

**CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO NAS AÇÕES ONDE SE
POSTULA APENAS DANO MORAL.
BRASIL 1998-2006**

Renato David Clark de Aquino

Resumo: O presente trabalho é o resultado de ampla pesquisa jurisprudencial e doutrinária com a finalidade de catalogar e analisar os diversos critérios utilizados, em nosso ordenamento jurídico para fixação do valor das indenizações por dano moral. A inexistência de previsão legal quanto aos critérios a serem considerados pelo magistrado, na fixação do *quantum debeatur*, faz do tema alvo de intensa controvérsia. Soma-se a isto o fato de, a respeito do mesmo existirem opiniões divergentes dos mais renomados autores e doutrinadores nacionais. Trata-se assim de assunto dinâmico e atual, cujo o estudo apresenta-se extremamente instigante e motivador.

Palavras-chave: Dano moral, indenização, critérios.

Abstract: The Present Work Is The Result Of An Extensive Jurisprudencial And Doctrinal Research, Aiming At Cataloguing And Making An Analysis Of The Various Criteria Adopted In Our Legal System To Determine The Amounts Due For Moral Damage. The Absence Of Legal Provisions To He Criteria To Be Considered By The Judge, In The Determination Of The *Quantum Debeatur*, Makes The Topic Highly Controversial. It May Be Added To That, The Fact That The Opinions Are Divergent Among National Authors. It Is Then A Contemporary And Dynamic Topic, The Study Of Which Is Extremely Instigating And Motivating.

Key words: Moral damage, indemnification, criteria.

INTRODUÇÃO

A escolha do tema do presente trabalho, como monografia de conclusão de curso de graduação em Direito, foi objeto de persistente dúvida e bastante reflexão.

Seria assunto tão controvertido, alvo de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial, adequado à servir de tema para uma pesquisa em nível de graduação?

Não seria mais adequado um tema mais simples, que repousasse sobre a solidez da expressa previsão legal, e, de pacífica jurisprudência?

Destas dúvidas (dentre inúmeras outras) surgiu a motivação para iniciar o estudo e a pesquisa sobre esta questão tão empolgante.

As controvérsias que envolvem o assunto são inúmeras, e a sua relevância se demonstra por si só, já que, a partir da Constituição de 1988, aumenta a cada dia o número de ações judiciais buscando a reparação de danos morais, sendo as decisões, cada vez em maior número, objeto de críticas. Tais críticas revelam-se tanto entre os operadores do direito, quanto no meio social, tendo em vista a diversidade de resultados e, por vezes, a total ausência de critérios, substituídos por termos vagos e imprecisos.

Nesta pesquisa, colocar-se-á a reparação do dano moral sob a perspectiva civil-constitucional, situando o tema como mecanismo eficaz para a consecução do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição de 1988.

Deste modo, a ótica civil-constitucionalista será uma constante, norteador todo o desenvolvimento da pesquisa.

Inicialmente, no Capítulo um, a pesquisa se propõe a situar a Responsabilidade Civil e sua trajetória no Direito Brasileiro, trazendo uma série de

Conceitos necessários ao desenvolvimento do tema, como o próprio conceito de Responsabilidade Civil e suas espécies (contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva, o abuso do direito, a responsabilidade civil por atos lícitos).

No Capítulo dois o Dano Moral será posicionado frente aos princípios constitucionais, analisando-se a sua aplicabilidade e a cláusula geral de tutela da pessoa humana, assim como, a possibilidade de sua aplicação ante as diversas espécies de Responsabilidade Civil.

No Capítulo três, serão estudados os principais critérios de fixação de indenização por Dano Moral. Fundamentada em ampla pesquisa jurisprudencial e doutrinária, serão analisados os aspectos positivos e negativos de cada um dos critérios identificados no ordenamento jurídico brasileiro.

E, finalmente, serão apresentadas as conclusões resultantes da presente pesquisa.

CAPÍTULO 1 – RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 - PANORAMA HISTÓRICO

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *repondere*, que significava “ter alguém se constituído garantidor de algo”. Tal verbo contém a raiz *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais¹. Etimologicamente, portanto, responsabilidade significava a idéia de obrigação, encargo, contrapartida.²

A responsabilidade decorre tanto da convenção quanto da norma ou regra jurídica, em face das quais a obrigação se exige ou o dever se impõe.

O estudo da trajetória da responsabilidade civil, através das inúmeras transformações observadas na sociedade, é de fundamental importância para a correta interpretação de conflitos existentes na esfera civil.

À medida que a sociedade evolui, amplia-se o conceito de responsabilidade, e o ordenamento jurídico se aprimora visando criar mecanismos adequados à reparação do injusto.

Tradicionalmente, a idéia de responsabilidade civil relacionava-se com o princípio de que o dano causado pelo descumprimento do dever jurídico deve ser reparado.

No entanto, com o passar dos tempos, os ritos corporais citados pelo Direito Romano já não faziam mais parte das legislações contemporâneas, pois a obrigação civil passou a ganhar feição unicamente patrimonial. Foi o início de uma nova era, que serviria de base para a responsabilidade subjetiva, negocial e extranegocial.

A responsabilidade subjetiva ou aquiliana (em referência a *Lege Aquilia*, primeiro diploma legal a estabelecer de forma clara o princípio da reparação, relegando a segundo plano a pena, em favor da indenização) foi consagrada, como regra geral, no sistema privado brasileiro através do art. 159 do Código Civil de 1916.³ Aos poucos, porém, a técnica subjetivista foi apresentando-se incapaz de atender a todas e quaisquer situações em que o dano causado a outrem deveria ser reparado.

Progressivamente, desenvolveu-se jurisprudência no sentido de estender a responsabilidade subjetiva para hipóteses em que a culpa do agente fosse presumida.

¹DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 7. ed. v.7. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 31.

²CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

³BRASIL. Código Civil Brasileiro (revogado). Lei n.3.071, de 1º de janeiro de 1916. Art. 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou casar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Em seguida, visando ampliar o campo da técnica subjetivista, o legislador regulou expressamente hipóteses em que a reparação se impunha independentemente da conduta culposa do agente, associando, portanto, a reparação ao risco provocado pela atividade da qual resultou o dano.

A preocupação do legislador com a evolução do conceito de responsabilidade civil apresenta-se com clareza na Constituição Federal de 1988.

Verifica-se, nesta, o cuidado do legislador constituinte em prever hipóteses de responsabilidade civil e de seguro-social, conforme se constata nos seguintes dispositivos: art. 7º, inc. XXVIII; art. 21, inc. XXIII e art. 37º, §6º da Constituição Federal.⁴ Houve também preocupação com a cumulação de danos morais e materiais, conforme disposto no art. 5º inc. V e X da Carta Magna.⁵

Importante observar que a Revolução Industrial do início do século passado, o progresso científico e a explosão demográfica são considerados fatores que muito contribuíram para a evolução do conceito de responsabilidade civil, que passa a ter um novo perfil, cada vez mais voltado para os critérios objetivos de reparação.

Estabeleceu-se, portanto, um regime dualista de responsabilidade, em que convivem, simultaneamente, a norma geral de responsabilidade civil subjetiva – art. 159 do Código Civil de 1916⁶, que tem com fonte o ato ilícito (ilícito extracontratual ou aquiliano), e, do outro lado, as normas que regulam a responsabilidade objetiva para determinadas atividades, informadas por fontes legislativas.

Desta forma, verifica-se que ao longo da vigência do Código Civil de 1916, de caráter subjetivista, pouco a pouco se foi consolidando o conceito da responsabilidade objetiva. Esta, por sua vez, foi admitida aos poucos, e, apenas nas hipóteses expressamente prevista em lei.

Inicialmente, a responsabilidade objetiva no direito brasileiro consolidou-se no campo dos acidentes de trabalho, fundamentada na teoria do risco, com o Decreto n.º 3.724, de 15 de janeiro de 1919, e, posteriormente sugeriram outras legislações disciplinando a matéria, até chegar aos dias de hoje.

Nesta linha evolutiva, dentre várias hipóteses de responsabilidade civil objetiva que surgiram em nosso ordenamento jurídico, cabe ressaltar: Decreto-Lei n.º 227 de 28 de fevereiro de 1967 - Código de Mineração; Lei n.º 6.194 de 19 de dezembro de 1974, que instituiu o seguro obrigatório de responsabilidade civil para os proprietários de veículos automotivos; Lei n.º 6.453 de 1977 sobre acidentes nucleares; Lei n.º 6.938 de 1981 sobre danos causados ao meio ambiente e Lei n.º 7.565/86 Código Brasileiro de Aeronáutica.

Identifica-se ainda, no Brasil, momentos considerados relevantes para a questão da responsabilidade civil, entre eles: o Decreto-Lei n.º 7.036, de 10 de novembro de 1944, que adotou a teoria do risco profissional, com responsabilidade objetiva e tarifada no acidente de trabalho: a Constituição Federal de 1946, ao consagrar responsabilidade objetiva do Estado; a Constituição Federal de 1988 que, pela primeira vez na história dos textos constitucionais brasileiros, dispõe sobre a proteção aos consumidores, onde os identifica como um grupo a receber tutela especial através da ação do Estado (Direitos Fundamentais – art.5.º, XXXII); art. 37, § 6º, que estendeu às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, a responsabilidade objetiva pelos danos causados por seus agentes a terceiros, tal

⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2005, art. 7º, inc. XXVIII – “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrerem dolo ou culpa”.; Art. 21, inc. XXIII, “c” – “a responsabilidade por danos nucleares independe da existência de culpa”.: Art. 37, §6º - “ As pessoas jurídicas de direito público e privado, 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.”

⁵*Ibidem*, art. 5º, inc. V – “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, ou moral ou à imagem” ; inc. X – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

⁶BRASIL. Código Civil Brasileiro (revogado). Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

como já ocorria com as pessoas jurídicas de direito público, e, por fim, o Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90 de 11 de setembro de 1990, lei

básica para relação de consumo e inovadora do direito obrigacional do país, que veio tratar de forma ampla a responsabilidade na relação de consumo.

A regulamentação procedida na Lei n.º 8078/90 - CDC - cumpriu não só o mandamento constitucional, como também foi elaborada no seio de uma legislação especial de proteção e defesa aos interesses do consumidor.

Portanto, merece destaque a legislação brasileira de proteção ao consumidor, e a jurisprudência que teve papel importante na construção de regras de proteção ao novo sujeito de direitos, rompendo com o sistema tradicional da responsabilidade civil.

1.2 – CONCEITO

O estudo do conceito de responsabilidade civil é pressuposto lógico ao estudo da reparação de danos morais.

Deste modo, será o ponto de partida desta pesquisa para, a partir daí, fixar-se o conceito de dano moral, e prosseguir-se em direção ao estudo dos critérios de fixação de valor das reparações de danos morais.

Inicialmente, cabe estabelecer distinções entre alguns conceitos jurídicos. Estas distinções proporcionarão alicerce sólido para que se possa, com segurança, edificar o estudo proposto.

Como assevera San Tiago Dantas:

A Ciência do Direito é essencialmente isto: saber distinguir. Quem não sabe distinguir um instituto do outro, a oportunidade de uma regra da outra, pode saber dissertar sobre as teorias jurídicas, mas não sabe Direito.⁷

A conceituação de responsabilidade civil está intrinsecamente relacionada à noção de obrigação, embora com esta não se confunda.

É função da ordem jurídica estabelecer deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, ou negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Entende-se por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito positivo por exigência da convivência social. Trata-se de uma ordem dirigida à vontade dos indivíduos, de maneira que, impondo-lhes deveres jurídicos, cria-lhes obrigações.

1.2.1 Responsabilidade civil e responsabilidade penal.

A responsabilidade jurídica divide-se em responsabilidade civil e penal, sendo esta na definição de Aguiar Dias⁸:

[...] a declaração, pronunciada pelo órgão jurisdicional estatal, de que em um determinado indivíduo se verificam, em concreto, as condições de imputabilidade pela lei genericamente requeridas, e de

⁷DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.294.

⁸DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 3.

que ele, se imputável, é obrigado efetivamente a sofrer as conseqüências de um fato, como seu autor.

Distingue-se da responsabilidade civil, pois essa não traz em si a idéia de pena, tendo por objetivo restaurar o indivíduo (tanto quanto possível) à situação anterior a violação de seu direito por parte do causador do dano, diminuindo-se o caráter de pena e destacando-se o caráter reparatório. Por outro lado, a responsabilidade penal visa exatamente impingir ao autor uma pena, que lhe acarrete um dano capaz de desestimulá-lo, como a outros membros da sociedade, a infringir normas e violar direitos que o grupo entende indispensáveis à ordem social.

Caio Mário da Silva Pereira define responsabilidade civil como:

*[...] a efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõe o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.*⁹

Conclui também San Tiago Dantas:

*A primeira diferença que devemos fazer entre obrigação e a responsabilidade é que em toda obrigação nós temos um dever jurídico originário; e na responsabilidade nós temos um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro.*¹⁰

Firmada tal diferença, entendendo-se obrigação como um dever jurídico primário e responsabilidade como um dever jurídico secundário (ou sucessivo), surgido em decorrência da violação do primeiro, estabeleceu Cavalieri seu conceito de responsabilidade civil como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.¹¹

Todos estes conceitos baseiam-se na noção de reparação do dano causado.

No entanto, Maria Celina Bodin de Moraes demonstra que no caminho evolutivo trilhado pela responsabilidade civil, este foco tende a desviar-se, com uma nítida mudança de paradigma: abandona-se a noção de reparação do dano causado, partindo-se para a noção de reparação do dano sofrido.¹²

Neste sentido afirma:

[...] como conseqüência deste processo iniciou-se o principal giro conceitual ocorrido no fundamento filosófico da responsabilidade civil ao longo do século XX: a passagem do ato ilícito para o dano injusto ; com outras palavras, a reparação do dano sofrido, em qualquer caso, alcançou um papel muito mais relevante do que a sanção pelo dano causado.

Tal reformulação de conceitos se faz sentir no Novo Código Civil (2002) com a adoção de um sistema dualista de responsabilidade civil que mantém a culpa, e, paralelamente, consagra o risco com fundamento da responsabilidade. Vale ressaltar que a responsabilidade civil no Código Civil de 1916 era fundada na culpa, e tinha o risco como exceção.

⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 11.

¹⁰DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Op.cit.*, p. 306.

¹¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 19.

¹²MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana; Uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.13.

Não se pode deixar também de registrar o caráter preventivo que deve revestir o instituto da responsabilidade civil.

Além de remediar violações já existentes à dignidade da pessoa humana, o Estado deve também se preocupar em adotar uma postura ativa, visando prevenir novas situações desta natureza.

Neste sentido, Perlingieri defende a passagem de uma jurisprudência de interesses para uma jurisprudência de valores, “na qual as situações patrimoniais estejam funcionalizadas àquelas existenciais”.¹³

Afirma:

O instrumento de ressarcimento dos danos e da responsabilidade civil, embora adaptado às exigências da vida moderna, demonstra-se, freqüentemente, inidôneo. A jurisprudência dos valores tem necessidade de afinar as técnicas de prevenção do dano, da execução específica, da restituição in integro, e de ter à disposição uma legislação de seguros obrigatórios e de prevenção social.

Somente o binômio prevenção/repressão permitira ao instituto da responsabilidade civil tornar-se efetivo instrumento na defesa da dignidade humana.

1.3 - ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Fixado o conceito, entende-se relevante o estudo de algumas espécies de responsabilidade civil, a fim de contextualizar o dano moral nestas divisões, definindo, após o estudo de conceito de dano moral, a possibilidade de sua existência como desdobramento dessas diversas espécies de responsabilidade.

1.3.1 - Contratual e extracontratual

A primeira divisão que será enfocada é aquela que estuda a responsabilidade civil conforme a origem do direito (ou dever jurídico) violado e a classifica em contratual e extracontratual (ou aquiliana).

Da análise etimológica pode-se extrair que a responsabilidade contratual é aquela que decorre da violação de um dever jurídico voluntariamente assumido entre as partes, enquanto a responsabilidade civil extracontratual decorre da violação de um dever jurídico genérico, estabelecido em lei, sem que entre credor e devedor preexistisse qualquer relação jurídica.

Há, nitidamente, duas correntes entre os estudiosos da responsabilidade civil: a primeira, defensora da teoria monista, segundo a qual não há diferença estrutural entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual; a segunda, defensora da teoria dualista, que busca demonstrar clara diferença entre as duas espécies de responsabilidades.

Nosso legislador decidiu adotar a teoria dualista, desde o Código Civil de 1916, mantendo tal orientação no novo Código Civil, onde a responsabilidade civil extracontratual é disciplinada pelos art. 186 a 188 e 927; enquanto a responsabilidade civil contratual encontra-se prevista nos art. 389 e seguinte.

Existe ampla divergência doutrinária em defesa de uma ou outra posição, não sendo a mesma objetivo de nosso estudo. Para este, será mantida a orientação do Código Civil Brasileiro.

Neste sentido, precisa é a lição do professor Ricardo Pereira Lira; na qual “o dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Neste último caso, os indivíduos

¹³PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 31-33.

criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade”.¹⁴

E conclui:

*Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado de ilícito contratual, por isso que mais freqüentemente o dever jurídico tem como fonte os contratos. Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mas precisamente fora dos negócios jurídicos.*¹⁵

A responsabilidade civil extracontratual divide-se em duas grandes sub-espécies: a responsabilidade extracontratual subjetiva e objetiva. Enquanto a primeira refere-se aqueles danos causados ante a presença da culpa, a segunda refere-se aquelas situações onde o dever de reparar nasce independente do elemento culpa, conforme apresentado a seguir.

1.3.2. - Subjetiva e objetiva

Outra divisão de Responsabilidade Civil é aquela que tem em vista a necessidade ou não da presença do elemento “culpa”, levando a classificá-la em responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva.

Como ensina Caio Mário, se não resta controvérsia quando se fala que o ofensor é responsável, surge à dúvida quando se pergunta “por que é responsável o causador do dano?”, ou seja, qual o fundamento de tal responsabilidade, surgindo aí duas correntes: doutrina subjetiva (ou teoria da culpa) e, de outro lado, doutrina objetiva (ou teoria do risco).¹⁶

De acordo com a doutrina subjetiva, para que exista o dever de indenizar, é imprescindível a presença de quatro elementos: 1) violação de um direito alheio; 2) dano; 3) nexos causal entre a conduta do agente e o dano causado à vítima; 4) culpa.

Por dano, podemos entender “[...] o prejuízo sofrido pelo sujeito de direito em consequência da violação deste por fato alheio”¹⁷

Ou ainda:

*[...] a subtração ou a diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de bem jurídico, tanto patrimonial como moral.*¹⁸

Certo é que, sem dano, não há que se falar em reparação. Se não há prejuízo, não há o que reparar.

Por nexos causalidade entende-se “[...] um elemento de referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que podemos concluir quem foi o causador do dano”. É o liame que permite verificar se o dano teria ou não ocorrido sem a contribuição, por ação ou omissão, do agente.¹⁹

¹⁴LIRA, Ricardo Pereira. Ato ilícito. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. nº 49, 1996.

¹⁵*Ibidem*, loc. cit.

¹⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 13.

¹⁷DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 715.

¹⁸CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 71.

¹⁹*Ibidem*, p. 49.

Se não resta dúvida de que esses três elementos – a violação de um direito alheio, o dano e o nexu causal – devem estar presentes para que haja responsabilidade civil, tanto pela ótica objetivista ou subjetivista, o mesmo não se pode dizer em relação à culpa.

Culpa é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato.²⁰

Sob um forte argumento moral, a culpa triunfou nas legislações modernas como um elemento indispensável à caracterização da responsabilidade civil, pois, fosse a irresponsabilidade a regra e a responsabilidade a exceção, não haveria como imputar a alguém o dever de indenizar sem que preexistisse, de sua parte, uma ação ou omissão culposa.

Entretanto, verificou-se que, com o desenvolvimento da sociedade, o conceito de culpa mostrou-se insuficiente, tendo em vista que, com sua aplicação, inúmeros prejuízos restaram irreparados.

Nas palavras de Alvaro Lima:

[...] os perigos dos novos inventos, fontes inexauríveis de uma multiplicidade alarmante de acidentes, agravados pela crescente impossibilidade, tanta vez, de se provar a causa do sinistro e a culpa do autor do ato ilícito, forçaram as partes, consideradas, até então, sagradas e inexpugnáveis, da teoria da culpa, no sentido de materializar a responsabilidade, numa demonstração eloqüente e real de que o Direito é, antes de tudo, uma ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida.²¹

Deste modo, a necessidade de comprovação da culpa muitas vezes já não respondia às demandas sociais da vida moderna, acirrando o debate sobre a necessidade de, afastando-se do aspecto subjetivo de responsabilidade civil, e, conseqüentemente da figura do causador do dano, e aproximando-se da figura do lesado, que não pode ficar irreparado por um dano injustamente suportado independentemente do animus de seu causador.

De acordo com este enfoque, não se pode aceitar que um dano fique sem indenização, pelo simples motivo que a vítima não logrou provar a culpa do agente. Dever-se-ia então, focar a responsabilidade civil na pessoa da vítima, e não no elemento culpa, entendendo-se assim, a impunidade, e criando-se um critério de justiça social.

Explica Cavalieri: “Todo aquele que cria um risco a sociedade deverá indenizar os danos daí advindos, independente de haver agido com negligência, imprudência ou imperícia”.²²

Esta opinião é, no direito brasileiro, compartilhada por José de Aguiar Dias, Caio Mário, Wilson Melo da Silva, Cavalieri, Tepedino, entre outros.

Cabe ressaltar que a responsabilidade subjetiva não desapareceu nem está em vista de fazê-lo. Em verdade, o Código Civil de 2002 em seu art. 186, repetindo o anteriormente disposto no art.159 do Código Civil de 1916, estabelece a responsabilidade subjetiva como regra geral. Ocorre que, cada vez mais, abandona-se uma noção individualista de reparação fundada na culpa, para adotar-se uma noção de reparação fundada no risco, buscando-se uma convivência harmônica dos dois sistemas.

Segundo Tepedino:

Delimita-se assim, um modelo dualista, convivendo lado a lado a norma geral da responsabilidade subjetiva, do art. 159, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas reguladoras de responsabilidade

²⁰LIMA, Alvaro Ferreira. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 69.

²¹LIMA, Alvaro Ferreira. *Op. cit., loc. cit.*

²²CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit., p. 69.*

*objetiva para determinadas atividades, informadas por fonte legislativa que, a cada dia, se tornam mais volumosas.*²³

Dentre as normas reguladoras da responsabilidade acima citada, podemos destacar: art.17 do Decreto 2.681/12 (Regulamentou a responsabilidade civil em transportes ferroviários); Lei 7.565/86 (transportes aéreos); Lei 6.453/77 (acidentes nucleares); Constituição Federal, art.37, § 6º (responsabilidade civil do Estado), pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) e mesmo, pelo Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei 10.406/02).

No Código Civil Brasileiro de 2002, pode-se observar com clareza a co-existência do sistema subjetivista e objetivista, conforme demonstram os seguintes artigos: “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”.²⁴

Já o art. 927, em seu parágrafo único, dispõe:

*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.*²⁵

Vê-se aqui, o estabelecimento de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva: toda as vezes que houver previsão legal, ou, **mesmo não havendo**, sempre que a atividade criar risco, haverá dever de indenizar independentemente de existir culpa.

1.3.3 Por atos abusivos (abuso de direito)

No abuso do direito há um ato permitido pelo ordenamento jurídico, cujo exercício, entretanto, afasta-se dos fins preconizados por esse mesmo ordenamento, recebendo assim tratamento idêntico ao dos atos ilícitos.

Por abuso do direito entende-se “[...] atos, portanto, que praticados no exercício de um direito, isto é, dentro de seus limites objetivos e sem a intenção de prejudicar, acarretem, todavia, a responsabilidade de quem os realiza.”²⁶

No nosso ordenamento jurídico, o abuso do direito, surgiu, ainda que de forma tímida, no Código Civil Brasileiro de 1916, onde aparece de forma negativa, necessitando de interpretação *contrario sensu*, conforme se lê em seu art. 160, inc.I:

“Não constituem atos ilícitos: os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Ou seja, se o exercício regular, normal, de um direito, não constitui ato ilícito, depreende-se que seu exercício irregular, anormal, assim o será considerado.

A jurisprudência e a doutrina reconheceram o abuso do direito como fonte geradora de responsabilidade civil, ainda que não houvesse positividade expressa. Neste sentido, o exemplo de Humberto Theodoro Júnior:

Não raro, o abuso do direito tem sido invocado para justificar pretensões de reparação por dano moral. É claro que o exercício regular de um direito, mesmo que cause constrangimento ou dor psíquica a outrem, não serve de supedâneo à obrigação de indenizar (CC, art.160). O uso abusivo do direito, isto é, aquele desvio de sua função natural, para transformar em veículo do único propósito de lesar outrem, equipara-se ao ato ilícito, e, como tal, enquadra-se na

²³TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 177.

²⁴BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, art. 186.

²⁵*Ibidem*, art. 927.

²⁶MARTINS, Pedro Batista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.35.

*hipótese do Art. 159 do Código Civil, acarretando para o agente o dever de reparar integralmente o prejuízo injustamente imposto ao ofendido.*²⁷

Cita como exemplos de atos abusivos ensejadores do dever de indenizar, o protesto indevido de títulos, denúncia caluniosa, abuso do direito de informação cometidos pela imprensa e apontamento indevido em cadastros de inadimplentes.

Finalmente, coube ao legislador do Código Civil Brasileiro de 2002 a positivação do abuso do direito, quando prescreveu, no art.187:

*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.*²⁸

1.3.4 Por ato lícito

Até o momento, foi analisado o ato ilícito como fonte geradora da responsabilidade civil.

Entretanto, excepcionalmente, o dever de indenizar poderá surgir da prática de atos lícitos.

Vejamos o Art. 188, inc.II, do Código Civil:

*Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.*²⁹

Interessante observar que, conquanto exclua a, ilicitude do ato, o mesmo Código Civil, nos Art. 929 e 930, impõe a quem agiu em estado de necessidade, o dever de indenizar o lesado, desde que este não haja sido o causador do perigo.

Trata-se portanto de previsão legal visando obrigar o agente a indenizar os prejuízos causados pelo seu ato, ainda que lícito.

Com propriedade explica Aguiar Dias:

*Não há argumento capaz de convencer-nos de que o direito que temos de lesar a outrem em estado de necessidade seja mais forte e mais merecedor de proteção do que o que assiste ao prejudicado de se ver reposto na situação anterior ao dano.*³⁰

E conclui:

*[...] a obrigação de reparar surge da simples violação injusta do status quo. Ora, não é justo que o Terceiro, em quem recai o resultado do ato necessário, sofra o prejuízo, para permitir que dele se livre aquela a quem o dano foi dirigido.*³¹

²⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 20.

²⁸BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, art.187.

²⁹BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, Art. 188, inc.II.

³⁰DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.* p. 674.

³¹*Ibidem, loc. cit.*

Outros exemplos dispostos no Código Civil, que dizem respeito à obrigação de indenizar nascida da prática de ato lícito, encontram-se nos artigos 1.285³², segundo o qual o proprietário de prédio encravado pode exigir passagem pelo prédio vizinho, mediante o pagamento de indenização; e no art. 1313, segundo o qual o proprietário pode penetrar no imóvel vizinho para fazer limpeza, reforma e outros serviços considerados necessários, indenizando os prejuízos daí decorrentes (§ 3º).³³

CAPÍTULO 2 – O DANO

Para configuração da responsabilidade civil é indispensável a existência do dano ou prejuízo.

Sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, não haveria responsabilidade.

Nessa direção afirma Cavalieri:

*O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano [...] sem o dano não há o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. [...] Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil.*³⁴

Pode-se afirmar que o dano é, não só o fato constitutivo, mas, também, determinante no dever de indenizar.

Diante desta linha de raciocínio, Pablo Stolzer define dano ou prejuízo como “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.³⁵

A doutrina e a legislação distinguem, no âmbito dos danos, os danos patrimoniais (ou materiais) e os danos morais. O primeiro é representado pelo próprio prejuízo econômico experimentado pelo ofendido enquanto o segundo constitui-se do “sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações infligidas” ao mesmo.³⁶

2.1 - DANO PATRIMONIAL (OU MATERIAL)

Como o próprio nome diz, o dano patrimonial atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, “entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro.”³⁷

³²BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, art.1285. “O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário.”

³³BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, art. 1313. “O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante aviso prévio para: I- dele temporariamente usar, quando indispensável à reparação, construção ou limpeza de sua casa ou do muro divisório; II – apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente”; § 3º - “ Se do exercício do direito assegurado neste artigo provier dano, terá o prejudicado direito a ressarcimento”.

³⁴CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 71.

³⁵GAGLIANO, Pablo Stolza; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 40.

³⁶CAHALI, Youssef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

³⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 71.

Convém ressaltar que o dano material pode atingir tanto o patrimônio presente da vítima como, também, o futuro, e pode “provocar a sua diminuição, a sua redução”, e também impedir o seu crescimento, o seu aumento.³⁸

O dano material pode ser causado por ato ilícito ou acidente, e subdivide-se em dano emergente e lucro cessante.

2.1.1 - Dano emergente

Também chamado dano positivo, o dano emergente é aquele que resulta em imediata diminuição do patrimônio da vítima, sendo, por isso mesmo, normalmente, o dano mais facilmente avaliável. O valor do dano emergente é o custo para repor a coisa no estado em que se encontrava antes de ser danificada. Havendo perda total da mesma, o valor do dano emergente será o da própria coisa.

O autor de uma ação de indenização motivada por um dano material sofrido deve buscar a reparação do mesmo, e não a obtenção de uma vantagem, o que constituiria enriquecimento sem causa.

2.1.2 - Lucro cessante

Denomina-se lucro cessante como aquilo que a vítima deixou de lucrar, ou seja, “é o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima”³⁹.

O Código Civil Brasileiro emprega, em seu Art. 402, a expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar” para definir o lucro cessante. Ou seja, trata-se de uma projeção daquilo que a vítima teria lucrado se não tivesse ocorrido o dano. “O cálculo das indenizações por lucro cessante deve lastrear-se em uma probabilidade objetiva”⁴⁰.

Neste sentido, o art.403, do Código Civil Brasileiro, estabelece que “as perdas e ganhos, só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”; consagrando desta forma o princípio da razoabilidade.

A este respeito diz Cavalieri:

*Não é fácil, como se vê, estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Nesta tarefa penosa deve o juiz valer-se de um juízo de razoabilidade [...] sobre qual seria o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito gerador da responsabilidade civil. Deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; se aquele lucro seria razoavelmente esperado caso não tivesse ocorrido o ato ilícito.*⁴¹

³⁸ *Ibidem, loc. cit.*

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 72.

⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. V. 4, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 73.

2.2 - Dano moral

Pode-se afirmar que dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima do indivíduo (seus direitos da personalidade), violando por exemplo sua honra, sua vida privada, sua intimidade e imagem, que por sua vez, são considerados bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Enquanto a conceituação de dano patrimonial (ou material) não apresenta maiores desafios, o mesmo não se pode dizer com relação ao dano moral. Assim sendo, busca-se estabelecer um conceito válido de dano moral que, sem pretender ser o único, atenda aos objetivos do presente trabalho.

Abandonar-se-á, desde já, a concepção negativista de dano moral – todo aquele que não atinge o patrimônio – tendo em vista que, *data vênia*, tal definição não esclarece as características do fenômeno em estudo.

Inicialmente, duas correntes mostram-se predominantes: uma compreende o dano moral como lesão a direito da personalidade; outra que entende o dano moral como os efeitos não-patrimoniais da lesão, independente da natureza do direito atingido.

Pela primeira posição tem-se o desembargador Cavalieri:

*Enquanto o dano material, como atrás assinalado, importa em lesão de bem patrimonial, gerando prejuízo econômico passível de reparação, o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.*⁴²

Em corrente oposta, sustenta Aguiar Dias:

*A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material [...] Deve notar-se que a distinção entre o dano patrimonial e o dano moral só diz respeito aos efeitos, não a origem do dano. Neste aspecto o dano é único indivisível.*⁴³

E conclui:

*Ora, o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não, e acarretar, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não patrimoniais.*⁴⁴

Concorda com tal entendimento, dentre outros, Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho, que afirma: “ Assim, com base na lição bem técnica de Aguiar Dias, pode-se afirmar

⁴²CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 75.

⁴³DIAS, José Aguiar. *Op. cit.*, p. 729.

⁴⁴DIAS, José Aguiar. *Op. cit.*, p. 729.

que a distinção não advém da natureza do bem ou direito tutelado, mas sim do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre a vítima.”⁴⁵

Não é difícil vislumbrarem-se exemplos de lesões à bem jurídicos economicamente apreciáveis que infundam conseqüências psicológicas danosas a seu titular, bem como lesões a bens jurídicos extrapatrimoniais que infundam prejuízos materiais à vítima.

Como clássico exemplo de lesão a bem jurídico extrapatrimonial que infunda prejuízos materiais à vítima, tem-se o conhecido caso, denominado “Escola Base”, ocorrido em São Paulo: infundadas acusações de abusos sexuais supostamente cometidos por proprietários da escola infantil contra os alunos acarretou a falência do estabelecimento.

Nesta situação, o bem jurídico atingido foi à honra (extrapatrimonial), porém as conseqüências geraram abalo no patrimônio das vítimas (além, é claro, das nefastas conseqüências de ordem pessoal).

Por outro lado, admite-se lesão à bem componente do patrimônio da vítima que lhe cause distúrbio de ordem pessoal, como, pó exemplo, a perda de um objeto que tenha valor afetivo (aliança de noivado, fotos de família, etc).

Existe, porém, uma terceira corrente, mais moderna, que vê no dano moral a violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana. Se não reconheceu um direito subjetivo à dignidade humana, reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana como o ápice do ordenamento jurídico proposto pelo legislador constituinte, devendo todas as manifestações contrárias a tal principio serem repelidas, situando-se, aí, a indenização do dano moral, não como um fim em si mesmo, mas como um meio de proteção à dignidade humana.

Esta terceira corrente é brilhantemente sintetizada por Maria Celina Bodin de Moraes quando afirma que:

*Modernamente, no entanto, sustentou-se que cumpre distinguir entre danos morais subjetivos e danos morais objetivos. Estes últimos seriam os que se refeririam, propriamente, aos direitos da personalidade. Aqueles outros se correlacionariam com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis [...].*⁴⁶

Deste modo, acabaram interligando-se as duas teorias antes referidas: tanto será dano moral reparável o efeito não patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial (hipótese de dano moral subjetivo), quanto à afronta a direito da personalidade (dano moral objetivo), sendo ambos os tipos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, doutrina e jurisprudência dominantes tem como adquirido que o dano moral é aquele que, independente do prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros.

O dano será ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita do seu patrimônio material, originam angústias, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhes sensações e emoções negativas. É necessário, no entanto, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensas a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam.

Esta será a corrente adotada no desenvolvimento do presente trabalho, por apresentar-se como a mais coerente com o estágio atual do Direito Civil moderno, que busca reconduzir a pessoa humana ao centro do ordenamento jurídico, subordinando o objeto de direito à plena realização material, moral e espiritual do homem. Assim, qualquer

⁴⁵MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Elementos de Responsabilidade por dano Moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 53.

⁴⁶MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 156.

ação do homem que colida com o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que não se ache especificamente prevista, deverá ser reprimida.

2.2.1 - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Em nosso ordenamento jurídico, a análise do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é pressuposto lógico ao estudo do dano moral.

Isto porque, a Constituição Federal de 1988 enuncia em seu primeiro artigo que o estado democrático de direito tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana. (Art. 1º, inciso III) e, em seu quinto artigo, assegurou o direito a indenização pelos danos morais (e materiais) decorrentes da violação do direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (Art. 5º, inc. X).

Importa notar que, promulgada em momento histórico onde o País, após 21 anos de regime de exceção, reassumia o status de estado democrático de direito, houve por bem o legislador, expressamente, elevar a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio fundamental deste mesmo Estado.

E, se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função das pessoas, e não esta em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador, para reforçar a idéia anterior, colocou topograficamente, o capítulo do direito fundamental antes da organização do Estado.

Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesma ou, se como instrumento para outros objetivos.

Nos ensinamentos de Antônio Junqueira de Azevedo:

*“A utilização da expressão dignidade da pessoa humana no mundo do direito é fato histórico recente. Evidentemente, muitas civilizações graças especialmente a seus heróis e santos, tiveram consideração pela dignidade da pessoa humana, mas juridicamente a tomada de consciência com a verbalização da expressão foi um passo notável dos tempos mais próximos. ‘Da dignidade da pessoa humana tornam-se os homens do nosso tempo sempre mais cômnicos’ (Declaração Dignitatis Homanae sobre a Liberdade Religiosa de Paulo VI e do Concílio Vaticano II, em 07 de dezembro de 1965). Tomada em si, a expressão é um conceito jurídico indeterminado; utilizado em norma, especialmente constitucional, é princípio jurídico”.*⁴⁷

Pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana, disposta na Constituição Federal, caracteriza-se como princípio jurídico, eis que aparece entre os princípios fundamentais (art.1º, inciso III).

Não é tarefa fácil conceituar o princípio da dignidade humana. Isto porque o próprio conceito de dignidade humana parece ser definido de diversas formas, podendo ser identificadas diferentes conceituações no campo religioso, filosófico ou jurídico.

José Afonso da Silva cita que a “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”.⁴⁸

⁴⁷AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, ano 2, v. 9, p. 3-4, jan/mar. 2002.

⁴⁸SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 106

Portanto, vê-se que a dignidade da pessoa humana é um valor que orienta as demais regras e princípios adotados pelo ordenamento jurídico. Acredita-se que diante da extensão que o princípio da dignidade da pessoa humana vem adquirindo, seu conceito não ser fixado senão a partir de algumas premissas e fundamentos básicos. Esse princípio parece ganhar forma e conteúdo no momento da sua aplicação na resolução de casos concretos, ou seja, através da atividade interpretativa judicial.

Se de um lado o princípio da dignidade da pessoa humana se constitui no centro referencial valorativo ou unificador dos direitos da personalidade (e dos direitos fundamentais em geral), por outro, pode também converter-se em parâmetro, ou mesmo limite, de materialização e efetividade desses direitos, sobrepondo-se sobre eles quando a sua expressão esbarrar neste valor supostamente supremo que ele representa.

A doutrina jurídica brasileira costuma identificar o direito à vida no caput do art.5º da Constituição de 1988.

Nosso ordenamento jurídico protege a vida desde a sua concepção até a exalação do último sinal vital, fato este que se infere da proibição legal ao aborto, ao infanticídio, ao homicídio, à participação em suicídio e demais tipos penais e de sua punição.

Tradicionalmente o direito à vida é entendido como o direito de nascer e o direito de manter-se vivo, concretizando através destas formas a sua inviolabilidade assegurada pelo texto constitucional.

A Constituição situa o direito à vida entre os direitos fundamentais como um direito subjetivo público passível de exigência perante o Estado.

O direito à vida, o direito de nascer, de manter-se vivo e de lutar pela continuação da vida, são direitos que jamais poderão se esgotar. Trata-se, ao contrário, de criar possibilidade para que os cidadãos realmente partam de uma situação de igualdade e que se permita, assim, que eles possam explorar plenamente seus potenciais como pessoa humana.

Diante deste contexto pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce grande influência nos direitos fundamentais, os quais por sua vez incidem no desdobramento da personalidade. Tanto é assim que a pessoa humana passa a ser o centro do desdobramento jurídico.

Assim, impõe-se a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, já que se encontra no vértice do ordenamento jurídico, orientando as demais normas constitucionais e o próprio ordenamento jurídico como um todo. Logo, o estudo de tais direitos deve, necessariamente, ser realizado sob a ótica constitucional.

Neste sentido Maria Celina Bodin de Moraes registra que:

[...] o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado [...] para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.⁴⁹

Torna-se necessário reconhecer cada vez mais a dimensão atribuída pelo ordenamento jurídico vigente ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois este é o princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática ao direito civil, reduzindo assim a desigualdade e possibilitando o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da sociedade.

2.2.2 - Dano moral e as diversas espécies da responsabilidade civil

Após analisar os diversos aspectos de responsabilidade civil e o conceito de dano moral, cumpre analisar a possibilidade de ocorrência de danos morais naquelas várias situações.

⁴⁹MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 21-32.

Haverá dano moral somente na responsabilidade civil aquiliana ou, também, na contratual? Somente o ilícito *stricto sensu* poderá gerar dano moral ou, também, o ato abusivo e, mesmo, o ato lícito?

É notório que a Constituição da República de 1988, que deu cabo na discussão até então vigente sobre a reparabilidade do dano moral, aumentou em muito o número de ações envolvendo pretensões de ver reparados supostos danos morais.

Se, por um lado, há o aspecto positivo com uma facilitação do acesso à Justiça, notadamente pela criação dos Juizados Especiais, por outro lado tal facilitação, somada à reparabilidade plena de um dano moral que ainda carece de maior precisão em seus contornos teóricos, dá ensejo a uma avalanche de ações indenizatórias, muitas delas desprovidas de qualquer suporte, eis que os alegados danos não passam de meros aborrecimentos quotidianos.

Sob pena de industrializar-se o dano moral, produzindo-se demandas em série, há que se apreciar com moderação e razoabilidade as hipóteses que efetivamente o caracterizam, aquelas que realmente importem em violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana consagrada no texto constitucional, evitando a banalização do instituto.

Ao analisar-se as decisões de nossos tribunais, verifica-se pleitos absurdos de indenizações, como por exemplo:

O primeiro diz respeito a motorista paulistano que foi indevidamente autuado por suposta infração de trânsito. Manifestado seu recurso administrativo, teve cancelada a notificação indevida, ajuizando ação de indenização por danos materiais e morais em face do Município de São Paulo, alegando que, em decorrência da multa “entrou em pânico”, pois a obrigação de efetuar o pagamento de elevada quantia (R\$ 418,23) o havia deixado “angustiado” e roubou-lhe algumas noites de sono”. E, ainda, que “sofreu psicologicamente desde a data da ciência da infração até o julgamento do recurso”, razão pela qual pleiteava indenização por danos morais. Houve por bem o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Apelação, julgar improcedente o pedido.⁵⁰

Outro caso pitoresco diz respeito a consumidores que ingeriram refrigerante impróprio para consumo, tendo o laudo constatado a presença de bolores e leveduras, o que lhe causou sensação desagradável, sem maiores conseqüências, já que ingeriram quantidade insignificante da bebida. Tal fato os levou a pleitear indenização de 500 salários-mínimos para cada um (mãe e filho). Houve por bem o TJ-SP manter a Sentença de Primeiro Grau, que determinava a improcedência do pedido, colhendo-os do voto condutor:

Indenizável é o dano moral sério, aquele capaz de, em uma pessoa normal, o assim denominado ‘homem médio’, provocar grave perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos.

*Não há como presumir a ocorrência de abalo de tal ordem na hipótese examinada, na qual se verifica um fato repugnante ao paladar, mas, com repercussão inexpressiva e efêmera na vida das pessoas.*⁵¹

Também envolvendo refrigerante, outro caso desponta pelo valor indenizatório pleiteado. Consumidora paulista ingeriu refrigerante da marca Coca Cola que continha em seu interior frasco quadrado de cor escura e odor desagradável que a provocar-lhe vômito e náusea. Não houve qualquer lesão física, pois comprovou-se por laudo técnico que o “corpo estranho” era composto de aditivo normalmente utilizado no processo produtivo do

⁵⁰BRASIL. TJ - SP – Ap. Cív. nº 132.731- 5/2-00 – Comarca de São Paulo – Ac. unân. da 9ª. Câm. Dir. Públ. De Férias “julho 2003” – Rel. Des. Ricardo Lewandowski. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 20.06.2006.

⁵¹BRASIL. TJ - SP – Ap. Cív. nº 136.277- 4/5-00 – Comarca de São Paulo – Ac. unân. 1ª Câm. Dir. Civ. Priv. De Férias “janeiro/2003” – Rel. Des. Eliot Akel. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 20.06.2006.

refrigerante, incapaz de causar qualquer mal à saúde. A consumidora ajuizou ação requerendo o pagamento da quantia de R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais) a título de danos morais. Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente, condenando o fabricante ao pagamento de 100 salários-mínimos, valor reduzido em segunda instância para 50 salários-mínimos, por maioria de votos, eis que o voto vencido do revisor foi pela improcedência do pedido. Do voto vencido, da lavra do Desembargador Alexandre Germano, colhe-se:

*Simples aborrecimento, ou eventual angústia da autora por ter suspeitado do corpo estranho que teria encontrado na lata, não gera um direito a indenização, por que casos fortuitos como esse podem ocorrer numa sociedade de consumo de produtos industriais, por sinal fabricados com alta tecnologia, o que praticamente elimina a presença de corpos estranhos e nocivos ao organismo humano.*⁵²

Tais fatos, conquanto guardem certo grau de comicidade, revelam que a indefinição por parte da doutrina e, principalmente, da jurisprudência quanto à exata definição do que caracteriza ou não dano moral, exigem um rápido e imediato fechamento de questão sobre o tema, de molde a restringir as ações indenizatórias a fatos que, ao menos em tese, representem dano moral sério. Há que se excluir e reprimir, na forma da lei processual, demandas inconseqüentes, que só tem uma conseqüência prática, qual seja, tornar ainda mais lenta a entrega da prestação jurisdicional, pelo abarrotamento da máquina judiciária.

Desta forma, vê-se que o dano moral poderá surgir como conseqüência de qualquer espécie de responsabilidade civil antes mencionada, conquanto haja decisões no sentido de somente admitir a existência de dano moral em presença de conduta culposa. Tal entendimento mostra-se, *data venia*, completamente superado, eis que, a prevalecer, restaria inaplicável o dano moral às relações de consumo, regidas pela responsabilidade objetiva, o que contrariaria disposição expressa do Código de Defesa do Consumidor (art.6º., inc.VI), bem como da própria Constituição Federal.

Raciocínio análogo acredita-se aplicar-se à possibilidade do descumprimento contratual gerar dano moral. Em regra, o inadimplemento contratual não gera dano moral, ficando este adstrito a ilícitos extracontratuais conforme posição do Superior Tribunal Federal:

*O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenizações por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante – e normalmente o traz – trata-se em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não toma a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais. (S.T.J. – Resp. 202.564-0-RJ – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – Julg. em 02/08/2001).*⁵³

Se, em regra, o inadimplemento contratual não gera dano moral, não são poucas as situações ditas “excepcionais” no julgado acima citado que podem, em sede de contrato gerá-lo.

⁵²BRASIL. TJ – SP - Ap. Cív. nº133.892-4/0-00 - Comarca de São Paulo – Ac. unân. 3ª Câm. Dir. Civ. Priv. Férias “Janeiro/2003” – Rel. Des. Carlos Roberto Gonçalves. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 20.06.2006.

⁵³BRASIL. Superior Tribunal Federal. Resp. 202.564-0-RJ – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – Julg. em 02/08/2001. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 20.06.2006.

Neste sentido, ilustrativos são os exemplos de Sérgio Cavalieri Filho: buffet contratado para servir festa de casamento que, por receber outro convite descumpre o contrato, sem dar aos noivos prazo suficiente para substituí-lo; casal que adquire pacote de viagem de lua de mel e, ao embarcar em navio, descobre que o mesmo seguirá roteiro diferente daquele contratado; ou pai que contrata festa de 12 anos de filha com hotel cinco-estrelas e passa vexame com falta de comida, bebida e garçons.⁵⁴

Assim, conquanto em regra o mero descumprimento contratual não cause dano moral, esta possibilidade não pode ser negada.

Entende-se que todas as espécies de responsabilidade civil podem ser geradoras de dano moral indenizável, importando, para tal reconhecimento que tem havido lesão à cláusula de tutela da pessoa humana.

CAPÍTULO 3 - DOS CRITÉRIOS DA FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Ao analisar-se aspectos relativos à Responsabilidade Civil e ao Dano Moral, chega-se ao objeto do presente trabalho, qual seja, a análise dos principais critérios de fixação do valor da reparação de danos morais encontradas nas doutrina e na jurisprudência nacionais.

Se já não resta controvérsia sobre a reparabilidade do dano moral, assim como a respeito de sua cumulabilidade com outras espécies de dano, permanece tormentosa a tarefa do juiz quando, verificada a existência de danos morais, resta-lhe o dever de especificar o *quantum debeat*.

Não raramente, questões assemelhadas recebem valorações completamente díspares em diferentes Tribunais nacionais, e, por vezes, no mesmo Tribunal.

Como anteriormente já registrado, a expressa tutela dos direitos de personalidade pela Constituição Federal de 1988, assim como o advento do Código Civil de 2002, ensejaram significativo aumento nas pretensões indenizatórias a título de reparação por danos morais.

Não obstante tal realidade, atualmente não há qualquer diretriz segura sobre o destino de uma pretensão ao ressarcimento por danos morais, não havendo lei específica sobre o tema.

Neste capítulo serão abordadas algumas propostas de quantificação de indenização por danos morais fundamentadas em critérios matemáticos e tabelamentos, e, aprofundar-se-á o estudo dos aspectos relativos ao critério de arbitramento judicial, que é o atualmente vigente em nosso Sistema Jurídico.

3.1 - DOS CRITÉRIOS MATEMÁTICOS

O primeiro grupo de critérios que será abordado são os chamados critérios matemáticos.

Através deles, buscam, o intérprete e o julgador, objetivar a questão: uma vez estabelecido o *an debeat*, basta aplicar-se uma equação previamente definida que terá por determinado o *quantum debeat*.

Dentre os critérios matemáticos identificados, destaca-se o que vincula, em caso de protesto indevido de título, o dano moral ao valor do título abusivamente protestado.

Em caso de protesto indevido de título, capaz de gerar as vítimas as conseqüências desagradáveis daí advindas, notadamente ter seu nome inscrito em bancos de dados relativos a maus pagadores, o que ocasiona restrições ao crédito no comércio e as

⁵⁴CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* p.99.

operações bancárias, verifica-se que a fixação da indenização por danos morais em montante correspondente a um múltiplo do valor do título protestado.⁵⁵

A adoção deste critério, no qual há nítida vinculação entre o dano moral e os danos materiais, pode gerar, na prática, situações de profunda injustiça.

Figurem-se dois exemplos, nos quais o magistrado adotasse o mesmo critério, fixando as indenizações em, diga-se, valores equivalentes a cinquenta vezes o valor do título indevidamente protestado: no primeiro, dona de casa, extremamente dependente de crédito, teve um título de baixo valor protestado, ocasionando-lhe graves transtornos, tais como o impedimento de operações necessárias à sua sobrevivência cotidiana e abalando seriamente seu conceito comercial por um longo período, eis que teve que recorrer à Defensoria Pública, sobrecarregada de processos, o que ocasionou demora na baixa da restrição indevida. No segundo caso, executivo de uma grande empresa teve título de altíssimo valor objeto de protesto indevido. Detentor de ótima situação econômica e de um alto grau de informação, bem como de uma ótima assessoria jurídica, conseguiu suspender liminarmente os efeitos do protesto em menos de vinte e quatro horas, não tendo experimentado qualquer prejuízo, seja em relação a seu bom nome comercial, seja em relação a seu movimento financeiro.

Ora, multiplicando-se, simplesmente, o valor do título protestado, evidente está que a primeira lesada, que experimentou danos de muito maior monta, receberá reparação em valores modestos, insuficientes, enquanto a segunda vítima, que padeceu de danos de pequena monta, senão insignificantes, será indenizada em valores altíssimos.

Neste sentido, esclarecedoras as palavras do Min. César Asfor Rocha, do STJ, em voto de recurso especial em que foi relator:

[...] Abro aqui um parênteses para registrar a inadequação ou impropriedade de se estipular a indenização, no caso de duplicata indevidamente protestada, em um número de vezes o valor do título. Às vezes, um valor insignificante pode ter um valor maior do que quando o título protestado importe em quantia elevada, não guardando a reparação do dano qualquer relação com o valor da duplicata.⁵⁶

Esta constatação, que salta aos olhos, tem levado os tribunais que adotam este critério a estabelecer variações enormes no que tange ao fator de multiplicação do valor do título.

Assim, encontra-se na jurisprudência decisões que fixam a indenização em 2, 5, 10, 15, 20, 30 e 50 vezes o valor do título.

Se há protesto indevido, ato que se pode caracterizar como abuso do direito, o que se há de vislumbrar na fixação da indenização são as circunstâncias do caso, conforme nos exemplos acima figurados, a extensão dos danos causados (art. 944 do Código Civil), bem como o tempo de duração do constrangimento, não o valor do título.

Adotado esse critério, a indenização por dano moral assumiria um caráter de verdadeira loteria: quem der sorte de ter um título de alto valor protestado será indenizado em quantia vultosa, independentemente dos danos experimentados; que, do contrário, der o azar de ter indevidamente protestado um título de baixo valor, receberá indenização pífia, irrisória, incapaz de compensar os padecimentos ocasionados. A *alea* presente é clara.

⁵⁵BRASIL. TJ – ES – 3ª Câ. Civ. – Ap. Cív. nº 035000050-001- Rel. Des. Jorge Góes Coutinho – Julg. em 29/10/2002. “... 2. Quanto ao apelo principal da CREDICARD S/A, entende-se que, caracterizada a negligência da apelante que não rechaçou os argumentos do apelado, surgindo a obrigação de indenizar e, considerando o que consta nos autos, entende-se por bem diminuir o montante da indenização, devendo o mesmo se situar dentro do princípio razoabilidade, fixando-o em 20 (vinte) vezes o valor do débito inscrito indevidamente.” Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 20.06.2006.

⁵⁶BRASIL. Superior Tribunal Federal. Resp. 252481/SP e Resp. 182195/SP. Rel. Min. César Asfor Rocha. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 20.06.2006.

Assim, entende-se que o critério de vinculação da indenização ao valor do título protestado deve ser abandonado, eis que infundado e aleatório, bem como potencial causador de injustiças.

3.2 - DO TABELAMENTO

Em tese, o que poderia gerar mais segurança jurídica na sociedade do que uma tabela, na qual, para cada espécie de dano moral houvesse um valor mínimo e máximo, aos quais o juiz limitado ao proferir a sentença e que possibilitaria a qualquer pessoa do povo, de antemão, ter ciência de suas possibilidades de êxito quando do ajuizamento de ação indenizatória?

Entretanto, o tabelamento gera graves inconvenientes, como os demonstrados a seguir.⁵⁷

O primeiro entrave é o risco do estabelecimento de valores ínfimos ou muito baixos, que não reparem os danos causados ou mesmo sirvam de um estímulo ao cometimento de novos danos.

Outro aspecto negativo do tabelamento é a possibilidade de redução de todos os sofrimentos humanos em padrões homogênicos o que se mostra, obviamente, inviável.

A este respeito manifestou-se Wilson Melo da Silva:

Por que, uniformemente, para a morte de um pai, tantos francos e tantos outros para morte de um filho?

Acaso as dores são sempre idênticas?

Porventura não intervém, em cada hipótese singular, uma série, complexa, de fatores subjetivos e anímicos, variáveis de pessoa a pessoa?

Não há pessoas dotadas de maior ou menor sensibilidade, de maior ou menor ressonância espiritual?

*E não há mortes que, em dadas circunstâncias, devem, à evidência, ocasionar mais traumatismos morais que muitas outras ocorridas em situações mais ou menos normais?*⁵⁸

A redução a uma tabela nivelaria situações existencialmente diversas (conquanto aparentemente idênticas), o que caminharia no sentido oposto às finalidades constitucionalmente concebidas ao instituto da reparação do dano moral.

Dentre os defensores do tabelamento registra-se as palavras de Cláudio Antônio Soares Levada:

Embora não haja motivos para se renegar o arbítrio do juiz no momento da quantificação do dano moral, muito mais seguro será, às partes e ao próprio julgador, a fixação pelo legislador de valores pecuniários concretos, que variariam dentro de determinado percentual e que, nessa variação, seriam fixados em face da gravidade objetiva do mal causado ao ofendido. Só assim volveriam as partes ao estado anterior, tornando indene a vítima e fazendo valer, dessa forma, a norma constitucional que prevê a

⁵⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 569. "O inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as conseqüências práticas do ato ilícito e as confrontar com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso se dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infligir a lei".

⁵⁸SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e a sua Reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 519.

*indenizabilidade do dano moral, nas hipóteses do só fato da violação dos direitos da personalidade atingidos, independentemente de qualquer reflexo na esfera patrimonial do ofendido.*⁵⁹

Em sentido oposto, Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho:

*Por critérios preferencialmente mais objetivos, expressão utilizada no parágrafo anterior, não queremos dizer (defender) tabelamento, em nenhuma de suas modalidades, pois entendemos ser da própria essência do dano moral incumbir ao interprete a tarefa apreciar e avaliar o conjunto de circunstâncias peculiares de cada caso no mister de quantificar sua indenização.*⁶⁰

Não obstante as abalizadas opiniões a favor ou contra os critérios de tabelamento, a doutrina e a jurisprudência apresentam diversos exemplos de sua utilização como critério quantitativo de indenizações por danos morais.

A carência de nossa legislação quanto a critérios genéricos para fixação das indenizações por danos morais, fez com os magistrados, inúmeras vezes, buscassem em legislações especiais parâmetros para delimitação do *quantum debeatur* nestas espécies de pretensões indenizatórias.

Dentre estas legislações específicas, destacam-se: o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4117/62), que estabeleceu parâmetros e tabelou as indenizações nele previstas; e a Lei de Imprensa (Lei 5250/67) que estabeleceu parâmetro que, à falta de outros, foram – e continuam sendo – utilizados não só nos casos nela especificados, mas genericamente, além de, tabelar a responsabilidade ali prevista.⁶¹

O Código Brasileiro de Telecomunicações trazia expressamente em seu artigo 84:

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

Parágrafo 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.

*Parágrafo 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.*⁶²

Interessante notar como um dispositivo setorial e expressamente revogado (por força do Decreto-Lei 236/67) ampliou seu raio de ação, passando a valer como parâmetro para qualquer tipo de reparação de dano moral, mesmo após a edição da Constituição de 1988.

Este diploma legal estabeleceu, em conjugação com os parâmetros constantes do artigo 53 da Lei de Imprensa, durante muitos anos a espinha dorsal de reparação do dano moral no Brasil, levando ao estabelecimento do valor de 100 salários-mínimos como teto de indenizações desta natureza. Valor este normalmente concedido ao dano morte (excepcionalmente majorado até 200 salários-mínimos), e aplicando-se aos demais casos frações deste valor.⁶³

⁵⁹LEVADA, Cláudio Antônio Soares *apud* MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Op. cit.*, p. 143.

⁶⁰MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Op. cit.*, p. 146.

⁶¹BRASIL. Lei 4.737/ 65 (Código Eleitoral), art. 243; Lei 5.988/73(Lei dos Direitos Autorais -revogada).

⁶²BRASIL. Código Brasileiro de Telecomunicações. Artigo 84.

⁶³Encontram-se, até hoje, em decisões de nossos tribunais,votos que expressamente prestigiam os citados diplomas legais. Neste sentido: “ Na verdade, tenho seguido orientação de que o valor da

Tais limitações, entretanto, somente podem ser consideradas a título de registros históricos, tendo em vista que, conforme já vem decidindo reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça, os artigos da legislação anterior da qual constavam não foram recepcionados pela Constituição de 1988, em posição bem demonstrada em voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (REsp. 103.307-SP):

O meu pensamento é no sentido contrário à existência dessa limitação da Lei de Imprensa. E é contrário por um fundamento que, a meu juízo parece simples: antes da vigência da Constituição de 1988, não havia, no patamar Constitucional, o princípio da proporcionalidade no que concerne à resposta a uma determinada ofensa que alcançasse, virulentamente, a honra, a dignidade ou a intimidade da pessoa. Com a Constituição de 1988, que inovou neste particular, não apenas por inserir o princípio da proporcionalidade com relação à ofensa, mas, também, por elevar ao patamar Constitucional, o dano moral que, antigamente, não existia. Ora, a meu ver, com todo o maior respeito aos que examinam a matéria, sem essa perspectiva, admitir a existência da limitação tarifada corresponderia a aceitarmos ou admitirmos a existência de uma interpretação da Constituição conforme a lei ordinária que lhe é anterior. Mal de resto que Gomes Canotílio, já na última edição de seu Direito Constitucional reprime, de maneira muito clara, ao acentuar que tal interpretação pode gerar mesmo uma interpretação inconstitucional, o que seria um absurdo.⁶⁴

Assim, atualmente, o Superior Tribunal de Justiça vem considerando que não prevalecem nem a tarifação nem os prazos prescricionais constantes da legislação infraconstitucional supracitada, que não foi recepcionada pela Constituição vigente.

Ante o exposto, observa-se não recepcionada pela Constituição Federal toda e qualquer legislação a ela anterior que limite de qualquer modo, a reparação de dano moral, que se encontra consagrada de forma ampla e ilimitada no texto constitucional.

Cabe registrar, no entanto, que existem diversas propostas, e mesmo projeto de Lei, sugerindo a regulamentação da reparação por danos morais.

Dentre os critérios de tabelamento sugerido em doutrina, destaca-se a proposta, do magistrado paraense Clayton Reis, na qual propõe a criação de um sistema complexo, no qual o valor da indenização se resolverá em uma equação matemática.⁶⁵

Que pese a original solução, louvável em sua intenção de buscar critérios objetivos, reduzir-se uma operação jurídica tão peculiarmente subjetiva como a fixação da reparação de dano moral a uma operação matemática de aplicação de tabelas e fórmulas parece relegar o juiz a um papel secundário, cuja cultura e sensibilidade em pouco ou nada influenciarão na busca da verdadeira justiça.

Em termos legislativos, existem pelo menos duas tentativas concretas, consubstanciadas em projetos de leis, com critérios específicos para a fixação da indenização por danos morais. A primeira pertine ao polêmico projeto de lei 150/1999, que traria valores fixos para indenizações, com balizas de valores entre R\$ 20.000,00 (vinte mil

indenização por danos morais não corresponde mesmo ao dano, porque este não se mede em cifras, razão pela qual tenho seguido os parâmetros do Código de Telecomunicações, especialmente o art. 59, com alteração do Decreto-Lei 236/67. Como tenho fixado o máximo em cem (100) salários mínimos para o caso de morte, acho que, neste caso, fica bem dosada uma indenização em oitenta (80) salários mínimos.” (TJ – MG- Ap. Cív. 1.0000.00.302543-4/000(1) – Voto vencido do Des. Maciel Pereira).

⁶⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito REsp. 103.307-SP. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 20.06.2006.

⁶⁵REIS, Clayton. *Os novos Rumos da Indenização de Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 91-100.

reais) e R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), conforme a gravidade do dano, além de certos critérios para análise do juiz, como a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas e o grau de culpa, dentre outros. Segundo informações constantes no site do Senado Federal, tal projeto já foi aprovado por aquela Casa, e consta com tendo sido enviado à Câmara dos Deputados em 2002.

A segunda refere-se ao projeto de lei 6960/2002, ainda em trâmite, com alterações pontuais em diversos dispositivos do Código Civil, dentre eles, o art.944, que fala da extensão do dano como critério para indenização, pretendendo-se acrescentar dispositivo no seguinte sentido: “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e a adequado desestímulo ao lesante.”⁶⁶

Que pese a insegurança jurídica causada pela ausência, até o presente momento, de critérios pré-estabelecidos que atendam a enorme demanda de pretensões indenizatórias à título de danos morais, não nos parece que os critérios anteriormente apresentados sejam capazes de responder a intensa discussão jurisprudencial e doutrinária a respeito do tema.

Buscando-se a reparação integral, aquela que mais próxima tutela a dignidade da pessoa humana, parece completamente inadequado reduzir-se pessoas e situações jurídicas existenciais ao número relativo ao seu processo.⁶⁷

3.3 - O ARBITRAMENTO JUDICIAL

A solução genérica de nosso ordenamento jurídico é confiar ao prudente arbítrio do juiz a quantificação do dano moral, sem qualquer tabela ou limite preestabelecido.

Data venia, o arbitramento judicial tem demonstrado ser o melhor sistema para a fixação da reparação de dano moral. O juiz, aquele que tem contato direto com as partes, que lhes ouve os depoimentos, que determina as provas a serem produzidas no processo e acompanha tal produção, é destinatário dos argumentos de ambas as partes, é o sujeito mais indicado para valorar a indenização. Isto após haver reconhecido encontrarem-se presentes seus pressupostos.

Mas como evitar-se que a sentença constitua uma verdadeira profissão de fé de seu prolator, fundada única e exclusivamente em seus valores morais e nas circunstâncias específicas do caso em julgamento, impossibilitando, assim, o controle de sua validade, o que constituiria rematado arbítrio?

É certo que há na sentença julgamentos de valor, ou seja, conterà escolhas do magistrado influenciadas por sua formação pessoal, cultural, religiosa, contrariando o mito do juiz neutro, o que somente ocorreria se o magistrado não fosse humano ou fosse mantido isolado desde o seu nascimento até o momento de prolatar a sentença.

Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes leciona:

Por outro lado, e mais relevante, os critérios de avaliação usualmente aceitos, embora não sejam critérios legais, apresentam-se como lógicos, devendo, porém ser sempre explicitado, de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, garantir o controle

⁶⁶TARTUCE, Fernanda. *Quantificação de Indenização por Danos Morais*. Jus Navegandi. Disponível em <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.Asp?=5382>. Acesso em 07.09.2006.

⁶⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op.cit.*, p.39-40. Dando conta de que Tribunal de Alçada de Minas Gerais fez publicar no DJ – MG, em 08/10/98, a seguinte recomendação sobre o tema: “1- Pedido de dano moral por inclusão indevida do nome em SPC – SERASA – Cartórios 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 validadas como parâmetros orientadores, no comum dos casos”.

*da racionalidade da sentença. Esta é a linha que separa o arbitramento da arbitrariedade.*⁶⁸

E prossegue:

*O problema da racionalidade da decisão, isto é, da possibilidade de exercer sobre ela um controle externo, tem um sentido especial nos casos em que as premissas utilizadas não são pacíficas ou são freqüentemente contestadas, ou, ainda, quando necessitam elas próprias fundar-se num genérico bom senso. Se tais premissas efetivamente podem ser justificadas, M. Taruffo, então, devem sê-lo de modo a permitir o raciocínio lógico do magistrado possa a ser acompanhado. Assegura-se, assim, aos jurisdicionados a ausência de escolhas intuitivas e das conseqüentes decisões arbitrárias, permitindo que a decisão judicial sirva de indicação para hipóteses semelhantes. A explicitação da motivação, com a análise dos fatos, em toda a sua extensão e profundidade, é mais necessária nessa fase, em que as disparidades teleológicas são ainda muito freqüentes e os valores indenizatórios, atribuídos a acontecimentos homólogos, divergem sobre maneira sem qualquer justificativa.*⁶⁹

Mostra-se necessário, então, não um tabelamento, sobre quaisquer das modalidades antes mencionadas, mas um arbitramento no qual o magistrado explicita de modo logicamente verificável sua motivação, as premissas que o levaram a decidir sobre o montante indenizatório, as provas produzidas e a valoração de cada uma na formação de seu convencimento, a fim de que o comando por ele emitido possa estar sujeito ao controle de sua racionalidade.

A principal crítica observada quanto ao critério do arbitramento judicial é a possibilidade do mesmo descambar para o arbítrio, tendo em vista a inexistência de critérios objetivos para determinação do *quantum debeatur* nas indenizações por danos morais.

Esclarece Carlos Edson do Rêgo Filho:

*Pode-se concluir que não há ainda, em nosso Direito, sistematização de critérios. Em muitas decisões simplesmente não se indicam os critérios – os critérios inexistem. Em outras, encontram-se alguns indicativos, utilizados, no entanto, isoladamente, em um ou outro caso.*⁷⁰

Esta visão mostra-se totalmente compatível com a realidade, conforme pôde ser verificado nesta pesquisa. O que há são alguns parâmetros que se destacam e aparecem com maior freqüência quando da análise da jurisprudência – conquanto muitos outros menos freqüentes possam ser apontados - , razão pela qual serão estudados de forma individualizadas. São eles: a extensão do dano, o grau de culpa, a situação econômico-financeira das partes, o caráter compensatório/punitivo da indenização e, finalmente, a razoabilidade e a proporcionalidade.

3.3.1 - Parâmetros utilizados

3.3.1.1 - A extensão do dano

⁶⁸MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 270.

⁶⁹*Ibidem*, *loc. cit.*

⁷⁰MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Op. cit.*, p. 270.

O primeiro parâmetro do arbitramento judicial que se vislumbra da análise das decisões que versam sobre dano moral é aquele que determina que a indenização deve corresponder à extensão do dano.

O próprio Código Civil adota tal posição, ao estampar em seu artigo 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.⁷¹

Aqui, algumas observações devem ser feitas. Primeiro, não se busca equivalência exata entre o dano e o valor da indenização, eis que não se trata de estabelecer *pretium doloris*.

Ora, se o que se busca é compensar lesões a bens não economicamente mensuráveis, a equivalência absoluta será uma quimera. Essa impossibilidade serviu, por muito tempo, de argumento aos negativistas.

Deve-se buscar, demonstrado o fato danoso e a presença dos pressupostos da indenização, estabelecer um quantum que compense a vítima o mais completamente possível.

A medida da extensão do dano poderá ser estabelecida sob a análise de diversos aspectos. O primeiro e mais evidente é o aspecto da dignidade humana atingido. Ou seja, a lesão à vida tem uma extensão maior que lesão à liberdade sexual (v.g. estupro), que, por sua vez, supera uma lesão à honra objetiva (v.g. um protesto indevido de título).

Embora esta gradação possa experimentar variações conforme a cultura do local, devido às proporções continentais de nosso país, no geral, haverá uniformidade nessa avaliação, sendo a experiência comum, a sensibilidade do magistrado suficientes para aquilatar e estabelecer as distinções.

Outro aspecto que deverá ser levado em conta ao medir-se a extensão do dano para fins reparatórios é a sua dimensão temporal, ou seja, o tempo de duração ou mesmo a definitividade do dano.

Se o dano é definitivo (v.g. tetraplegia), deverá ser reparado de forma mais abrangente que um dano passageiro (publicação única na imprensa) ou do que aquele sujeito à correção (lesão estética sujeita a correção via cirurgia plástica).

Assim como a extensão temporal deve ainda merecer relevo, a repercussão dos fatos danosos. Ofensa à honra cometida em ambiente familiar, naturalmente, repercutirá muito menos do que aquela transmitida em grande rede de televisão, de âmbito nacional ou publicada em jornal de grande circulação.

Considere-se o já citado caso da “Escola Base” de São Paulo, no qual os proprietários foram expostos em todos os jornais, rádios e televisões nacionais, acusados de molestar sexualmente de idades pré-escolar. O indiciamento em inquérito policial, ainda que comprovada a má-fé capaz de caracterizar a denúncia caluniosa não causaria sequer uma pequena fração dos danos morais causados pela ampla exposição na mídia, ocasionada pela irresponsabilidade de um servidor público (Delegado de Polícia) que deu publicidade aos fatos antes de investigá-los.

Fica clara a diferença. O fato foi o mesmo, ou seja, denúncia caluniosa, causando lesão à honra. Entretanto a extensão do dano em muito se modifica conforme sua divulgação ou não.

E extensão do dano será a medida da reparação. Este parece ser um parâmetro inafastável, no sentido de estabelecer-se a justa compensação, e que, acreditamos, deverá ser perseguido pelo magistrado a fim de valorar o dano moral.

Nota-se que este parâmetro dá ao problema um enfoque que toma por base a esfera do lesado, ocupando-se da reparação do dano sofrido, e não do dano causado.

⁷¹BARSIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, art. 944.

3.3.1.2 - O grau de culpa

É majoritária, em doutrina, a corrente que defende dever o valor da reparação por dano moral variar conforme o grau de culpa (ou dolo) do agente, aumentando conforme se verifique maior grau de reprovabilidade da conduta.

Yussef Said Cahali assevera:

Permite-se concluir, daí, que: na indenização do dano, o juiz poderá levar em consideração o grau de culpa (em sentido lato) do réu, ao fixar o quantum debeatur da reparação do prejuízo sofrido pelo autor.⁷²

Antônio Jeová Santos posiciona-se:

Tem interesse à valoração da gravidade da falta cometida pelo ofensor. O comportamento do ofensor tem relevância se considerada a indenização como possuindo uma parte de sanção exemplar. Tendo o ressarcimento uma função ambivalente – satisfatória e punitiva – têm incidência e importância a culpa e o dolo no instante da fixação do montante indenizatório.⁷³

Esta também é a opinião de Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho:

O que se pode, e deve, indicar, são alguns critérios básicos a orientar a fixação do quanto devido na indenização por dano moral como a intensidade e a repercussão da ofensa relativamente à vítima e o grau de culpa ou intensidade de dolo do agressor.⁷⁴

Em sede de jurisprudência, há numerosos acórdãos nos quais o grau de culpa é utilizado expressamente como parâmetro na fixação da indenização por dano moral.⁷⁵

O principal argumento dos defensores da avaliação do grau de culpa na quantificação do dano moral diz respeito ao caráter de desestímulo que deveria revestir de tal avaliação.

Que pesem as opiniões acima citadas, fato é que a relação entre o grau de culpa do ofensor e a indenização a ser a ele atribuída a título de reparação é alvo de controvérsias.

Aqueles contrários à admissão do grau de culpa como componente da indenização defendem que, em um cenário de objetivação da responsabilidade, a utilização da culpa como parâmetro do *quantum debeatur* constituiria verdadeiro retrocesso.

Além disto, o legislador, sem dúvida, ofereceu sua contribuição para a controvérsia existente sobre a questão, pois, após afirmar no caput do artigo 944 que “a indenização mede-se pela extensão do dano” complementou em seu parágrafo único que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.” Depreende-se assim, do texto legal, a opção legislativa no sentido de que o grau de culpa seja considerado, quando da fixação do *quantum debeatur*.

⁷²CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 146.

⁷³SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 186.

⁷⁴MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Op. cit.*, p. 150.

⁷⁵BRASIL. STJ – REsp. 216904/DF. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 20.08.2006. Do qual extrai-se: “III- O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa [...]”

3.3.1.3 - Danos punitivos (*punitive damages*)

Uma das questões mais interessantes e controvertidas do presente estudo diz respeito à adoção, entre nós, dos danos punitivos (*punitive damages*) quando da fixação da reparação de danos morais.

Instituto originário do direito anglo-saxão, de bases completamente diferentes do nosso, de matriz romano-germânica, os *punitive damages*, atualmente aplicados com mais frequência nos Estados Unidos e de lá “importados” consiste, basicamente, em acrescentar à reparação um valor extra como multa civil, infligindo ao causador do dano uma pena, que teria duplo sentido: pretérito, punindo o agressor; e futuro, no sentido de desestimular o agressor e todos aqueles que tomarem conhecimento da sentença a repetir atos da mesma natureza (desestímulo).⁷⁶

No nosso ordenamento jurídico, vários são os seus defensores. Assim, Caio Mário da Silva Pereira:

*Como tenho sustentado em minhas Instituições de Direito Civil (vol.II, n.176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) por nas mãos do ofendido um soma que não é o pretium dolores, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral.*⁷⁷

Na mesma esteira Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho defende:

*[...] devendo a busca de avaliação em dinheiro ser pautada não pela idéia de equivalência, própria dos danos materiais, mas pela de compensação - para a vítima, através da possibilidade de com o valor recebido obter alguma satisfação que lhe atenua o sofrimento - , e de punição - ao ofensor, através de quantia que lhe desestimule a prática de outras atitudes danosas.*⁷⁸

O argumento central é eminentemente moral: em alguns casos a reparação não será capaz de penalizar suficientemente o ofensor, podendo, inclusive, servi-lhe de estímulo para o cometimento de novos atos da mesma natureza no futuro, o que torna necessário acrescentar-se um plus ao valor indenizatório ao valor indenizatório, para que esse, a um só tempo, compense/penalise/desestimule.

Em sede de jurisprudência, também são extremamente numerosos os acórdãos que admitem o caráter punitivo da reparação de danos morais, podendo citar-se como exemplo:

*Responsabilidade civil. Acusação criminal injusta que o recorrente poderia ter evitado. Dano moral. Valor da indenização. I- A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometer atos desta natureza [...]*⁷⁹

⁷⁶MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 228-252.

⁷⁷PEREIRA, Caio Mário Silva. *Op. cit.*, p. 317.

⁷⁸MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rego. *Op. cit.*, p. 114.

⁷⁹BRASIL. STJ - REsp. 337739/SP – Ac unân. da 3ª T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – Julg. em 08/04/2002. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 20.08.2006.

A adoção desta teoria (punitive damages) em nosso ordenamento jurídico, data venia, poderia vir acompanhada de alguns problemas.

Inicialmente, ao juiz se atribuirá um grau de subjetividade muito maior do que o atualmente vigente, ao conceder-lhe uma possibilidade de aplicar uma pena sem quantitativo previamente estipulado, o que abriria caminho para a concessão de indenizações milionárias conforme se verifica na práxis norte-americana.

Outro problema é a possibilidade da existência de bis in idem, visto que diversas ações causadoras de dano moral são passíveis de punição criminal com pena de multa. Assim, abrir-se-ia a possibilidade de dupla condenação a pena pecuniária pelo mesmo fato.

Finalmente, há um aspecto de ordem moral: a entrega à vítima de soma que excede os danos por ela sofridos consistiria claro enriquecimento ilícito de sua parte, eis que estaria se beneficiando de uma penalidade/desestímulo ao causador que interessa, em tese, não somente a ela, mas a toda sociedade.

Fato interessante é a existência de julgados que ao mesmo tempo que reconhecem o caráter punitivo do dano moral vedam o enriquecimento por parte do lesado⁸⁰. Ocorre que nesses casos, o enriquecimento do lesado é consequência inevitada, visto que receberá, além da compensação por danos sofridos, quantia representativa dos danos punitivos.

Contra a adoção do punitive damages, adverte Maria Celina Bodim de Moraes:

De nada adianta clamar por moderação e equilíbrio na fixação do quantum indenizatório quando o sistema que se veio delineando aceita a coexistência de duas regras, antagônicas por princípio, no âmbito da reparação de danos morais: a punição, de um lado, e o arbítrio do juiz do outro. Nestes casos, em geral a função punitiva corre solta, não tendo qualquer significação no que tange a um suposto caráter pedagógico ou preventivo. Por outro lado, representa, não há como negar, um forte incentivo à malícia, além de gerar a mercantilização das relações existenciais.⁸¹

Observa-se na parte final da citação um forte argumento contra a adoção, como regra, dos danos punitivos: representaria a total inversão do sistema concebido pelo constituinte, que visa à proteção da dignidade da pessoa humana, substituindo esta proteção por um sentido eminentemente mercantil das indenizações, o que viria acompanhado pelos inconvenientes das indenizações milionárias e aleatórias.

3.3.1.4 - Das condições sócio-econômicas do causador do dano e da vítima

Freqüentes também as decisões que apontam como parâmetro as condições sócio-econômicas do causador do dano e da vítima.

Aqui, cabe fazer uma distinção. Primeiramente, quanto ao nível sócio-econômico do causador do dano. A adoção ou não deste parâmetro está relacionada, *data venia*, a adoção, ou não, do critério da extensão do dano como fundamental à quantificação da indenização por danos morais. Caso o julgador o adote (o critério da extensão do dano), pouco importa, para sua valoração, ser seu causador pessoa de posses ou carente de recursos. O montante indenizatório não poderá ser elevado a esse pretexto, sob pena de entregar-se à vítima valor que não lhe pertence e de atribuir ao dano moral caráter aleatório.

Por exemplo, figurem-se duas vítimas de idêntico dano moral, decorrente de relação de consumo (v.g., inclusão indevida em cadastro de maus pagadores). A primeira

⁸⁰BRASIL. STJ – REsp. 425317/Rs – 3ª T. – Rel. Min. Nancy Andrighi – Julg. em 24/06/2002. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 20.08.2006.

⁸¹MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 261.

vítima, consumidora de empresa de pequeno porte seria indenizada em ,digamos, 50 salários-mínimos; já a segunda, cliente de grande banco, receberia 500 salários-mínimos, sem que haja entre os casos quaisquer distinção substancial, fundado apenas na opulência econômica do segundo agressor.

Caminha-se, aqui, a toda evidência , em sentido contrário à realização da verdadeira justiça.

Maiores problemas, ainda, aparecem quando se analisa a situação sócio-econômica da vítima. Ora, partindo-se do pressuposto de que o dano moral deriva de lesão `a dignidade da pessoa humana, diferenciar as vítimas por suas posses, equivaleria a reconhecer maior dignidade aos mais afortunados,e , menor aos menos favorecidos.

Tanto a suposição de que pessoas de classes diferentes ‘sofrem’ em valores (quantias) diferentes quanto à de que todas as pessoas têm com os mesmos sentimentos (donde concluir que não é cabível especificar-se em relação ao caso concreto, a indenização) decorrem da errônea suposição de que é o ‘sentimento’ o que deve ser avaliado. Daí, aliás, o engano profundo em que recaem todas as decisões que se arrogam conjecturar sobre os sentimentos dos outros e acabam julgando apenas com base na aparência, isto é, com base nas condições econômicas da vítima e do ofensor.⁸²

Muitas vezes, observa-se os tribunais apreciando a condição econômica da vítima a fim de, invariavelmente, reduzir o valor indenizatório para evitar um suposto enriquecimento sem causa, o que se mostra , atentatório à dignidade da pessoa humana, gerando verdadeiros absurdos.⁸³

Decidindo pedido de indenização por dano moral formulado por jovem de 16 anos, virgem, que, ao buscar atendimento em unidade de saúde pública foi estuprada por servidor público (auxiliar de enfermagem), assim julgou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

INDENIZAÇÃO – DANO MORAL E ESTÉTICO – ESTUPRO— PRÁTICA NAS DEPENDÊNCIAS DE ENTIDADE PÚBLICA – SERVIDOR – PROCEDÊNCIA. 1- Havendo comprovação dos danos morais sofridos por adolescente em estabelecimento público, ao buscar tratamento de saúde, praticado por auxiliar de enfermagem, no exercício de suas funções, é de rigor a procedência por danos morais, mormente quando o fato repercutiu intensamente na mídia, trazendo humilhação e desconforto para a mesma. 2- O valor arbitrado a título de danos morais deve ser tal que não implique no enriquecimento ilícito de uma parte em detrimento da outra. 3- O dano estético se caracteriza em sendo aquele que venha trazer aspectos que causem repulsa a primeira vista, ou seja, é de ordem externa. 4- Vencida a Fazenda Pública os honorários advocatícios deverão ser fixados consoante a norma inserta no art. 20, par. 4º, do CPC. (TJ-MG –Ap. Cív.n.1.0000.00.298694-2/0000(1) – 8ª Câm. Cív. Rel. Des. Silas Vieira – Julg. em 17/02/2003).⁸⁴

Do voto do Desembargador Relator, extrai-se:

⁸²MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 300.

⁸³*Ibidem*, p. 302.

⁸⁴BRASIL. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. TJ-MG – Ap. Cív.n.1.0000.00.298694-2/0000(1) – 8ª Câm. Cív. Rel. Des. Silas Vieira – Julg. em 17/02/2003. Disponível em: www.tj.mg.gov.br. Acesso em: 20.08.2006.

Tenho, porém, que o valor arbitrado pelo Juiz a quo em 200 (duzentos) salários-mínimos, ultrapassa a quantia aceitável para o caso. Isto porque, em face do princípio da razoabilidade, a indenização não deve ser motivo de enriquecimento do lesado. A autora, pessoa simples e moradora de uma comunidade pobre, não pode pretender que, com o ressarcimento por ato ilícito perpetrado em uma entidade pública, possa gerar um acréscimo considerável em seu patrimônio.⁸⁵

Diante deste contexto, levando em conta o princípio citado, a fim de que episódios desta natureza não mais se repitam, especialmente para que o Poder Público esteja mais atento aos seus servidores, fixo o valor da indenização em 120 (cento e vinte) salários mínimos.”

Por incrível que possa parecer, faz concluir a fundamentação do acórdão que, fosse a vítima do estupro mais afortunada, ser-lhe-ia atribuída quantia maior; em sendo ela pobre não poderia enriquecer as custas do ato ilícito cometido por agente estatal.

Tais distinções são inaceitáveis sob a vigência de uma Constituição que atribui igual dignidade social a todos aqueles situados sob sua órbita e que prevê tanto o princípio da igualdade formal quanto os princípios da igualdade substancial e da solidariedade social.

3.3.1.5 - Razoabilidade e proporcionalidade

O princípio da razoabilidade pode ser conceituado como aquele que visa a “[...] limitar e condicionar, logicamente, a discricionariedade para que não se transforme em arbitrariedade, tendo especial importância nos julgamentos das questões difíceis [...]”⁸⁶

Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “[...] é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”⁸⁷

Numerosos são os acórdãos que citam a razoabilidade e a proporcionalidade como parâmetros de fixação da reparação.

Entretanto, de uma análise mais detalhada, vê-se que a razoabilidade é utilizada, no mais das vezes, como mera desculpa, como a “lógica do mais ou menos certo”, já que os julgados que se utilizam do mesmo princípio apresentam, por vezes, resultados em muitos destoantes.

Registra-se nesse caso a precisa assertiva de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho:

Impõe-se, de pronto, uma constatação fundamental: essas teses servem a todos os tipos de raciocínio. Adequam-se a qualquer preço. Moldam-se a todo tipo de valor que o magistrado haja por bem arbitrar. Causa, insista-se, enorme perplexibilidade o fato de cada uma destas fórmulas justificar o arbitramento de qualquer quantia. Utiliza-se o mesmo ‘prudente arbítrio do juiz’ para determinar valores que vão de 1 a 10.000 salários-mínimos. E não se argumente que se cuidam de casos diferentes, revestidos das suas vicissitudes: à perda de ente querido, v.g. concedem-se valores extremamente díspares como se constatou na pesquisa.⁸⁸

⁸⁵ *Ibidem, loc. cit.*

⁸⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 92.

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit., loc. cit.*

⁸⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. *Op. cit.*, p. 145.

Observa-se que a razoabilidade e a proporcionabilidade não são, em nosso contexto jurisprudencial verificáveis na sentença. Ora se diz fundado no mesmo princípio para fixar o montante, sem qualquer fundamentação; ora se diz que o princípio foi ofendido, a fim de modificar o valor, sem demonstrar-se, entretanto, onde se situa a ofensa.

Entende-se que a razoabilidade e a proporcionalidade deverão nortear todos os julgamentos envolvendo dano moral. E, diga-se de passagem, não somente no que tange à segunda fase, ou seja, na apuração do *quantum debeat*, mas também na apuração do *an debeat*, exercendo um duplo efeito: servir de um lado, de instrumento hábil a possibilitar ao magistrado a verificação da existência do dano e, mantendo o mesmo critério, na fixação do valor reparatório; e, por outro lado, possibilitar às partes a verificação da razoabilidade não somente do *quantum*, mas também das razões expendidas para obtenção de tal valor.

Neste sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes: “Não se trata de saber o que o juiz pensou ao prolatar a decisão, mas sim de examinar a ‘razoabilidade das razões’ por ele apontadas para justificar o que decidiu.”⁸⁹

Neste contexto, razoabilidade e proporcionalidade podem tornar-se mecanismo eficaz para transição preconizada por Perlingieri⁹⁰, de uma jurisprudência de interesses para uma jurisprudência de valores.

Quando falamos em dano moral, a em jogo, muito mais que interesses individuais, mas valores que são caros à sociedade como um todo. Uma lesão à cláusula geral da tutela da pessoa humana ocasionará, concomitantemente, lesão a valores constitucionalmente consagrados, prejudicando todos os membros do corpo social, o que deve ser combatido, dentre, outras formas, com a concessão de valores indenizatórios que visam a compensar a dor sofrida.

Assim sendo, razoabilidade e dignidade da pessoa humana encontram-se veiculadas, sendo a primeira, instrumento de concretização da segunda.

Torna-se assim, imprescindível à consolidação da reparabilidade do dano moral a adoção do princípio da razoabilidade em todas as decisões que envolvam o tema, como ferramenta à ponderação dos interesses envolvidos, a fim de servir como mais um parâmetro na busca da justa e efetiva indenização.

CONCLUSÃO

Em decorrência do estudo realizado para a elaboração do presente trabalho, conclui-se que:

1) A dignidade da pessoa humana, valor constitucionalmente tutelado, deve ser o fundamento norteador da reparação por danos morais. Havendo dano à dignidade da pessoa humana, haverá responsabilidade, e, conseqüentemente, dever de reparar.

2) Dentre os critérios de fixação da indenização por danos morais identificados pela pesquisa, o tabelamento e os critérios matemáticos, *data vênia*, demonstram pouco colaborar com o ideal da integral reparação. Se por um lado, favorece a segurança das decisões judiciais, por outro, tendem a reduzir vidas e situações existenciais ao simples número de seus processos, em arriscado atalho rumo à injustiça.

3) O critério ora adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o arbitramento judicial, indica ser ainda o que melhor atende à ótica civil-constitucional deste estudo, sendo o mais eficaz instrumento de defesa de tão caro valor – a dignidade da pessoa humana.

4) Dentre os parâmetros a serem levados em consideração pelo magistrado, quando do arbitramento do *quantum debeat*, destaca-se a **extensão do dano**.

5) A análise da extensão do dano como parâmetro fundamental à reparação aproxima o magistrado da ótica da vítima, a quem interessa ver-se reparada. Analisada a

⁸⁹MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 274.

⁹⁰PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p.32.

extensão do dano, deverão então conforme o caso concreto, serem analisados outros parâmetros. Na avaliação sobre a extensão do dano, o magistrado deveria considerar, especialmente: a) a duração do dano; b) a repercussão do dano; c) as condições pessoais da vítima.

6) A pesquisa indicou ainda, até o presente momento, a mais ampla reparação de danos morais é obtida através do seguinte binômio: magistrados preparados, motivados e comprometidos com sua nobilíssima missão, e, parâmetros transparentes e coerentes com o valor do bem a cuja preservação se prestam – a honra, a dignidade e a vida humana.

Referências:

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, ano 2, v. 9, p. 3-4, jan/mar. 2002.

BRASIL. Código Brasileiro de Telecomunicações. Artigo 84.

BRASIL. Código Civil Brasileiro (revogado). Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Lei 4.737/ 65 (Código Eleitoral), art. 243 ; Lei 5.988/73(Lei dos Direitos Autorais -revogada)

BRASIL. STJ – REsp. 216904/DF. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 20.08.2006. BRASIL. STJ - REsp. 337739/SP – Ac unân. da 3ª T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – Julg. em 08/04/2002. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 20.08.2006.

BRASIL. STJ – REsp. 425317/Rs – 3ª T. – Rel. Min. Nancy Andrighi – Julg. em 24/06/2002. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 20.08.2006

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito REsp. 103.307-SP. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 20.06.2006.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Resp. 202.564-0-RJ – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – Julg. em 02/08/2001*. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 20.06.2006.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Resp. 252481/SP e Resp. 182195/SP*. Rel. Min. César Asfor Rocha. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 20.06.2006.

BRASIL. TJ – SP - Ap. Cív. nº133.892-4/0-00 - Comarca de São Paulo – Ac. unân. 3ª Câmara. Dir. Civ. Priv. Férias “Janeiro/2003” – Rel. Des. Carlos Roberto Gonçalves. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 20.06.2006.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. TJ-MG – Ap. Cív.n.1.0000.00.298694-2/0000(1) – 8ª Câmara. Cív. Rel. Des. Silas Vieira – Julg. em 17/02/2003. Disponível em: www.tj.mg.gov.br. Acesso em: 20.08.2006.

CAHALI, Youssef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 7. ed. v.7. São Paulo: Saraiva, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolza; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LIMA, Alvin Ferreira. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIRA, Ricardo Pereira. Ato ilícito. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. nº 49, 1996.

MARTINS, Pedro Batista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Elementos de Responsabilidade por dano Moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana; Uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REIS, Clayton. *Os novos Rumos da Indenização de Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e a sua Reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

TARTUCE, Fernanda. *Quantificação de Indenização por Danos Morais*. Jus Navegandi. Disponível em <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.Asp?=&id=5382>. Acesso em 07.09.2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. v. 4, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.