, não há sistema tarifário de quantificação para o dano moral, de forma que o arbitramento do valor à vítima fica a cargo do juiz.

Roberto H. Brebbia, citado por Maria Francisca Carneiro²⁹¹, aponto que a definição do montante da indenização por dano moral deve levar em contar vários dois aspectos, a saber:

“a) El primero trata de la gravedad objetiva del daño. Significa valorar la extensión y profundida de la lesión, en sus aspectos concretos: tiempo

²⁹⁰ Rámon Daniel Pizarro, *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*, 2ª ed., Hammurabi: Buenos Aires, 2004, p. 417. “A valoração do dano moral e a quantificação da indenização constituem motivos de autêntica preocupação para juízes e advogados. Boa prova disto encontramos nos repertórios de jurisprudência, que exibem critérios judiciais no extremo incompatíveis, impregnados de marcado subjetivismo, que muitas vezes sai do âmbito da discricionariedade para ingressar, perigosamente, na arbitrariedade.”

²⁹¹ Roberto H. Brebbia, *El daño moral*, p. 233 e seguintes apud María Francisca Carneiro, *Método de valuación del daño moral*, Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 69. “a) O primeiro trata da gravidade objetiva do dano. Significa valorar a extensão e profundidade da lesão, em seus aspectos concretos: tempo para a cura e recuperação, intenção do agente, meios empregados, seqüelas deixadas, conseqüências de ordem material, etc.

b) O segundo leva em consideração a personalidade, extremamente importante, pois os danos morais nascem da lesão sofrida no componente psíquico-espiritual do prejudicado.”

para la cura y recuperación, intencionalidad del agente, médios empleados, secuelas dejadas, consecuencias de orden material, etcétera.

b) El segundo lleva en consideración la personalidad, extremadamente importante, pues los daños morales nacen de la lesión sufrida en el componente psíquico-espiritual del perjudicado.”

A autora acrescenta aos aspectos mencionados por Brebbia, alguns outros, à semelhança do entendimento que vêm sendo sedimentado por parte da jurisprudência e doutrina brasileiras, quais sejam:

“a) La situación familiar y social de la víctima: los vínculos familiares de mayor o menor grado del perjudicado con los miembros de un grupo biológico, la posición y función ejercidas en esse grupo, a fortiori, el concepto o reputación social de la víctima, factor muy importante, especialmente en los casos de ataque a la honra y a la honestidad.

b) La receptividad particular de la víctima: respecto a una condición fisiológica específica del individuo, o mismo sobre la estructura psicológica de la personalidad que hace al sujeto más o menos vulnerable, susceptible, resistente a esta o aquella forma de dolor.

c) La gravedad de la falta cometida: debe repercutir el monto de la reparación e una medida equivalente a la gravedad y extensión en que se ha incurrido. La gravedad de la falta puede, al mismo tiempo, determinar la dimensión y constituir la pauta para estimar el perjuicio.

d) La personalidad del autor de lacto ilícito: así como ocurre en el derecho penal, los antecedentes y un supuesto grado de “peligrosidad” del agente, así como las características de su índole, repercuten significativamente

*para efectivizar el monto de la indemnización debida a la víctima del dano moral.*²⁹²

A semelhança com o direito brasileiro, além dos aspectos que são sugeridos para a fixação do dano moral, se estende à preocupação com o papel do magistrado, já que a ele cabe a tarefa de quantificar a indenização. O argumento dos doutrinadores se refere às possíveis disparidades entre decisões e incongruências de valores conferidos às vítimas.

Neste sentido, Ramón Daniel Pizarro²⁹³ é enfático ao afirmar que *“De nada sirve que elaboremos eruditos critérios doctrinarios em torno al concepto de dano moral, a su regimen legal o a la naturaleza de la indemnización, si a*

²⁹² Maria Francisca Carneiro, *Método*, cit., 69-70. “a) A situação familiar e social da vítima: os vínculos familiares de maior ou menor grau do prejudicado com os membros de um grupo biológico, a posição e função exercidas nesse grupo, a fortiori, o conceito ou reputação social da vítima, fator muito importante, especialmente nos casos de ataque à honra e à honestidade.

b) A receptividade particular da vítima: respeito a uma condição fisiológica específica do indivíduo, ou mesmo sobre a estrutura psicológica da personalidade que deixe o sujeito mais ou menos vulnerável, suscetível, resistente a esta ou aquela forma de dor.

c) A gravidade da falta cometida: deve repercutir o montante da reparação e uma medida equivalente da gravidade e extensão em que se tenha incorrido. A gravidade da falta pode, ao mesmo tempo, determinar a dimensão e constituir a pauta para estimar o prejuízo.

d) A personalidade do autor do ato ilícito: assim como ocorre no direito penal, os antecedentes e um suposto grau de “periculosidade” do agente, assim como as características de sua índole, repercutem significativamente para tornar efetivo o montante da indenização devida à vítima do dano moral.”

²⁹³ Ramón Daniel Pizarro, *Daño moral*, cit., p. 417-418. “De nada serve que elaboremos eruditos critérios doutrinários em torno do conceito de dano moral, do seu regime legal ou da natureza da indenização, se na hora de fixar pautas para sua valoração surgem soluções inadequadas. É verdadeiramente penoso comprovar esta realidade em numerosos casos judiciais, naqueles que – às vezes por falta de interpretação da lei e em outras por apego às velhas concepções, superadas pela realidade – se manda pagar indenizações simbólicas, carentes de virtualidade para reparar plenamente o prejuízo causado. Não é menos preocupante comprovar a falta de critérios relativamente uniformes para calibrar qualitativa e quantitativamente o dano moral, que será convertido em um grave problema para o advogado na hora de assessorar o seu cliente. Como explicar a uma pessoa que não tem conhecimentos técnicos sobre questões jurídicas (e, às vezes, também a quem os tem!), que a valoração e determinação da quantia do dano moral em ‘seu caso concreto’ pode variar segundo o tribunal aonde se radique a causa? (...)”

la hora de fijar pautas para su valoración se brindan soluciones inadecuadas. Es verdaderamente penoso comprobar esta realidad en numerosos fallos judiciales, en los que – as veces por desinterpretación de la ley y en otras por apego a viejas concepciones, superadas por la realidad – se manda pagar indemnizaciones simbólicas, carentes de virtualidad para reparar plenamente el perjuicio causado. No es menos preocupante comprobar la falta de criterios relativamente uniformes para calibrar cualitativa y cuantitativamente el daño moral, que suele convertirse en un grave problema para el abogado a la hora de asesorar a su cliente. Como explicarle a una persona que no tiene conocimientos técnicos sobre cuestiones jurídicas (y, as veces, también a quien los tiene!), que la valoración y determinación de la cuantía del dano moral en ‘su caso concreto’ puede variar según el tribunal adonde se radique la causa? (...)”

Quanto à natureza que a indenização por danos morais assume no campo doutrinário do Direito argentino, ressaltamos que se trata de assunto que tem gerado ampla discussão, exatamente como acontece em nosso país.

Neste sentido, oportuna a lição de Roberto H. Brebbia²⁹⁴ ao afirmar que *“ha sido matéria de amplia discusión el carácter que asume el pago de una suma de dinero al damnificado por parte del ofensor, a raíz de la comisión de un hecho generador de un agravio moral. Constituye una verdadera indemnización o una pena?”*

²⁹⁴ Roberto H. Brebbia, *El daño*, cit., p. 224. “tem sido matéria de ampla discussão o carácter que assume o pagamento de uma soma de dinheiro ao danificado por parte do ofensor, a fonte da comissão de um direito gerador de um agravo moral. Constitui uma verdadeira indenização ou uma pena?”

Para o autor, a indenização por dano moral assume uma função satisfativa ou compensatória, não devendo ser fixada de acordo com a gravidade da culpa do ofensor, mas sim, segundo a extensão do dano causado à vítima.

Argumenta o doutrinador que nenhum dos textos legais argentinos autoriza a suposição de que a indenização por dano moral deve ser fixada levando-se em conta uma função penal. Neste sentido, os artigos 1077, 1078, 1079, 1081, 1082 e 1083 do Código Civil Argentino deixariam clara a intenção do legislador de que a indenização por dano moral seria tão somente para compensar a vítima pelo dano sofrido e não a punição do ofensor.

CONCLUSÕES

Não obstante alguns entendam que deixar a fixação do valor relativo ao dano moral ao arbítrio do judiciário é um procedimento frágil e perigoso, haja vista a subjetividade com que pode ser tratada, gerando disparidades entre julgamentos que analisam danos da mesma espécie, entendemos que este se verifica, ainda, o melhor caminho para que a indenização alcance seus objetivos, quais sejam, satisfazer plenamente a vítima e desestimular o ofensor.

Tal posicionamento encontra adeptos na maioria da doutrina, que mesmo a par das dificuldades ainda presentes, à falta de parâmetros numéricos para a mensuração do valor do dano, entendem que tal tarefa deve ser confiada ao magistrado, que dotado de prudente arbítrio e amparado por todos os critérios sugeridos pela doutrina e consolidados pela jurisprudência, seria o mais apto a encontrar a mais justa indenização, vislumbrando a compensação do lesionado e a necessidade de prevenir condutas lesivas.

De fato, preleciona Maria Helena Diniz²⁹⁵ que: *“(...) Realmente, na reparação por dano moral o juiz deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, mas ele agirá sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões da parte, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. Portanto, ao fixar o quantum da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo*

²⁹⁵ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 98-102

com fundamento e moderação. Arbítrio prudente e moderado, assevera Artur Oscar de Oliveira Deda, não é o mesmo que arbitrariedade. Além disso, sua decisão será examinada pelas instâncias superiores, e esse arbítrio está autorizado por lei (CPC, arts. 606 a 611), sendo aquele arbítrio prudente até mesmo concedido ao juiz, em muitos casos, inclusive nos de danos patrimoniais. Assim sendo, não há que se falar em excessivo poder concedido ao juiz.” E complementa a autora que “(...) Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.” Seguindo o raciocínio, conclui a doutrinadora que “Parece-nos que deverá haver uma moderação na quantificação do montante indenizatório do dano moral, sem falar na necessidade de previsão legal contendo critérios objetivos a serem seguidos pelo órgão julgante no arbitramento. Na liquidação judicial, o magistrado tem, ante a fluidez e a subjetividade do sofrimento, o dever de apurar, com seu prudente arbítrio, os critérios a serem seguidos e o quantum debeatur, tendo por standard o homem médio da sociedade ao examinar a gravidade do fato e a dimensão do dano moral ocorrido e ao ponderar os elementos probatórios.”

No mesmo sentido Carlos Roberto Gonçalves²⁹⁶, que baseado nas previsões legais constantes da norma material (art. 946 do Código Civil) e da norma processual (artigos 606 e seguintes do Código de Processo Civil), aduz o seguinte: *“Predomina entre nós o critério do arbitramento pelo juiz, a teor do disposto no art. 1.533 do Código Civil de 1916. O novo diploma civil mantém a fórmula ao determinar, no art. 946, que se apurem*

²⁹⁶ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade*, cit., p. 587

as perdas e danos na forma que a lei processual determinar. O Código de Processo Civil prevê a liquidação por artigos e por arbitramento, sendo esta a forma mais adequada para a quantificação do dano moral.”

Porém, não podemos deixar de apontar que para que se alcance o objetivo proposto pelo instituto da responsabilidade civil, o arbitramento judicial deve ser realizado de forma objetiva, ou seja, com clara e fundamentada justificativa dos motivos determinantes de sua decisão, apontando-se para cada um dos parâmetros já sugeridos. Com tal procedimento, motivadas as decisões a exemplo daquela proferida por Nagib Slaibi, evidentemente, não se haverá que repudiar a atuação dos magistrados, com base na disparidade das decisões. Devidamente justificadas em cada caso concreto, tal argumento ficará fora de cogitação.

Sobre essa necessidade, já demonstramos, se manifestou Wesley de Oliveira Louzada Bernardo. André Gustavo Corrêa de Andrade²⁹⁷ acompanha o posicionamento e esclarece que *“A motivação das decisões judiciais, que no Direito Brasileiro constitui princípio constitucional, é fundamental para garantir à parte interessada a revisão da decisão, impugnando, refutando e debatendo as razões e os critérios utilizados. É a fundamentação do julgado que possibilita o controle da sua racionalidade. O estabelecimento do montante a ser pago, à falta de critérios objetivos, depende da prudente discricção do juiz, a qual não é sinônimo de arbítrio. Ao magistrado cabe, para se desincumbir de seu mister, utilizar a ‘balança da mente e o metro do espírito. Descarta-se, porém, desde logo, a simples menção a um critério de razoabilidade como justificativa para a fixação do*

²⁹⁷ André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano moral*, cit., p. 318

quantum indenizatório. Ao julgador, cabe, com a objetividade possível, justificar o valor estabelecido, destacando as circunstâncias de fato relevantes para a estimativa a indenização.”

Enfim, não se pode negar a preocupação social e legislativa com a definição de critérios objetivos para a fixação da forma de indenizar, e, além disso, do valor que se reverterá a fim de suprir a lesão, sendo a matéria, ainda, palco de inúmeros debates.

No entanto, entendemos que devidamente utilizados, os critérios sugeridos pela doutrina e recepcionados pela jurisprudência nacional, são suficientes para embasar a fixação da indenização por dano moral, de forma a assegurar-lhe congruência e justiça, afastando-se, assim, os rumores de possível insegurança jurídica.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Breviário de ética jurídica*. São Paulo: Riddel, 1994.

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Maria José F. Barreira. O dano moral e sua identificação. *Revista da Faculdade de Direito*, Fortaleza, 1989.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução da obrigação e suas conseqüências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. vol.I.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. 11ª ed., São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1956.

_____. *Direito das obrigações*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed.Rio, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil dos danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Danos morais: critérios para sua fixação. *Repertório IOB de Jurisprudência*, ago.1993.

BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsói, 1994.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARNEIRO, María Francisca. *Método de valuación del daño moral*, Buenos Aires: Hammurabi, 2001

CASILLO, João. *Dano moral e sua indenização*. 2ª ed.rev. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHAVES, Antonio Chaves. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1997.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A reparação dos danos morais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELGADO, Rodrigo Delgado. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 2ª ed. Leme: J. Mizuno, 2004.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O problema da liquidação do dano moral e dos critérios para a fixação do quantum indenizatório. In: *Atualidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Imndenização dos danos reflexos*. In: *Temas de responsabilidade civil*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2005

GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1986.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

GONZALES, Matilde Zavala. *Resarcimiento de daños:presupuestos y funciones del derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

JOLIVET, Régis. *Curso de filosofia*. 13ª ed. São Paulo: Agir, 1979.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Liquidação de danos morais*. São Paulo: Copola Editora, 1995.

MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado. Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Borsói, 1958.

MONTEIRO FILHO, Edison do Rego. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. *Ressarcimento de danos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria geral: Comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil : Doutrina e Jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

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

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria de princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

PEDREIRA, Pinho. A reparação do dano moral no direito do trabalho. *Revista LTR*, São Paulo: vol. 55, maio/1991.

PEREIRA SILVA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*, 2ª ed., Hammurabi: Buenos Aires, 2004

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

REIS, Clayton. *Avaliação de dano moral*. 2ª. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1975.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da proporcionalidade – concepção grega de justiça como fundamento filosófico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil interpretado*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1982. vol.II.

_____. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Dano moral e sua reparação civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Américo Luiz Martins da. *Danos morais e o direito brasileiro*. 3ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Wilson Mello. *O dano e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. *Dano moral: questões controvertidas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOARES, Orlando. *Responsabilidade civil no direito brasileiro*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol.I.

VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. *Reparação do dano moral: perspectivas e controvérsias*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ZANONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1987.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 7ª. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998.