



**Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Processo Civil**

**FELIPE TOSTES PEIXOTO**

**DANO MORAL E OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO  
DA SUA REPARAÇÃO**

**BRASÍLIA  
2011**

**FELIPE TOSTES PEIXOTO**

**DANO MORAL E OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE SUA  
REPARAÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito para  
obtenção do título no curso de Pós-  
Graduação Lato Sensu em Direito  
Processual Civil, do Instituto Brasiliense  
de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof. Cristine Peter

**BRASÍLIA**

**2011**

**FELIPE TOSTES PEIXOTO**

**DANO MORAL E OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE SUA REPARAÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_, com menção \_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

**Banca Examinadora**

---

**Presidente: Prof.**

---

**Integrante: Prof.**

---

**Integrante: Prof.**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1. RESPONSABILIDADE CIVIL .....</b>	<b>9</b>
1.1 Conceito.....	9
1.2 Quando surge o dever de indenizar.....	9
1.3 Considerações gerais .....	10
1.4 Classificação .....	14
<b>2. DANO.....</b>	<b>17</b>
2.1 Conceito.....	17
2.2 Considerações gerais .....	18
<b>3. DANO MORAL.....</b>	<b>22</b>
3.1 Breve evolução histórica – maneiras primitivas de reparação do dano moral e a sua evolução .....	22
3.2 Conceito.....	24
3.3 Dano moral subjetivo/objetivo ou direto/indireto .....	26
3.4 Considerações gerais .....	28
3.5 Natureza e caráter da indenização.....	30
3.6 Objeções doutrinárias à reparabilidade do dano moral .....	34
<b>4. CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA A FIXAÇÃO DO <i>QUANTUM</i> INDENIZATÓRIO .....</b>	<b>38</b>
4.1 Considerações gerais .....	38
4.2 Legitimidade para a aferição do quantum indenizatório .....	40
4.3 A reparação de danos morais na ótica da jurisprudência... ..	43
4.3.1 Morte dentro de escola.....	44
4.3.2 Paraplegia.....	45
4.3.3 Morte de filho no parto .....	46
4.3.4 Fofoca social .....	46
4.3.5 Protesto indevido.....	46
4.3.6 Interrupção indevida de serviço telefônico .....	47
4.3.7 Alarme antifurto .....	47

<b>4.4 Proposta do Tribunal de Justiça de Minas Gerais de tabelamento da indenização .....</b>	<b>47</b>
<b>4.5 Critérios quantitativos do Código Brasileiro de Telecomunicações .....</b>	<b>49</b>
<b>4.6 Critérios quantitativos da Lei de Imprensa .....</b>	<b>50</b>
<b>4.7 Adoção de um sistema tarifado para determinação do quantum indenizatório .....</b>	<b>50</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## LISTA DE SIGLAS

Ag	-	Agravo de Instrumento
Art.	-	Artigo
A.C.	-	Antes de Cristo
BTN	-	Bônus do Tesouro Nacional
CC	-	Código Civil
CDC	-	Código de Defesa do Consumidor
CF	-	Constituição Federal
DJMG	-	Diário da Justiça de Minas Gerais
LACP	-	Lei que regulamenta a Ação Civil Pública
REsp	-	Recurso Especial
SERASA	-	Centralizadora dos Serviços dos Bancos S/A
SPC	-	Serviço de Proteção ao Crédito
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	-	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG	-	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSP	-	Tribunal de Justiça de São Paulo
UFMG	-	Universidade Federal de Minas Gerais

## INTRODUÇÃO

Há muito se discute acerca da valoração do dano moral nos julgados pátrios. Questão de difícil discussão, posto que, a nossa legislação se fez omissa acerca do tema.

Não há muito que se reportar a códigos ou legislações esparsas para embasamento da questão. O nosso Código Civil trata o tema da mesma maneira que regula a reparação dos danos patrimoniais, ou seja, como se fossem mensuráveis.

Na ausência de métodos e leis próprias para o tema os juizes vêm fazendo verdadeiros milagres no sentido de adoção de uma maneira mais justa para se arbitrar condenações que versem sobre danos morais.

O dano moral vem alcançando maior preocupação em sede de julgamentos, de tempos para cá. Agora, não mais considerado o “remédio da dor”, como era chamado, ganha estudos próprios e maior seriedade quanto à sua estipulação.

A grande questão que envolve danos morais é saber qual a extensão do dano provocado. Visto que, o mesmo dano causado a fulano ou a beltrano pode chegar a resultados totalmente diferentes na escala da dor moral de cada um.

Ainda estamos muito longe de alcançar a solução exata para o problema, mas o certo é que estamos nos esforçando.

O presente trabalho tem o escopo de fazer um passeio acerca do significado do dano, da responsabilidade civil advinda deste, para então delinear o dano moral; quais são seus aspectos, sua classificação, a natureza e o caráter da indenização posto tratar-se de uma questão em constante evolução em nossa jurisprudência, em virtude do acatamento por parte de nosso ordenamento jurídico de uma faceta dos “*punitive damages*” amplamente utilizado nos Estados Unidos.

Em seguida analisamos os atuais métodos utilizados para a fixação do *quantum* indenizatório, a Lei de Imprensa e o Código de Telecomunicações como parâmetros, bem como as frustradas tentativas de outros métodos para se chegar a um valor justo.

O certo é que muito tem se evoluído nesta questão, porém ainda estamos muito aquém de se chegar a um método eficaz e justo, que atenda a sua função reparadora para a vítima e ao mesmo tempo, sem exageros, atenda a função correcional para o ofensor.

# 1. RESPONSABILIDADE CIVIL

## 1.1 Conceito

Segundo Sílvio Neves Baptista (2003, p. 59), responsabilidade civil “é a relação obrigacional decorrente do fato jurídico dano, na qual o sujeito do direito ao ressarcimento é o prejudicado, e o sujeito do dever é o agente causador ou o terceiro a quem a norma imputa a obrigação”.

## 1.2 Quando surge o dever de indenizar

A responsabilidade civil de indenizar surge com a ocorrência de um dano qualquer a outrem, seja ele patrimonial ou moral. Dispõe assim o Código Civil Brasileiro em seu artigo 927:

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

“Aquele que por ato ilícito [...]”, essa máxima nos remete imediatamente ao artigo 186 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

“Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Senão vejamos, todo aquele que causa um dano a outrem é obrigado a repará-lo, e se diferente fosse estaríamos de volta à época da selvageria reinante, na qual o Estado não intervinha nas questões pessoais e a vingança era a única forma de lenitivo para um dano sofrido. Em virtude desta situação, o Estado foi

obrigado a, cada vez mais, regulamentar as relações humanas, mesmo as relações particulares simples do dia-a-dia.

Daí surgiu o chamado Dirigismo Contratual, que na visão de Nilton da Silva Combre, ocorre quando certas relações jurídicas sofrem cada vez mais a intervenção do Estado na sua regulamentação.(CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1995, p. 23)

A Carta Magna dispõe de maneira clara e objetiva a obrigação de indenizar na causação de danos, como por exemplo, o disposto no artigo 5º, incisos V, X e LXXV e *in verbis*:

Art. 5º, V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

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

Inciso LXXV: o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Logo, aduz-se que todo dano causado é passível de reparação. A causação de um dano gera a responsabilidade civil de repará-lo, mormente o meio mais eficaz de se reparar o dano causado é através da indenização.

Quando se vê violado o dever genérico de não lesar o próximo, ocorre para aquele que ofendeu um outro dever que, no entender de Antônio Jeová Santos, é como se fosse o “reverso da medalha”, surge o dever de indenizar. Se esta violação atinge a vítima, causando menoscabo no espírito ou detrimento no patrimônio, estar-se-á diante do dano moral e da lesão patrimonial, respectivamente. Surge neste instante a resposta do ofendido, traduzida em seu anseio de ser ressarcido pelo mal que o agravou.(SANTOS, 2001, p. 33)

### **1.3 Considerações gerais**

É certo e notório que ninguém tem o direito de causar um mal qualquer a outrem, capaz de produzir em seu dia-a-dia, sentimentos como dor,

angústia, tristeza, vergonha e muitos outros. Por diversas vezes esse mal se dá sem que o seu causador sequer imaginasse ou pudesse, de alguma maneira, querer causar dano a alguém, assim, este dano causado tem uma causa justificadora do ilícito, como por exemplo, a legítima defesa ou o estado de necessidade.

Mesmo não havendo intenção, o dano há de ser reparado. O código civil adota a teoria da responsabilidade civil independente de culpa. Nestas situações o algoz não se esquivava da responsabilidade civil que lhe é atribuída.

Por outro lado, assim como afirma Clayton Reis (2002, p. 137), a responsabilidade civil não poderia ser considerada um dever, mas simplesmente uma relação entre pessoas, que nasce em virtude de uma ação *ex delicto* de uma delas em face da outra. Neste caso se alguém comete um ato ilícito contra seu semelhante, com resultado danoso, faz surgir a responsabilidade de reparação em virtude do não atendimento de um dever de conduta. Nesse caso, o agente causador do dano poderá ressarcir espontaneamente o prejuízo causado a outrem, fato este que não poderá ser considerado como sanção.

O grande filósofo Locke já dizia que possuir as coisas que produzem prazer é que significa felicidade, aduz-se que retirar do homem qualquer de suas coisas que lhe figurem este prazer ou simplesmente o impossibilitem de senti-lo, constitui um menoscabo na integridade de sua personalidade. Todo aquele que priva seu semelhante da felicidade que, seja de qualquer forma, já lhe era garantida, deve responder pelos seus atos, porque qualquer privação é uma espécie de dano, seja ele material ou moral.

A Constituição Brasileira destaca a dignidade humana como preceito básico, fundamento do Estado Democrático de Direito, que vem logo depois da soberania e da cidadania (CF/88, art. 1º, inciso III); esta defesa se perderia sem a tutela jurisdicional. Como se defender a dignidade humana?

Faz-se necessário, *a priori*, uma breve divagação sobre a dignidade humana. Dignidade, termo contido no dicionário como sendo: *s.f.* “Respeitabilidade; autoridade; nobreza; autoridade moral; decoro” (DICIONÁRIO ESCOLAR DA

LÍNGUA PORTUGUESA, p. 370). Um homem não pode viver descentemente sem a sua dignidade incólume. Ela não está atrelada ao dinheiro, cargos políticos, respeitabilidade social, a dignidade é intrínseca e particular de cada ser humano. Todos os demais interesses personalíssimos que se traduzem pela honra, intimidade, igualdade, respeitabilidade, decoro, virtude, etc. partem da essencialidade da dignidade humana. (SANTOS, 2001, p. 42 e 44)

A história remonta à época em que dominava a idéia do patrimonialismo, ou seja, o homem valia pelo que tinha, e não pelo que era; com o passar dos tempos a evolução do homem, a idéia do patrimonialismo cedeu lugar ao personalismo, onde o homem passou a valer por si só, não por suas posses, mas pelo seu interior, momento este em que a psicologia teve seu grande crescimento.

A honra deste homem moderno passou a ter valor, a honra passou a ser um bem, e como todos os bens relevantes, passou a ser tutelada pelo Estado. A incolumidade do homem é responsabilidade do Estado, e para fazer-se defender esta honra, seja ela subjetiva ou objetiva, juntamente com a defesa dos bens particulares do homem, é que surge a responsabilidade civil.

Todas as ações humanas que sejam lesivas a interesses alheios, clamam, no plano do direito, pela necessidade de reparação do dano causado e ao Direito compete regular, na defesa dos valores maiores da sociedade e da pessoa, quais são os limites dessas ações lesivas. A busca constante do perfazimento pessoal faz com que as adversidades ou perdas sejam, de plano, rejeitadas; é daí que surge a teoria da responsabilidade civil. (BITTAR, 1999, p. 14/15)

De acordo com George Sarmento, a responsabilidade consiste na obrigação jurídica imposta a alguém de responder por atos ilícitos que causaram danos a terceiros. Ela decorre da lei ou de relação contratual. A responsabilidade civil tem caráter privado e conseqüências patrimoniais. A vítima de lesão a bem jurídico tem a faculdade de ingressar em juízo para obter verba indenizatória ou outra sanção cível a ser suportada pelo agressor. Os efeitos da pena recaem sobre os bens do devedor, mas não sobre sua liberdade. Consiste em expropriação patrimonial, e não em penas privativas de liberdade. (2009, p. 38)

René Savatier define responsabilidade como sendo a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. Neste mesmo sentir, José de Aguiar Dias afirma que responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação, ou seja, constitui a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. (SILVA, 2002, p. 20)

O direito à reparação é consequência imediata e direta da verificação do dano. O dever de indenizar nasce junto à constatação do dano, e em sua decorrência.

Ao juiz cabe o dever de analisar a extensão do dano para a estipulação do *quantum* indenizatório, ou seja, deverá verificar detidamente a extensão do menoscabo para se fazer um juízo o mais próximo possível de uma reparação ideal. Pois, a vítima, em sua dor, certamente terá a tendência de aumentar o dano, e visando não se extrapolar a punição que o causador do dano já deverá sofrer, que é a diminuição de seu patrimônio para arcar com a indenização, que o legislador estabeleceu no artigo 944 do Código Civil Brasileiro, a possibilidade do juiz alterar, para menor, o valor da indenização, *in verbis*:

Art. 944: a indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único: se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil é

a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). (DINIZ, 1998, p. 34)

Nesta linha de pensamento a responsabilidade civil traduz-se como a obrigação do sujeito de indenizar pelo prejuízo que deu causa.

## 1.4 Classificação

A responsabilidade civil pode ser classificada de várias formas, dentre uma delas temos a classificação dada pelo Dr. Augusto F. M. Ferraz de Arruda (1999, p. 5):

1. Responsabilidade Civil Subjetiva
  - por dano patrimonial material
  - por dano moral puro
2. Responsabilidade Civil Objetiva
  - por dano patrimonial material
  - por dano moral puro.

A responsabilidade civil subjetiva é aquela em que se encontra o elemento subjetivo da vontade do agente de causar o dano, seja ele intencional ou não, ou seja, o elemento dolo ou culpa. A responsabilidade civil objetiva prescinde do elemento subjetivo e basta para sua verificação, a presença do dano; é aquela comumente atribuída ao Poder Público (VENOSA, 2004, p.17), e também aquela adotada pela teoria do risco, assim como define Sílvio de Salvo Venosa, quem, com sua atividade, cria um risco para a sociedade, deve suportar o prejuízo que esta atividade acarreta, mesmo porque esta atividade lhe rende benefícios, é o chamado risco-proveito.

Cabe, em poucas linhas, salientar o diferenciador entre a classificação da responsabilidade civil em direta ou indireta.

O ilícito é o seu fato gerador, de modo que o imputado [...] deverá ressarcir o prejuízo se se provar que houve dolo ou culpa na ação. Sua responsabilidade será individual, podendo ser direta ou indireta. Será direta, quando responder por ato próprio. Será indireta, apenas nas situações previstas em lei, nas quais se admite culpa presumida operando-se consequentemente, a inversão do "*onus probandi*". (ARRUDA, 1999, p. 50)

Mesmo nos dias de hoje ainda existem autores que refutam a idéia de que responsabilidade civil de indenização acontece pura e simplesmente com a ocorrência do dano, independentemente do fator culpa. Esta é, pois a linha de pensamento do professor Orlando Gomes, em sua obra atualizada por Humberto Theodoro Júnior:

nem todas as pessoas que causam prejuízo a outrem estão obrigadas a indenizá-lo. Nem todo dano deve ser ressarcido. É preciso saber, pois, em que circunstâncias nasce a obrigação de reparar o dano causado e que prejuízos são indenizáveis. [...] não há como considerar alguém responsável sem culpa. Contudo, não é preciso declarar essa pessoa responsável para lhe impor, em dadas circunstâncias, a mesma obrigação de reparar um dano [...] o teor da vida moderna mostrou a insuficiência da idéia de culpa para legitimar o dever de indenizar prejuízos dignos de reparação que, todavia, não resultam de atos ilícitos propriamente ditos. (GOMES, 1999, p. 278)

Hoje há mais adeptos de teoria da responsabilidade civil objetiva. Basta identificar o agente causador de alguma atitude qualquer que seja reprovável e que gere um prejuízo para a outra parte, o dano gerado e o nexo de causalidade entre eles. Dano e nexo causal, eis que exsurge uma das, dentre tantas outras, teorias aceitas no ordenamento pátrio, a teoria da responsabilidade civil. Causou o dano, independentemente de culpa, há de indenizá-lo, senão estaria totalmente descoberto do manto protetor do Estado aquele que, nesta situação reveste-se da qualidade de vítima.

Caso houvesse a necessidade de aferição de culpa, bastaria o autor do ato comprovar que não agiu intencionalmente para se eximir de qualquer responsabilidade de seus atos. Porém, por outro vértice, existe a vítima, que independente de culpa ou não do agente causador do prejuízo, há de suportá-lo, nada mais justo que seja indenizado pela perda sofrida, seja ela patrimonial ou puramente moral.

Em se tratando da responsabilidade civil subjetiva, passamos a analisar quais são os três elementos essenciais para sua caracterização, quais sejam:

- A. Conduta dolosa ou culposa do agente;
- B. A existência do dano concreto e real;
- C. O nexo de causalidade que vincula a conduta do agente ao dano existente.(MARMITT, 1999, p. 7)

Existem ainda fatores a serem analisados quando da ocorrência do dano a fim de se verificar a caracterização da responsabilidade civil.

A principal questão na responsabilidade civil, crucial para a sociedade, é a existência ou não de prejuízo experimentado pela vítima. Logo, o dano é o principal elemento necessário à configuração da responsabilidade civil. Ou seja, não pode haver responsabilidade civil sem dano. (SILVA, 2002, p. 25)

É a materialização deste dano que gera a responsabilidade de reparação. A questão maior da responsabilidade civil está na verificação do nexo causal entre duas circunstâncias, de um lado encontra-se a conduta de alguém, que se afigurará como ofensiva, causando um dano; do outro lado o aparecimento deste dano que é resultante da conduta do agente primeiro. (NASCIMENTO, 1991, p. 41)

Reduzindo-se a responsabilidade civil ao dever de ressarcir/indenizar, não pode se indenizar o que não há de ser reparado. Necessita-se da materialização de um dano/prejuízo, para que dele decorra o dever de indenizar ou ressarcir, conforme o caso a ser discutido.

O dano pode ocorrer de várias maneiras, algumas facilmente avaliáveis como, por exemplo, os danos materiais. Mas existe uma forma de dano, que é o objetivo primordial deste trabalho, que é o dano que ocorre no campo moral do homem, o dano interno.

O dano material é de fácil verificação, basta avaliar-se o patrimônio da vítima antes e depois do dano causado, qual foi a atitude do ofensor e o nexo de causalidade entre a atitude e o resultado dano, assim, aferido está o dano.

E quando se trata do dano íntimo? Como se avaliar sua extensão? Existem métodos capazes de se avaliar a dimensão da dor sofrida por alguém?

## 2. DANO

### 2.1 Conceito

A doutrina civilista clássica, conforme George Sarmento, tem conceituado dano como toda diminuição dos bens jurídicos de uma pessoa em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros. O dano é patrimonial (material) quando ocorre destruição, depreciação, deterioração e privação de bens, lucros ou vantagens. É moral (extrapatrimonial) quando o ato ilícito tem consequências psíquicas, afetivas ou sentimentais sobre a personalidade da vítima. (SARMENTO, 2009, p. 21)

O vocábulo dano é amplamente traduzido em nossos dicionários: “s.f. Mal que se faz a alguém; prejuízo ou deterioração de coisa alheia; perda”. (DICIONÁRIO ESCOLAR DA LÍNGUA PORTUGUESA, p. 324)

O dano é o pressuposto básico da responsabilidade civil que gera a obrigação de indenizar. Entendendo-se como dano toda e qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais.

Para Carlos Alberto Bittar dano é qualquer lesão injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo Direito, incluindo-se os de valores morais. (1999, p. 17/18)

Assim como preleciona Augusto F. M. Ferraz de Arruda (1999, p. 8) dano pode ser:

a) lesão real e concreta causada à integridade física de uma pessoa, o que pode ser considerado desde um simples ferimento até mesmo lesões graves ou mesmo morte;

b) ofensa à integridade moral da pessoa humana;

- c) inutilização total ou parcial de um bem patrimonial material de uma pessoa.

Ocorrido o dano e identificado o agente causador, nasce para a vítima a pretensão ao devido ressarcimento. O Código Civil consagrou o Capítulo II do Título IX para disciplinar a indenização, inclusive por danos morais (CC, art. 953).

A obrigação de indenizar pressupõe a existência de prejuízo material ou moral. No primeiro caso, cabe ao autor de forma cabal que o seu patrimônio foi afetado pelo ato ilícito, causando-lhe prejuízos a serem liquidados para fins de ressarcimento.

Quando se trata de danos morais, essa exigência é relativizada. Isso porque o dano opera na dimensão psíquica da vítima, afetando-lhe a auto estima ou o sentimento de decoro, respeitabilidade e honra, sendo muito difícil quantificar o prejuízo.

## 2.2 Considerações gerais

O dano não vem necessariamente atrelado ao prejuízo, logo, há que se fazer uma distinção entre o dano que causa um prejuízo e que deverá ser ressarcido, para que possa restituir-se a vítima ao *status quo ante*; ou simplesmente aquele dano que deverá apenas ser indenizado, pois por sua natureza torna-se impossível restituir-se à vítima, como por exemplo a perda de um membro do corpo, ou a morte de um ente querido, ou até mesmo um abalo moral de tamanha monta que possa repercutir profissionalmente fazendo com que a vítima perca credibilidade no mercado.

O dano é a causa do prejuízo econômico, mas há casos em que mesmo verificado o dano, não se verifica o prejuízo econômico. (ARRUDA, 1999, p.11)

Para que seja configurado o dano é necessário que exista, no mínimo, duas pessoas, sendo um sujeito ativo e um sujeito passivo, e que entre eles exista um liame muito mais forte, um nexos causal. O resultado do dano causado tem

que estar diretamente ligado à atitude do sujeito ativo que causou o dano, donde conseqüentemente extrai-se o nexu causal.

Na visão de Américo Luís Martins da Silva, para se bem avaliar o dano, necessária se faz a utilização do critério diferencial, ou seja, que se estabeleça o dano mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, caso o dano não se houvesse produzido, donde se extrai que o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação, sem, todavia, se perder de vista que a idéia de interesse vincula-se diretamente à idéia de fator afetivo, que é diferente do valor geral (2002, p. 30). Valor este que só se mede em função do íntimo e da história de vida de cada um, ou seja, existem peculiaridades a serem observadas.

Dano patrimonial implica necessariamente em diminuição de patrimônio, e não uma simples alteração deste. Existem duas hipóteses de um patrimônio ser prejudicado, sejam elas:

- a) *damnum emergens*- patrimônio que sofre efetiva modificação;
- b) *lucrum cessans*- seria o dano negativo, ou seja, valores que seriam incorporados se a ação de outrem não houvesse criado obstáculo ao ganho.

Como primazia de defesa do homem-pessoa, a Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 dispôs diversos artigos em defesa daquele que impunemente sofre um dano, e surge do diploma legal o dever de indenizar. Como, por exemplo, o art. 21, XXXIII, c, que trata da responsabilidade civil por danos nucleares, independentemente de culpa. Em seu artigo 37, § 6º, trata sobre a responsabilidade objetiva do Estado, e estatui que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, que são prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. E por diante, inúmeras são as situações contempladas em nossa Carta Magna.

O ideal seria que sempre na ocorrência de um dano, sua reparação ocorresse *in natura*, com a total reposição da coisa lesionada, restituindo-a ao seu estado anterior. Porém, no que tange aos direitos personalíssimos tal possibilidade não ocorre. É impossível haver reparação da perda de uma vida, de um membro do corpo, ou simplesmente da honra vergastada. O pagamento de uma soma em pecúnia, nestes casos, serve apenas para compensar o mal infligido, vez que não existe a possibilidade de retorno ao *status quo ante*. O dinheiro funciona apenas como lenitivo de uma dor insanável.

Os direitos do homem moderno não se encontram defendidos apenas na Constituição da Republica Federativa do Brasil, ou nos Códigos, mas se encontra também na legislação extravagante, que será citada ao longo deste trabalho, de acordo com sua necessidade imediata, como bem se destaca, neste instante, a lei que regulamenta a Ação Civil Publica, Lei nº 7.347/85 (LACP), que em seu artigo 1º, diz:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...]”

Note-se bem que não há como nossos jurisconsultos mais arraigados se esquivarem da moderna legislação, de proteção ao homem. Graças a juízes de vanguarda que vieram ao longo dos tempos arriscando e inovando, chegou-se hoje a este nível de proteção aos direitos do ser humano, por vias judiciais, através do poder de jurisdição do Estado.

Note-se, ainda, o leque de abertura do referido artigo (art. 1º da LACP), em comentários feitos por Nelson Nery Júnior:

Muito embora o CDC 6º, VI, já preveja a possibilidade de haver indenização do dano moral coletivo ou difuso, em como sua cumulação com o patrimonial (STJ 37), a LAT 88, modificando o caput da LACP 1º, deixou expressa essa circunstancia quanto aos danos difusos e coletivos, que são indenizáveis que sejam patrimoniais, quer sejam morais, permitida sua cumulação. V.CDC 6ºVI, STJ 37. (sic). (NERY JÚNIOR e NERY, 2003, p. 1308)

Desnecessária seria a intervenção do Estado em casos de danos causados a outrem, pois o dever de respeito à esfera jurídica alheia é uma norma de trato social, necessária à boa convivência em sociedade, embora não seja positivada é supra legal, dada a sua utilidade e finalidade.

Certas atitudes podem gerar um descompasso, um desequilíbrio, quando determinada pessoa causa danos a outrem. Quem causa um dano tem o dever legal e moral de indenizar o outro, e essa reparação tem o evidente objetivo de compensar o prejuízo sofrido, o que é a satisfação individual para o prejudicado, mas se reflete socialmente, buscando extinguir o fator de desequilíbrio, que foi o dano sofrido.(NASCIMENTO, 1991, p. 39)

### **3. DANO MORAL**

#### **3.1 Breve evolução histórica – maneiras primitivas de reparação do dano moral e a sua evolução**

Era somente através da guerra, dos saques, da destruição, da morte ou da escravidão que se poderiam aplacar os instintos animais e vingativos que reinavam na época das primeiras tribos. Após uma pequena evolução, quando havia qualquer tipo de violação aos ajustes feitos entre as tribos, começou-se a aceitar, como forma de reparação, uma multa em dinheiro. Assim como descrevia no *Grundlagen des Rechts*: “E isso já era, naqueles tempos remotos, a introdução, na vida do direito, das fórmulas compensatórias”. (Apud SILVA, 1999, p. 592)

Essa multa compensatória era muito mais prática, eficiente, e no final das contas atingia verdadeiramente os fins visados, ou seja, o ofendido se sentia reconfortado e o ofensor era punido através da diminuição de seu patrimônio, o que há de se observar que para qualquer homem médio é uma punição deveras terrível.

Historicamente, vêm-se notícias de que o dano moral foi abordado desde o Código de Hamurabi, na Babilônia, aproximadamente 2.000 a.C., que já, expressamente, continha previsão de ressarcimento pecuniário, invocado sob o tema da compensação financeira dos danos extrapatrimoniais.(CIANCI, 2003, p. 2)

A partir da Lei Aquilia (286 a.C.) e principalmente com a legislação de Justiniano, houve uma ampliação no campo da reparabilidade do dano moral.(CIANCI, 2003, p. 3)

No Direito Romano, já se fazia presente a possibilidade de ação para reparação do dano moral, principalmente a injúria, situação em que o juiz popular avaliava a extensão do dano segundo o grau de culpa do agente e a gravidade do delito cometido.(ARRUDA, 1999, p. 1)

Em Roma, inicialmente, as obrigações tinham um caráter pessoal, ou seja, eram um *vinculum juris* ligando os indivíduos entre si, ou seja, a garantia do negócio era meramente pessoal, atingia a pessoa e não o patrimônio do ofensor. (SILVA, 1983, p. 592)

O direito romano, a fim de estabelecer parâmetros para se estudar a responsabilidade civil, pode ser dividido em três períodos, conforme bem leciona Américo Luís Martins da Silva (2002, p. 73), quais sejam: I – o primeiro período iniciou-se a partir da vigência da Lei das XII Tábuas, no ano de 452 a.C.<sup>1</sup>; II – o segundo período iniciou-se em 286 a.C., com a vigência da *Lex Aquilia*; III – o terceiro período iniciou-se em 528 a.C., com a vigência da Legislação Justiniana (Institutas, Codex Justiniano e o período do Digesto e do Pandectas).

Havia a figura do *jus vindictoe*, que dava ao credor a faculdade de pôr em ferros o devedor, ou vendê-lo como escravo ou até mesmo matá-lo, na forma das severas disposições das XII Tábuas. Época em que, se o devedor tivesse mais de um credor e fosse insolvente, instaurava-se, sobre sua pessoa física, um concurso creditório, ou seja, o devedor era esquitejado e suas partes divididas entre os credores. (SILVA, 2002, 593)

Na China, o descumprimento de ajustes era punido com bastonadas de bambu e para os israelitas a pena era a escravidão do devedor e dos membros de sua família. No Egito, através de um verdadeiro Código, composto pelos oito livros de Thaut, também se observava a *jus vindictoe*, que com o passar dos tempos, seguindo o caminho natural da evolução, começou a se transformar para a fórmula compensatória da multa, momento em que o comércio e o trabalho passaram a ganhar primazia sobre a guerra e a vingança que era sanguinolenta passa a ser tarifada. (SILVA, 1983, p. 600/601)

O Código de Ur-Nammu é, aproximadamente, trezentos anos mais antigo que o Código de Hamurabi, e já neste código é possível identificar em seu conteúdo dispositivos diversos que adotavam o princípio da reparabilidade dos danos morais. (SILVA, 2002, p. 65)

---

<sup>1</sup> Surgiu no imperativo de limitar o poder dos Cônsules romanos.

Para os povos antigos, a lei que valia era a máxima “olho por olho e dente por dente”, suas primeiras leis neste sentido (reparação de danos) permitiam o direito de *vindita*, ou seja, direito de vingança. Já se cogitava a reparabilidade do dano moral. A injúria, a calúnia, a difamação eram castigadas, a honra do homem era defendida, e quando maculada, era passível de desagravo, o que variava de povo para povo, dependendo do grau de civilização em que se encontravam.

O Alcorão adotou alguns princípios do Código de Hamurabi que por sua vez consagrava a lei de Talião. Não proibia a vingança, porém, incentivava a vingança na medida certa e incentivava o perdão como, por exemplo, o disposto no capítulo XVI, verso 127: “se vos vingardes, que a vossa vingança não ultrapasse a afronta recebida. Porém, aqueles que sofrerem com paciência farão uma ação mais meritória”. E continua: “Aquele, porém, que perdoar o matador de seu irmão, terá direito de exigir uma razoável indenização, que lhe será paga como reconhecimento”. (SILVA, 2002, p. 71)

Percorrendo a história é comum observarmos que o direito de *vindita* reinava absoluto, as penas variavam de local para local e de época para época, mas não variavam muito, resumiam-se no direito de escravidão, humilhação, castigos físicos e chegavam aos horrores do direito de morte. O credor reinava soberano acerca do destino de seu devedor.

### **3.2 Conceito**

Muito vem se arriscando acerca de um conceito que consiga abarcar toda a extensão que representa o dano moral. Alguns tentam conceituá-lo utilizando como base o conceito de dano patrimonial.

Mas o conceito de dano moral tem que ir muito além de uma simples variação ou adaptação ao conceito de dano patrimonial, seria todo o dano causado a outrem que não sofreu prejuízos na esfera patrimonial, e sim, no campo moral.

Observa-se então, alguns exemplos de definições acerca do tema. Wilson Melo da Silva entende que:

danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico” segundo o autor, o elemento característico é a dor, compreendendo os sofrimento físicos e os morais propriamente ditos.(1983, p. 73)

Yussef Said Cahali diz que para se obter a melhor definição do que seja realmente dano moral, devemos ter por base quais são os elementos caracterizadores deste tipo de dano. (1999, p. 19)

Por outro lado, não se pode ater aos limites da dor para a caracterização do dano moral, porque o dano extrapatrimonial não se limita à dor, é necessário que seja estendido a todas as possibilidades individuais que porventura sejam frustradas, em virtude deste dano.(SANTOS, 2001, p. 70)

Américo Luís Martins da Silva entende que a expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial (2002, p. 36). Que a subordinação do dano extrapatrimonial às regras pertinentes aos efeitos do dano patrimonial proveniente do ato ilícito encontra opositores, e que seus principais argumentos para tal oposição são:

- que a dor não admite compensação pecuniária;
- que não é possível avaliar o dano moral – *o pretium dolores*.

Já Maria Helena Diniz faz uma transição da idéia de Wilson Melo da Silva e diz que “O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”. (1998, p. 84)

George Sarmiento aduz que:

Dano moral é toda violação à dignidade humana que tenha como consequência sofrimento, exasperação, tristeza, dor. A ilicitude atinge, ainda, todo e qualquer direito da personalidade, provocando lesões à integridade física, intelectual ou moral do indivíduo. [...] O prejuízo não recai sobre o patrimônio econômico da vítima, mas sobre os direitos da personalidade, principalmente a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Os efeitos do ato ilícito repercutem diretamente no equilíbrio psíquico, provocando distúrbios como a baixa auto-estima, depressão,

vergonha, descontentamento, angústia, humilhação ou sentimento de perda.(2009, p. 24)

S.J. de Assis Neto (p. 36) diz que “tem-se como dano moral, todo sofrimento humano de lesão de direitos da personalidade. Seu conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa”.

Tratar o dano moral apenas como o *pretium dolores*, o simples preço da dor, seria simplesmente negar a evolução dos tempos e do próprio Direito, como responsável pela tutela dos bens do homem. O dano moral afeta a capacidade de querer, de sentir e entender, afeta de tal maneira negativa e prejudicial que dá azo ao ressarcimento (SANTOS, 2001, p. 69). Diminui a capacidade pensante e de atuação frente a situações do cotidiano daquele malgrado em seus interesses por um ataque de cunho moral.

Outrossim, há de se convir que não se trata de qualquer dissabor do dia-a-dia a ensejar ressarcimento/indenização por danos morais, o dano deve ser real; como também não cabe indenização a mero perigo ou a simples ameaça de dano, que traduziria indevido enriquecimento para a parte vitimada.(SANTOS, 2001, p. 78)

Carlos Alberto Bittar afirma que o dano moral se manifesta nas esferas internas e valorativas do ser como entidade individualizada (1999, p. 39), logo, tal pensamento nos remete à idéia do senso de valoração de cada um. Cada indivíduo tem uma noção do que, para si, seja uma dor imensa, ou apenas um dissabor, levando-se em conta que a tendência do ser humano, via de regra, é aumentar tudo aquilo que lhe diz respeito, o que faz parte da natureza humana.

### **3.3 Dano moral subjetivo/objetivo ou direto/indireto**

O dano moral se subdivide em duas categorias básicas; são subjetivos os danos morais quando apenas se circunscrevem à esfera íntima ou valorativa do lesado, ou são objetivos, quando se projetam no círculo de seu relacionamento familiar ou social. Em conclusão afirma Carlos Alberto Bittar que:

Danos morais são aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e, como tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico. Perceptíveis pelo senso comum porque ligados à natureza humana – podem ser identificados, em concreto, pelo juiz, à luz das circunstâncias fáticas e das peculiaridades da hipótese sub item 24, respeitando o critério básico da repercussão do dano na esfera do lesado. (1999, p. 39)

Segundo afirmou Larenz, a problemática dos danos morais, na teoria da responsabilidade civil, localiza-se na medida exata da consideração da pessoa em si, ou em suas projeções sociais. Na realidade, são reações na personalidade do lesado a agressões ou a estímulos negativos recebidos do meio ambiente através da ação de terceiros, que atinjam seus bens vitais. (*apud* BITTAR, 1999, p. 45)

No entender de Maria Helena Diniz, os danos morais se subdividem em diretos e indiretos. Podendo-se chamar de danos morais diretos aqueles que consistem na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade que poderiam ser a vida, a integridade, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem da vítima; ou até mesmo os atributos da pessoa, tais como o nome, a capacidade, o estado de família (1998, p. 86). Compreende-se por danos extrapatrimoniais não só as dores físicas ou morais como também quaisquer outros tipos de danos não avaliáveis em dinheiro. (REIS, 2002, p. 112)

Para Carpenter, dores físicas, sensações, seriam as que se originassem de uma lesão material, ofendendo a integridade dos tecidos; e dor, sentimento, seria a dor que tivesse origem numa causa imaterial, nas idéias. (*Apud* SILVA, 1983, p. 332)

Ainda na subdivisão do dano moral descrita por Maria Helena Diniz (DINIZ, 1998, p. 89), o dano moral indireto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de bens jurídicos materiais, patrimoniais, ou seja, provoca prejuízo a qualquer interesse extrapatrimonial a partir da lesão a um bem patrimonial. Origina-se de fato lesivo a um interesse patrimonial, que por consequência pode vir a atingir também um bem não patrimonial, como, por exemplo, a perda de um anel de noivado que tem valor afetivo. O dano, neste caso, origina-se da lesão a um bem patrimonial que, por conseguinte malfere também um bem extrapatrimonial.

### 3.4 Considerações gerais

O dano moral, também chamado de dano moral puro, além de não se restringir à culpa aquiliana, não há o resultado prejuízo econômico. Segundo Arruda (1999, p. 17) em face desta diferença acerca da aferição ou não de dolo ou culpa, há que se estabelecer elementos constitutivos do dano moral puro, os quais seriam:

- a) a desobediência a um dever jurídico;
- b) a estrutura psíquica do indivíduo;
- c) o fato-causa e o fato-efeito do dano moral puro;
- d) ausência de prejuízo econômico.

A vida do homem médio é resultado de um somatório de forças e se pauta no equilíbrio destas forças, tanto no plano material quanto no plano espiritual (REIS, 2002, p. 111). O que vai variar de homem para homem é a valoração dada às forças materiais ou espirituais, ou seja, qual o maior ou menor grau de importância para esta ou aquela dor? Apenas os valores intrínsecos de cada um seriam capazes de responder, decorre da subjetividade própria de cada um.

Talvez esta dificuldade de mensuração do imensurável tenha dificultado tanto o caminhar da doutrina pátria na aceitação da indenização pela dor meramente extrapatrimonial. Para Cleyton Reis (2002, p. 112), essa impossibilidade (da correta mensuração) existente no mundo material não justifica a irressarcibilidade desses bens subjetivos, e nesse caso, sendo impraticável a reposição pelo equivalente absoluto, será juridicamente legítimo que se proceda à indenização através de uma compensação pecuniária que seja capaz de satisfazer de forma completa a vítima.

Bittar (1999, p. 57), analisando estas subdivisões do dano moral concluiu que é no respectivo âmago que se encontra a antinomia a tributos personalíssimos reconhecidos aos titulares de direitos. Por fim, afirma ser de caráter atentatório à personalidade, de vez que se configuram através de lesões a elementos essenciais da individualidade.

Alguns autores preferem não adotar o termo ressarcimento para o dano moral, e sim compensação, posto que, tal reparação equivaleria o dinheiro à dor. A compensação do dano moral tem duas funções a saber: a função de expiação, em relação ao culpado ou quem causa a dor; e a função de satisfação, em relação à vítima ou ofendido.

Essa função expiatória confere à compensação do dano moral um caráter de pena, a compensação do lesionado tem sentido punitivo para o lesionador, que recebe a pena como uma pena pecuniária, que vai acarretar uma diminuição de seu patrimônio material em consequência do ato lesivo praticado. Já a função satisfatória, de compensação, visa proporcionar uma vantagem ao ofendido, ou seja, o pagamento da soma de dinheiro é um modo de dar satisfação à vítima, que ao recebê-lo, o utilizará com a finalidade de usufruir algum bem que lhe dê prazer, o que contribuirá para compensar o dano ou perda que tenha produzido a agressão e acalmar o sentimento de vingança inato no homem. (SILVA, 2002, p. 62)

Como frisou Bittar (1999, p. 61), compete única e exclusivamente ao homem buscar o seu perfazimento, a sua realização, a sua felicidade, enfrentando as adversidades e vicissitudes que lhe oferecem, mas não pode compactuar com investidas injustas na respectiva esfera jurídica; daí que surge a defesa de sua personalidade e de seu patrimônio, como seus elementos centrais, que na teoria em debate se efetiva.

A reparabilidade do dano moral está amplamente prevista na legislação pátria. Podemos citar como exemplo a Constituição Federal (art. 5º, V e X), o Código Civil (art. 186), o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI e VII) e a Lei de Imprensa (art. 49).

Nas palavras de George Sarmento,

A dor experimentada por quem se vê ferido no seu sentimento de dignidade tem sido o farol para aferir a intensidade do dano moral. Os padecimentos por que passam as vítimas de traumatismos psíquicos são o produto de humilhações, achincalhes à sua esfera privada, mutilações físicas, perdas de entes queridos, tratamentos discriminatórios e toda a sorte de atentados que lhe infelicitam a alma. (2009, p. 25)

Aquele que começa a deixar para segundo plano a defesa de seus próprios interesses será sempre deixado para segundo plano na ordem da vida. Se não houvesse se iniciado o clamor pelo ressarcimento dos danos morais, jamais a doutrina teria se curvado diante de tão valiosa luta. O respeito pela intimidade, pela personalidade interior, pela dor única e solitária de cada ofendido.

Mas, por outro lado, há de se observar que não é qualquer lesão que causa dor, existem situações danosas que se apresentam unicamente no plano patrimonial, não produzindo qualquer efeito negativo na personalidade do lesado. Existem outras lesões que, por circunstâncias pessoais, naturais ou ocasionais, provocam reações diversas nos lesados. (BITTAR, 1999, p. 62)

Existem hipóteses em que se afeta a própria personalidade do lesado e sob aspectos diferentes, afirma Cahali. Ora, é exatamente quando se ferem os componentes da subjetividade e da consideração pessoal e social do titular de direito, que os danos se apresentam como morais. (*apud* BITTAR, 1999, p. 62)

A subjetividade da valoração do dano causado é que obsta em alguns momentos a completa satisfatoriedade da vítima, a dificuldade de sem mensurar o dano causado a outrem torna impossível saber qual a repercussão na esfera íntima da vítima, isso se dá, principalmente porque, segundo leciona Cleyton Reis (2002, p. 111), a única forma de reparação que fomos habituados a conhecer é de natureza patrimonial, como, então, poderemos saber se a fixação do valor arbitrado a título de danos morais é compatível com o prejuízo sofrido pela vítima?

### **3.5 Natureza e caráter da indenização**

Como pondera a ilustre professora da UFMG, Maria Celina Bodin de Moraes,

não são poucos os que hoje afirmam que a satisfação do dano moral visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo. (2003, p. 219)

Essa necessidade de prevenir futuras possíveis imitações tem trazido à baila um importante fator na hora do arbitramento de ofensas graves, que é o fator punitivo. E é neste diapasão que a citada professora diz em sua brilhante obra que a reparação de dano moral contém um duplo caráter:

- a) Caráter compensatório – para confortar a vítima;
- b) Caráter punitivo – cujo objetivo é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima. (MORAES, 2003, p. 220)

O Legislador atento a tal situação tentou inseri-la no CDC (Código de Defesa do Consumidor), porém, o disposto em seu pretense artigo 16 fora vetado pelo Presidente da República. O artigo 16 do CDC, que foi excluído pelo veto presidencial dispunha do seguinte:

Art. 16: Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e a proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.

Para fugir da arbitrariedade dos cálculos em casos, por exemplo, de indenização por dano moral nas relações de consumo, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento sugere que se recorra ao recurso da analogia. Uma vez que, por exemplo, o código do consumidor não cuidou de apontar qualquer critério, assim como mesmo o código civil, poder-se-ia lançar mão dos dados constantes do código brasileiro de telecomunicações (Lei 4.117, de 27/08/62), onde existem cálculos reparatórios organizados em função de certos números de salários mínimos. (THEODORO JÚNIOR, 1999, p. 34)

O subjetivismo de critérios leva a uma importância exacerbada do papel do juiz quando da avaliação do dano para arbitramento do *quantum*, que deve munir-se do máximo de bom senso para o desempenho de tal papel.

Qual seria, então, o verdadeiro caráter da sanção que culmina com uma indenização? Teria o caráter compensatório, reparatório, punitivo ou meramente um sentido preventivo ou profilático? (MARMITT, 1999, p. 225)

Na opinião da professora Maria Celina Bodin de Moraes esta reparação teria sim, o caráter punitivo. Mas seria impossível atribuir um caráter punitivo em função da autonomia existente entre o direito penal e o direito civil, pelo fato de que são regidos por princípios diferentes e o caráter punitivo seria apenas em sede de direito penal, na opinião do professor Clayton Reis.

Sob outro ponto de vista, argumentou-se que a idéia seria de compensação, isto é, a substituição da tristeza por prazeres que a pecúnia poderia propiciar, para que servisse de fundamento à reparação do dano moral apenas para vítimas das classes mais desfavorecidas, para as quais “um aparelho de televisão, uma viagem, podem atuar como motivo de alegria”. Se, no entanto, fosse esse o único fundamento da reparação, uma vítima rica, uma pessoa de posses, jamais teria possibilidade de ser indenizada, eis que já abastado, o dinheiro não traria qualquer sentimento de compensação. Daí resulta, mais uma vez, o entendimento de que a reparação do dano moral tem também um caráter de pena: é uma justa punição que deve reverter em favor da vítima. (MORAES, 2003, p. 220)

O nobre advogado Dr. Antônio Cassemiro da Silva, em seu artigo publicado na Internet “A fixação do quantum indenizatório nas ações por danos morais”, defende que a idéia primordial é que o juiz defina previamente se se trata de uma indenização fixada sob forma de ressarcimento ou punição. Quando então, deverá estabelecer critérios objetivos, ainda que de forma aproximada, para fixar o *quantum* indenizatório, o que consiste em avaliar de forma não emocional, isenta e criteriosa as circunstâncias de fato, o grau de culpa, a duração do sofrimento, as partes psicológicas atingidas, as condições do ofensor e do ofendido e a dimensão da ofensa. (<<http://www.jusnavigandi.com.br>>)

A simples condenação em danos morais traz em seu bojo uma situação bem mais complexa do que de início possa transparecer. Por trás do valor apurado em sentença ordinária existe um estudo minucioso, por parte do

magistrado, de toda a situação fática que envolveu o dano causado, qual foi a repercussão deste dano, tanto em foro íntimo quanto sua repercussão na sociedade, além dos fatores anteriormente já mencionados, tais como, a capacidade econômica do ofensor e da vítima e sua posição na sociedade.

Mas, além dos fatores acima descritos, intrinsecamente, uma sentença deste quilate traz a responsabilidade de se recompensar a vítima pelo abalo sofrido e ao mesmo tempo deve servir de desestímulo a condutas semelhantes. No entender de Plácido e Silva,

A reparação nesse aspecto, não se furta ao sentido de restabelecimento ao estado anterior ou a recomposição da coisa para que fique como era anteriormente, traz a função de restabelecer uma situação, que se havia modificado, em virtude do prejuízo ou dano causado. (REIS, 2002, p. 138)

Segundo a professora Maria Celina Bodin de Moraes, “A tese da função punitiva da reparação do dano moral, embora não adotada pelo legislador ordinário, vem encontrando, surpreendentemente, numerosos adeptos no Brasil, tanto em doutrina quanto em jurisprudência atual” (2003, p. 217). E a razão de ser desta expansão da tese punitiva, na sua origem, talvez possa ser vislumbrada no fato de que, à época antiga, o pagamento pela dor sofrida era, com frequência, considerado imoral (o chamado “dinheiro da dor”), de modo que foi preciso encontrar outra motivação para evitar que as condenações pela lesão a direitos extrapatrimoniais continuassem a ter caráter meramente simbólico.

Nesta ordem de idéias, a estrutura de pena privada seria um fundamento bastante aceitável diante de certas categorias de danos extrapatrimoniais. E mais ainda, se vem confirmando a duplicidade da função da reparação do dano moral, sob a justificativa de que, na fixação do quantum indenizatório, deve ser levado em conta um sancionamento do ofensor, como meio de se punir, desestimular ou inibir a prática do ato ilícito. Na doutrina, há até mesmo quem sustente que, ainda que reconhecida apenas a função compensatória à reparação do dano moral, esta “tem um sentido punitivo para o lesionador, que encara a pena pecuniária como uma diminuição do seu patrimônio em decorrência do ato lesivo”. (MORAES, 2003, p. 223/224)

Alguns magistrados, segundo as pesquisas da professora Maria Celina Bodin de Moraes, já vêm sentenciando no sentido de também se punir o agente causador da conduta ofensiva, mas se um dos principais motivos para se adotar o efeito punitivo em termos de condenação vem da necessidade de se coibir a repetição de condutas socialmente incorretas e danosas, necessário se faz uma análise ainda mais abrangente desta conduta, se passível de repetição ou se seria suficiente a imposição de simples penalidade sem o cunho punitivo, justamente por ser de difícil repetição. Assim analisando, pode-se chegar ao fato que, uma conduta menos grave, mas que possa ser facilmente imitada, mereceria, na finalidade preventiva, uma condenação maior. “Este parece ser o problema principal da justiça/injustiça das sentenças exemplares e dos chamados “bodes expiatórios””. (MORAES, 2003, p. 226)

Para Clayton Reis (2002, p. 159), a questão do caráter da indenização por danos morais vai mais além, esta indenização teria um efeito preventivo, compensatório e punitivo.

Diz o autor supracitado que quando o *quantum* se verifica através de valores efetivos, não traduzindo enriquecimento ilícito e nem valores ínfimos, a indenização cumpre sua função de satisfação da vítima, além de gerar um inevitável desconforto na intimidade do lesionador, cujo patrimônio estará sendo subtraído com a finalidade de pagamento da vítima. Assim, a indenização cumpre seu verdadeiro sentido, assumindo função múltipla de reparação, punição e dissuasão do lesionador. (2002, p. 161)

### **3.6 Objeções doutrinárias à reparabilidade do dano moral**

Não obstante todo o crescimento da nossa doutrina pátria acerca da reparabilidade do dano meramente moral, ainda existem autores que por um motivo ou outro se posicionam contra, como por exemplo, Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria (*apud* REIS, 2002, p. 112), afirma que:

não sendo o dano moral avaliável em dinheiro, não pode ele ser reparado mediante um equivalente pecuniário; por outro lado, que é difícil averiguar quais as pessoas que sofrem um dano moral, porque o mesmo fato pode lesar moralmente uma quantidade infinita delas.

Pires de Lima (*apud* SILVA, 1983, p. 337) vai mais além, e enumera oito objeções à reparabilidade do dano moral, qual sejam:

- Falta de um efeito penoso durável;
- A incerteza, nessa espécie de dano, de um verdadeiro direito violado;
- A dificuldade de descobrir-se a existência do dano;
- A indeterminação do número das pessoas lesadas;
- A impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro;
- A imoralidade de compensar uma dor com dinheiro;
- O ilimitado poder que se tem de conferir ao juiz;
- A impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação.

Inicialmente a doutrina se negava a aceitar a reparabilidade do dano moral, por considerar inestimável seu valor e por considerar imoral estabelecer-se um preço para a dor. Mas, por fim, a própria doutrina rendeu-se à realidade de que tal indenização não se tratava de *pretium dolores*, mas simplesmente uma pequena compensação pela tristeza injustamente infligida à vítima. (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 96)

Maria Helena Diniz (1998, p. 87/88), fazendo um estudo acerca de tais objeções, em um somatório de opiniões de doutrinadores italianos, tais como Minozzi, Chironi, Gabba e do francês Georges Ripert, traduziu estas objeções como sendo as principais:

1. A efemeridade do dano moral – mas a doutrina já se posicionou no sentido de que, o fato do dano moral não perdurar, não ter um efeito permanente, não impede a sua reparação. O tempo de durabilidade do dano não é parâmetro suficiente para mensurar a sua gravidade.

2. O escândalo da discussão, em juízo, sobre sentimento íntimos de afeição e decoro – este tipo de discussão não acontece apenas em ações que buscam a reparação de um dano moral, além do que a função do judiciário é acolher as queixas e dirimir as contendas e para ações que versem sobre questões muito pessoais e muito graves, existe o segredo de justiça.

3. A incerteza, nos danos morais, de um verdadeiro direito violado e de um dano real – o fato do bem violado ser caracterizado por ser um bem imaterial não implica na inexistência de violação do bem. O fato de não ser possível a constatação material do dano não significa que não houve ou que não mereça reparação.

4. A dificuldade de se descobrir a existência do dano – não se traduzindo a dificuldade em impossibilidade, ou seja, existem vários meios de provas podendo até mesmo se recorrer à presunção *juris tantum* sendo o dano causado a pessoa diretamente ligada à vítima, como, por exemplo, a morte de um filho.

5. A impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral – o dinheiro, neste caso, não permite uma correspondência realmente equivalente, qualitativa e quantitativamente ao bem lesado, mas é capaz de atuar como lenitivo na dor de quem já perdeu algo incapaz de ser recomposto.

6. A indeterminação do número de lesados – uma lesão em nível moral nem sempre atinge apenas a vítima direta, como vítimas indiretas estão parentes, filhos, cônjuges, pessoas intimamente e emocionalmente ligadas à vítima, neste contexto, mais uma vez, o papel do juiz é de extrema importância, pois cabe a ele esta análise dos envolvidos e a verificação de quem realmente foi atingido com o dano ou simplesmente se busca levar vantagem pecuniária.

7. A imoralidade da compensação da dor com o dinheiro – este argumento não merece prosperar vez que não se está compensando a dor com o dinheiro, por vias transversas o que o dinheiro faz é propiciar bens e alegrias que possam fazer com que a vítima, após sofrer as agruras do dano, tenha momento de alegria que venham a dirimir o menoscabo.

8. O perigo da inevitabilidade da interferência do arbítrio judicial conferindo ao magistrado poder ilimitado na apreciação dos danos morais, ao avaliar o montante compensador do prejuízo – não há o que se falar em excessivo poder conferido ao juiz, mesmo porque, em quaisquer outros tipos de ação judicial há sempre que se reportar ao discernimento do juiz, porque é sempre ele que arbitra as sentenças, o que nos leva a partir do pressuposto de que, se o juiz tem um prudente arbítrio para qualquer tipo de sentença, que verse sobre qualquer outro assunto, inclusive nos delicados meandros das ações de família, porque não o teria neste caso em particular?

9. Enriquecimento sem causa – neste caso diz-se que a vítima teria, com a indenização pecuniária, um aumento patrimonial, sem que para tanto tivesse tido qualquer desembolso. O direito não protege apenas bens econômicos, como bem se verifica no ordenamento jurídico pátrio, existe proteção à inviolabilidade do domicílio, ao bom nome, à honra, à vida, ao decoro, à liberdade, que são bens íntimos e subjetivos, não haveria de ser diferente com o dano moral.

10. Impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação – mesmo que o bem moral não seja passível de expressão em dinheiro, também é um bem jurídico e como tal é perfeitamente indenizável.

Para Aguiar Dias (1994, p. 737), os principais argumentos em objeção à reparabilidade do dano moral se resumem em três, são eles:

- A impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro;
- A imoralidade da compensação da dor como o dinheiro;
- A extensão do arbítrio concedido ao juiz.

Vê-se que os argumentos não variam muito e a doutrina e a jurisprudência possuem argumentos bastantes para refutá-los caso a caso, não subsiste mais o argumento da imoralidade do *pretium dolores*, já não se fala mais em pagar a dor, não existe sustentabilidade em tais argumentos.

É como chamava Ripert, trata-se da “substituição do prazer, que desaparece, por um novo”. (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 96)

Apesar da grande evolução já alcançada pela doutrina e jurisprudência, ainda existem julgadores que insistem em não evoluir, juntamente com nossa jurisprudência, e para estes casos em particular, os Tribunais têm feito justiça no sentido de reformar tais julgados.

## **4. CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO**

### **4.1 Considerações gerais**

O legislador brasileiro, não se sabe por que motivo, não adentrou em detalhes ao possibilitar a fixação de um valor pecuniário para a reparação do dano meramente moral. O legislador do Código de 1916 trazia explicitamente em seu texto, no art. 1538, por exemplo, em várias hipóteses, a indicação de critérios a serem seguidos pelo julgador na reparação de prejuízos não-materiais:

Art. 1538 – no caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.

§ 1º- esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§ 2º - se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.

Com poucas variações, hoje em dia podem ser considerados aceitos os seguintes dados para avaliação do dano moral (MORAES, 2003, p. 296):

- 1 – o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor (a dimensão da culpa);
- 2 – a situação econômica do ofensor;
- 3 – a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (amplitude do dano);
- 4 – as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica);
- 5 – a intensidade de seu sofrimento.

Esses critérios são amplamente aceitos pela jurisprudência, porém ficam a cargo única e exclusivamente do arbitramento do juiz singular.

Observa-se em decisões, tanto de primeira instância quanto de acórdãos dos tribunais, que ainda existem juízes que remetem o caso concreto à uma comparação com o Código de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) ou à Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), a fim de se estabelecerem como parâmetros, os valores contidos naquelas para só então arbitrar valores para estas.

Como bem disse Humberto Theodoro Júnior: “O bem lesado (a honra, o sentimento, o nome etc) não se mede monetariamente, ou seja, não tem dimensão econômica ou patrimonial” (1999, p. 34). Não existem meios justos para se indenizar suficientemente aquilo que, por sua própria natureza, não é indenizável.

Seria muito lógico e justo se determinar que quem causasse a outrem um dano teria o dever de repará-lo (MORAES, 2003, p. 205), porém falta concretude e, portanto, torna-se ineficaz, a norma, se não for bem especificada, detalhada. Apenas o fato de trazer em seu bojo o dever de reparar o dano cometido, não se faz suficiente para que seja cumprida.

A falta de objetividade dos critérios utilizados para a apuração do *quantum* nas condenações em danos morais leva a uma verdade, a de que a reparação será sempre, sem nenhuma dúvida, inferior ao prejuízo experimentado (THEODORO JÚNIOR, 1999, p. 36). Fato este que leva à insatisfação do ofendido e à sensação de impunidade.

O homem moderno, muito apegado aos bens materiais, sente a punição apenas quando tocado onde lhe é mais sensível, ou seja, o bolso. Quando a punição o afeta monetariamente é que ele se faz ressentir.

Assim como colaciona Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 38), “A indenização não pode ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.”

Se arbitrada em valores ínfimos corre o risco de cair na total impunidade, pois não é suficiente para desestimular o comportamento lesivo do ofensor, se arbitrada em valores exagerados acarreta o enriquecimento ilícito. Mais

do que nunca há de se estar presente a preocupação de conter a reparação do dano dentro de limites razoáveis, para que jamais se converta em fonte de enriquecimento de um lado ou fonte de empobrecimento, de outro.

Traduzindo muito bem esta necessidade, disse o Desembargador Urbano Ruiz, do TJSP – “satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa”. (THEODORO JÚNIOR, 1999, p. 39)

Os nobres magistrados têm uma função muito importante quando do arbitramento do *quantum* nas condenações em danos morais, necessitam ser prudentes para evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, isso representaria a quebra de princípios básicos como da legalidade e o princípio da isonomia. (THEODORO JÚNIOR, 1999, p. 35)

## 4.2 Legitimidade para a aferição do quantum indenizatório

Atualmente, as condenações em danos morais estão passando por um período de transformações, mais claramente, estão deixando de ser apenas compensatório para o ofendido, e assumindo um caráter, mesmo que ainda muito brando, punitivo para o ofensor.

Situação esta que nos remete a uma questão de primordial importância: Quem seria a pessoa mais adequada para se quantificar o valor adequado para uma condenação de danos morais?

- a) O próprio ofendido – ao estabelecer o valor da causa – quando se vê sob o aspecto emocional, como seria o caso do próprio ofendido, dinheiro nenhum no mundo seria capaz de aplacar a sua dor, por conseguinte, o *quantum* seria sempre superestimado e superavaliado.
- b) O juiz da causa – o magistrado nem sempre reúne todas as condições necessárias para uma avaliação precisa. Excesso de trabalho (o judiciário está deveras sobrecarregado) ou às vezes

um nível de vida superior à maioria das pessoas, em termos financeiro, que não permitiria uma visão exata do que realmente poderia causar dor moral em uma pessoa muito simples, na qual determinados valores costumam ser mais arraigados, em uma categoria mais humilde da população.

- c) Um corpo de jurados (como na experiência americana) – “O que se observa é que os jurados não discernem a função retributiva da função preventiva, embasando o seu julgamento exclusivamente no índice de gravidade da conduta ilícita, negligenciando o aspecto da prevenção” (MORAES, 2003, p. 247) A realidade americana é muito diferente da nossa, não se aplicaria ao nosso modelo jurídico.

“Se a prevenção e não a retribuição é o objetivo adequado dos danos punitivos, um corpo de especialistas poderia decidir sobre um sistema adequado de recompensas ou poderia sugerir critérios gerais para os juízes togados”. (MORAES, 2003, p. 248)

Partindo-se desta proposição de um corpo de especialistas e passando pela proposição dos juízes americanos Cass Sunstein, Daniel Kahneman e David Schkade, em sua obra *Assessing punitive damages*, de se criar uma agência reguladora para tal finalidade, poderemos encontrar um meio termo que bem se adeque à realidade brasileira, qual seria, que se funcionasse dentro da contadoria judicial um setor específico para cálculo do *quantum* para condenações de danos morais, que seriam posteriormente homologados pelo juiz ordinário; composto de funcionários treinados para tal avaliação, utilizando-se dos mais diversos métodos já sugeridos até hoje para tal quantificação, método este que seria o mesmo para todos os processos, o que não acontece hoje, a solução de cada caso depende do ponto de vista pessoal de cada juiz para qual é distribuída a causa.

Seguindo-se esta proposição, teríamos julgamentos mais técnicos e uniformes, sem contar com os excessos acometidos em algumas sentenças, como anteriormente citamos como sendo os chamados “bodes expiatórios” ou em pólo

contrário, sem deixar de se fazer justiça como acontece em várias decisões em segunda instância, quando, por exemplo, uma parte tem seu nome maculado, recebendo cobranças comprovadamente indevidas, causando-lhe inúmeros dissabores, ganhando em primeira instância, após recurso da parte contrária, obtém-se um julgamento em segunda instância em que diz não fazer jus a indenização, pois tratou-se apenas de um “desencontro administrativo, uma simples falha humana.” (TJDFT, acórdão 160744, relator Juiz Antoninho Lopes).

Segundo o Augusto César Ramos (<<http://www.jusnavigandi.com.br>>), “A indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima. Não se trata de um valor que se submete ao livre talante do julgador, sem quaisquer critérios”.

Mais uma vez, resta clara a necessidade de especificação de critérios a serem adotados para tal quantificação, para que a mesma não seja eivada de injustiças, para que não se possa, através de comparações entre julgados semelhantes, lançar mão de suspeitas de favorecimentos e alegações de preconceitos quaisquer, com vistas a se alcançar uma maior propriedade e satisfação dos julgados.

Renomado advogado empresarial de São Paulo, Sérgio Gabriel (<<http://www.jusnavigandi.com.br>>), defende a adoção dos critérios estabelecidos para as indenizações dispostos no artigo 53, I e II da lei de Imprensa e no artigo 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Wilson Melo da Silva, ao recusar o caráter punitivo disse:

Para que haja pena, mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique, ou seja, *nulla poena sine lege*. Para que haja dano basta a simples infringência da ampla regra do *neminem laedere*. O delito, no dano, é apenas o fato gerador, a circunstância determinante dele. E o que no juízo cível se busca ressarcir é apenas a consequência do delito, ou seja, o dano [...] mira-se, na responsabilidade civil, a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para a graduação do quantum reparador, e não a culpa do autor. (1983, p. 267)

### **4.3 A reparação de danos morais na ótica da jurisprudência**

Há anos a seguinte dúvida paira sobre o Judiciário: É possível quantificar financeiramente uma dor emocional ou um aborrecimento?

Como a Constituição de 1988 garante o direito à indenização por danos morais, magistrados de todo o país se empenham para chegar a um padrão no arbitramento das indenizações.

Ainda que não haja uniformidade entre os órgãos julgadores do Superior Tribunal de Justiça, que tem a palavra final para tais casos, a busca de parâmetros para adequar as indenizações é incessante.

O dano moral tem sido enfrentado no STJ sob a ótica de atender uma dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida. Como é vedado ao Tribunal reapreciar fatos e provas e interpretar cláusulas contratuais, o STJ apenas altera os valores de indenizações fixados nas instâncias locais quando se trata de quantia irrisória ou exagerada.

Ao analisar o pedido de dano moral, o juiz tem liberdade para apreciar, valorar e arbitrar a indenização dentro dos parâmetros pretendidos pelas partes, ou seja, não há um critério legal, objetivo e tarifado para a fixação do dano moral. Depende muito do caso concreto e da sensibilidade do julgador, isto porque a indenização não pode ser ínfima, de modo a servir de humilhação para a vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa.

Dessa forma, considera-se, quanto à vítima, o tipo de dano sofrido (morte, lesão física, deformidade), o padecimento para a própria pessoa e familiares, circunstâncias de fato, como a divulgação maior ou menor e conseqüências psicológicas duráveis para a vítima. Quanto ao ofensor, considera-se a gravidade de sua conduta ofensiva, a desconsideração de sentimentos humanos ao agir, suas forças econômicas e a necessidade de maior ou menor valor, para que este seja um desestímulo efetivo à não reiteração.

A obrigação de indenizar pressupõe a existência de prejuízo material ou moral. No primeiro caso, cabe ao autor demonstrar de forma cabal que o seu patrimônio foi afetado pelo ato ilícito, causando-lhe prejuízos a serem liquidados para fins de ressarcimento.

Quando se trata de danos morais, essa exigência é relativizada. Isso porque o dano opera na dimensão psíquica da vítima, afetando-lhe a auto-estima ou o sentimento de decoro, respeitabilidade e honra, sendo muito difícil quantificar o prejuízo. A doutrina satisfaz-se com a prova da ilicitude, deduzindo daí as nefastas conseqüências sobre o seu equilíbrio mental.

Não é preciso demonstrar a dor experimentada pelo paciente que tem o rosto desfigurado por erro do cirurgião plástico; tampouco a do pedestre que ficou paraplégico depois de ter sido atropelado por um motorista embriagado; o mesmo acontece com o consumidor acusado injustamente de furto em uma loja de departamentos; ou com o cliente que tem o nome inserido indevidamente no SPC. Em todas essas situações o prejuízo é presumido. Diante do dano moral, o juiz toma por base a reação do homem médio em face das agressões sofridas para, então, arbitrar quantia capaz de compensar o padecimento psicológico da vítima.

Tantos fatores para análise resultam em disparidades entres os tribunais na fixação do dano moral. Uma Câmara do Tribunal fixa um determinado valor de indenização e outra Turma julgadora arbitra, em situação envolvendo partes com situações bem assemelhadas, valor diferente.

Eis alguns exemplos recentes de como os danos vêm sendo quantificados no Superior Tribunal de Justiça.

#### **4.3.1 Morte dentro de escola**

Quando a ação por dano moral é movida contra um ente público, cabe às turmas de Direito Público do STJ o julgamento do recurso. Seguindo o entendimento da Segunda Seção, a Segunda Turma vem fixando o valor de indenizações no limite de 300 salários mínimos. Foi o que ocorreu no julgamento do REsp 860705, relatado pela ministra Eliana Calmon. O recurso era dos pais que,

entre outros pontos, tentavam aumentar o dano moral de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para 500 salários mínimos em razão da morte do filho ocorrida dentro da escola, por um disparo de arma. A Segunda Turma fixou o dano, a ser ressarcido pelo Distrito Federal, seguindo o teto padronizado pelos ministros.

O patamar, no entanto, pode variar de acordo com o dano sofrido. Em 2007, o ministro Castro Meira levou para análise, também na Segunda Turma, um recurso do Estado do Amazonas, que havia sido condenado ao pagamento de 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) à família de uma menina morta por um policial militar em serviço. Em primeira instância, a indenização havia sido fixada em cerca de 1.600 salários mínimos, mas o tribunal local reduziu o valor, destinando R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada um dos pais e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos três irmãos. O STJ manteve o valor, já que, devido às circunstâncias do caso e à ofensa sofrida pela família, não considerou o valor exorbitante nem desproporcional (STJ, REsp 932001).

#### **4.3.2 Paraplegia**

A subjetividade no momento da fixação do dano moral resulta em disparidades gritantes entre os diversos Tribunais do país. Num recurso analisado pela Segunda Turma do STJ em 2004, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul apresentou exemplos de julgados pelo país para corroborar sua tese de redução da indenização a que havia sido condenada.

Feito refém durante um motim, o diretor-geral do hospital penitenciário do Presídio Central de Porto Alegre acabou paraplégico em razão de ferimentos. Processou o estado e, em primeiro grau, o dano moral foi arbitrado em R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais). O Tribunal estadual gaúcho considerou suficiente a indenização equivalente a 1.300 salários mínimos. Ocorre que, em caso semelhante (paraplegia), o Tribunal de Justiça de Minas Gerais fixou em 100 salários mínimos o dano moral.

A Segunda Turma reduziu o dano moral devido à vítima do motim para 600 salários mínimos (STJ, REsp 604801), mas a relatora do recurso, ministra Eliana Calmon, destacou a dificuldade em chegar a uma uniformização, já que há

múltiplas especificidades a serem analisadas, de acordo com os fatos e as circunstâncias de cada caso.

#### **4.3.3 Morte de filho no parto**

Em 2002, a Terceira Turma fixou em 250 salários mínimos a indenização devida aos pais de um bebê de São Paulo morto por negligência dos responsáveis do berçário (STJ, Ag 437968).

Caso semelhante foi analisado pela Segunda Turma em 2009. Por falta do correto atendimento durante e após um parto, a criança ficou com seqüelas cerebrais permanentes. Nessa hipótese, a relatora, ministra Eliana Calmon, decidiu por uma indenização maior, tendo em vista o prolongamento do sofrimento.

A morte do filho no parto, por negligência médica, embora ocasione dor indescritível aos genitores, é evidentemente menor do que o sofrimento diário dos pais que terão de cuidar, diuturnamente, do filho inválido, portador de deficiência mental irreversível, que jamais será independente ou terá a vida sonhada por aqueles que lhe deram existência.

Afirmou a ministra em seu voto. A indenização foi fixada em 500 salários mínimos (STJ, REsp 1024693).

#### **4.3.4 Fofoca social**

O STJ reconheceu a necessidade de reparação a uma mulher que teve sua foto ao lado de um noivo publicada em jornal do Rio Grande do Norte, noticiando que se casariam. Na verdade, não era ela a noiva, pelo contrário, ele se casaria com outra pessoa. Em primeiro grau a indenização foi fixada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), mas o Tribunal de Justiça entendeu que não existiria dano a ser ressarcido, já que uma correção teria sido publicada posteriormente. No STJ, a condenação foi restabelecida (STJ, REsp 1053534).

#### **4.3.5 Protesto indevido**

Um cidadão alagoano viu um indenização de R\$ 133.000,00 (cento e trinta e três mil reais) minguar para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) quando o caso chegou ao STJ. Sem nunca ter sido correntista do banco que emitiu o cheque,

houve protesto do título devolvido por parte da empresa que o recebeu. Banco e empresa foram condenados a pagar cem vezes o valor do cheque no importe de R\$ 1.300,00 (um mil e trezentos reais). Houve recurso e a Terceira Turma reduziu a indenização. O relator, ministro Sidnei Beneti, levou em consideração que a fraude foi praticada por terceiros e que não houve demonstração de abalo ao crédito do cidadão (STJ, REsp 792051)

#### **4.3.6 Interrupção indevida de serviço telefônico**

Existe jurisprudência do STJ no sentido de que não gera dano moral a simples interrupção indevida da prestação do serviço telefônico (STJ, REsp 846273).

#### **4.3.7 Alarme antifurto**

Em 2008, a Terceira Turma do STJ manteve uma condenação no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) por danos morais devido a um consumidor do Rio de Janeiro que sofreu constrangimento e humilhação por ter de retornar à loja para ser revistado. O alarme antifurto disparou indevidamente.

Para a relatora do recurso, ministra Nancy Andrighi, foi razoável o patamar estabelecido pelo Tribunal local (STJ, REsp 1042208). A ministra destacou que valor seria, inclusive, menor do que noutros casos semelhantes que chegaram ao STJ. Em 2002, houve um precedente da Quarta Turma que fixou em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) indenização para caso idêntico (STJ, REsp 327679).

### **4.4 Proposta do Tribunal de Justiça de Minas Gerais de tabelamento da indenização**

Na tentativa de se apresentar um sistema eficaz para a apuração do *quantum* o Tribunal de Justiça de Minas Gerais através de seu centro de estudos jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos, que reúne membros do tribunal de alçadas de MG, promoveu debate sobre o tema, sugestões para o arbitramento (THEODORO JÚNIOR, 1999, p. 47), deste estudo restou uma lista de sugestões para quantificação do dano moral, a título de sugestão para os magistrados:

- 1 – pedido de dano moral por inclusão indevida do nome em SPC – SERASA- Cartório de protestos: até 20 salários mínimos;
- 2 – pedido de dano por morte de esposo, esposa, filhos: 100 salários mínimos;
- 3 – outras bases de pedidos: até 90 salários mínimos;
- 4 – com atenção ao caso concreto, cada juiz tem inteira liberdade na aquilatação dos valores indenizatórios. As sugestões, no entanto, são válidas, como parâmetros orientadores, no comum dos “casos” (DJMG, Cad. II 08/10/98).

A experiência não pôde ser considerada um sucesso, pois a universalidade de casos que surgem não torna possível uma comparação com limites e parâmetros tão objetivos. Por exemplo: no primeiro caso, inclusão indevida no SPC, para uma pessoa contumaz nesta prática, tem um valor, mas para uma pessoa que jamais teve o seu nome incluído no SPC, não se poderia considerar da mesma forma. No segundo caso, por exemplo, em sendo falecido um marido presente, que sustentava toda a família e ainda um pai extremoso e presente, jamais poderia ser tratado da mesma forma que o falecimento de um pai de família relapso, que deixava todo o sustento por conta dos seus, era um ébrio e não contribuía sequer com a função de pai.

Estes são apenas exemplos que nos remetem à imensidão de possibilidades que a causa oferece, tornando impossível um “tabelamento” do dano com sua conseqüente indenização.

Assim como acentuou José de Aguiar Dias (MARMITT, 1999, p. 224), “Não se trata de descobrir o preço da dor moral, mas de estimar um valor atenuante dessa dor. A condição da impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo.”

Logo nos remete à conclusão de que a dificuldade ou até, vez por outra, a impossibilidade de se estipular um valor que realmente atenda à função de indenizar a vítima e ao mesmo tempo, que seja eficaz para desestimular a conduta

do ofensor, não pode, jamais, ser usado em benefício do ofensor, arbitrando-se valores tão módicos que não atendem sua função.

A falta de parâmetros corretos não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável pelo dano, através da impunidade; o fato de não ser possível estabelecer equivalente estado, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas. (MARMITT, 1999, p. 224)

Por falta de parâmetros próprios, alguns magistrados brasileiros vêm utilizando, por analogia, parâmetros “emprestados” que já existem em nosso ordenamento pátrio e os adequando à realidade de cada caso. Senão vejamos os dois exemplos que mais servem de base para o cálculo do *quantum* em ações de danos morais.

#### **4.5 Critérios quantitativos do Código Brasileiro de Telecomunicações**

A lei 4.117 de 27/08/62 oferece alguns elementos indicativos para a delimitação do *quantum* indenizatório em seu artigo 84, *in verbis*:

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.

§ 1º - O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 2º - O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio for.

§ 3º - A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.

Embora endereçada especificamente aos danos morais decorrentes de calúnias, injúrias ou difamações cometidas através da radiodifusão, a regra tem sido amplamente utilizada em muitos outros casos.

## 4.6 Critérios quantitativos da Lei de Imprensa

A lei 5.250/67, em consonância com a lei 7.300/95 (que dá nova redação ao art. 3º § 4º, da lei 5.250/67), diz em seu art. 53:

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.

Assim como leciona Arnaldo Marmitt (1999, p. 227), o nosso legislador ordinário poderia ter disciplinado melhor a questão da quantificação indenizatória para o dano moral, poderia ter definido critérios e parâmetros que redundariam em sentenças mais seguras e mais democráticas. Como não o fez, preferiu deixar esta função ao livre arbítrio do juiz, que tem a tarefa de chegar a uma complexa análise visando uma “composição pecuniária, com vistas à repercussão econômica, à extensão e à profundidade da dor, ao grau de culpa ou dolo do ofensor”. (1999, p. 227)

Com vistas a alcançar um maior grau de justiça, os parâmetros adotados na lei de Imprensa são outra fonte de analogia para os magistrados.

## 4.7 Adoção de um sistema tarifado para determinação do quantum indenizatório

Assim como a experiência adotada pelo TJMG, muitos propugnam por um sistema tarifado para a determinação deste *quantum*, porém outros vacilam, justamente pelo universo de diferentes situações que envolvem os danos morais, assim como diz Arnaldo Marmitt (1999, p. 228) “Tudo dependerá das circunstâncias

e das peculiaridades que emolduram o caso concreto, e que em suas nuances difere sempre de outros assemelhados”.

Um fator muito importante quanto a questão do sistema tarifado seria a possibilidade do ofensor “escolher” previamente o tipo de dano “mais barato” e lhes seria lícito optar por pagar a importância imposta em detrimento ao bem tutelado. (MARMITT, 1999, p. 228)

Outro ponto em contrário à adoção de um sistema tarifado seria o fato de que casos que possam parecer totalmente semelhantes, após um estudo minucioso, vê-se que podem ser semelhantes apenas em primeira análise, pois o universo dos sentimentos do homem é enorme. O mesmo histórico de um caso pode acarretar uma infinidade de sentimentos totalmente diferentes, afetar pessoas e suas suscetibilidades de maneira diversa.

Um mesmo dano causado a uma pessoa X e uma pessoa Y poderá desencadear sentimentos diversos, ferindo mais a um do que o outro e, por conseguinte, não há como serem mensurados da mesma forma, através de uma tabela pré-estabelecida.

## CONCLUSÃO

A doutrina pátria partiu de uma época de selvageria reinante, onde o homem resolvia todas as suas contendas com a força física, época em que o homem valia pela força física que possuía, pois essa força representava a sobrevivência de sua família e de toda a sua descendência.

Com a evolução dos tempos, foi-se entendendo que a força física poderia ser substituída por situações outras que resolveriam os problemas entre os homens, sem essa solução exigir, necessariamente, que um dos dois adversários saísse morto. Passou-se então para uma fase posterior, que o homem cobrava o mal que lhe fora causado decepando membros do seu causador ou até mesmo escravizando-o pelo tempo necessário para que houvesse como pagar a sua dívida, seja de que tipo fosse essa dívida.

A fase seguinte de evolução do procedimento jurídico de compensação do dano sofrido representou um grande salto para a dignidade humana e o crescimento do homem, não mais como um ser de puros músculos, mas como um ser que pensa, calcula e é capaz de encontrar soluções que não passam, necessariamente, pela força física.

Essa evolução foi representada pela cobrança de multas, principalmente em compensação de ofensas sofridas no campo moral e na honra. Já se apresentava, neste momento de nossa história, a importância do dano puramente moral, que não representasse necessariamente uma perda ou modificação patrimonial, mas simplesmente na esfera íntima do ser humano ou na repercussão frente à sociedade desta lesão puramente moral.

Durante muitos e muitos anos a doutrina não se manifestou favoravelmente acerca da indenização do dano puramente moral. Era considerado sujo aceitar uma compensação financeira em troca da dor. É como se fosse imundo

o dinheiro que viesse em troca da dor sofrida, o chamado *pretium dolores*, o preço da dor. Não se considerava possível calcular a dor de uma pessoa, nem possível e nem aceitável.

Como todo sistema jurídico em processo de evolução contínua, a fim de acompanhar o desenvolvimento social, a doutrina vem se fazendo presente neste papel e cada vez mais, vêm surgindo métodos e mais métodos no sentido de se bem calcular um valor que seja suficiente para indenização de um dano puramente moral.

Deixar-se única e exclusivamente nas mãos do juiz de primeiro grau pode não ser a melhor maneira de se fazer justiça. Muitas vezes deparamo-nos com juízes que não possuem grandes experiências de vida, que passaram suas vidas inteiras debruçados sobre livros e mais livros no intuito de se preparem para os concursos e se tornaram exímios no bom uso das leis, mas, por vezes, não possuem experiência de vida necessária para se adentrar no íntimo de um cidadão, até então desconhecido, e ser capaz de aferir o impacto que um dano possa ter causado neste cidadão, e o quanto seria suficiente para amenizar esta dor.

Quem seria capaz de calcular este *quantum* indenizatório de forma imparcial e de forma que tornassem os julgados mais equânimes?

Talvez a grande solução para este impasse, sem a pretensão de ser a ideal, mas a solução que pudesse, no mínimo tornar mais justo os diversos julgados neste sentido, fosse a criação de um setor de avaliação, dentro da própria contadoria judicial, que pudesse, através de métodos comuns para todos os processos semelhantes, se aferir o valor ideal de indenização, e só a partir deste valor ideal o juiz pudesse homologar o relatório de sugestão, fazendo alteração no *quantum* conforme cada caso concreto.

Este método não supriria a discricionariedade do juiz, apenas serviria de parâmetro inicial para se chegar a um valor ideal em sentença, que fosse o suficiente para se reparar o dano causado ou simplesmente suficiente para se compensar a vítima, uma vez que em certos casos se torna impossível esta reparação, por não se poder restabelecer o *status quo ante*.

Muitas sugestões têm concorrido para se partir de um parâmetro único para a aferição deste *quantum*, embora até o presente momento não tenha surgido uma proposta que realmente fosse capaz de satisfazer o grande universo de situações litigiosas que se apresentam nos tribunais.

Uns adotam o sistema de analogia aos parâmetros adotados pela Lei de Imprensa, outros pela analogia à Lei de Telecomunicações, alguns outros, mesmo que escassos, atenderam a modelos como o tabelamento proposto pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, existe até mesmo, uma grande maioria, que não segue nenhum critério pré-estabelecido para a definição do *quantum* indenizatório. E é esta situação que entendemos por bem combater, pois gera decisões muito desiguais. A vítima vai ficar jogada à sorte da distribuição de seu processo para o juiz X ou para o juiz Y, sendo que um entende que o dano moral deve ser muito bem indenizado e outro pode entender que uma módica quantia já é mais do que suficiente para se amenizar a dor, vez que não há como verdadeiramente se restabelecer o *status quo ante*.

O certo é que muitas tentativas vêm se apresentando na doutrina com o intuito de se fazer, cada vez mais, uma justiça de melhor qualidade e a mais próxima possível do ideal, do satisfatório.

Muito crescemos e muito mais ainda temos para crescer até podermos encontrar boas soluções, e quando julgarmos tê-las encontrado, é só olhar a nossa volta e verificar que a sociedade se desenvolve de forma vertiginosa. Ao passo que ao encontrarmos soluções consideradas adequadas e boas, instantaneamente já não são mais suficientes para atender à demanda de tão acelerado desenvolvimento. Vão apenas atendendo à demanda momentânea até que entendimentos melhores possam advir.

E é esta busca incessante pelo aprimoramento que faz viva a nossa cultura de seres pensantes que somos, atentos às evoluções e mais atentos ainda à demanda da sociedade que cresce e se desenvolve.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA, Augusto F. M. *Dano moral puro ou psíquico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

ASSIS NETO, S. J. *Dano moral e aspectos jurídicos*. São Paulo: Bestbook, 2º tiragem.

BAPTISTA, Sílvio Neves. *Teoria geral do dano, de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: RT, 1999.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Saraiva, 1995.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DICIONÁRIO ESCOLAR DA LÍNGUA PORTUGUESA. Ministério da Educação.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GABRIEL, Sérgio. *Dano moral e indenização*. Disponível em <<http://www.jusnavigandi.com.br>>.

GOMES, Orlando, atualizado por Humberto Theodoro Júnior. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. 12. ed. RJ, Editora Forense, 1999.

MARMITT, Arnaldo. *Dano moral*. Rio de Janeiro: AIDE, 1999.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos, pessoais e materiais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

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

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Responsabilidade civil no código do consumidor*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2003.

RAMOS, Augusto César. *Dano moral*. Disponível em <<http://www.jusnavigandi.com.br>>.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Método, 2001.

SARMENTO, George. *Danos morais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Antônio Cassemiro. *A fixação do quantum indenizatório nas ações por danos morais*. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>.

SILVA, Wilson Melo da. *Dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Wilson Melo. *Dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Juarez Machado, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.17.