

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

RENATO MANUEL DUARTE COSTA

QUANTO VALE SUA MORAL?
DILEMA DO JUIZ!

UFPe, abril de 2003

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNANBUCO - UFPE
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

RENATO MANUEL DUARTE COSTA

QUANTO VALE SUA MORAL?

DILEMA DO JUIZ

Dissertação apresentada como exigência parcial
para obtenção do grau de Mestre em Direito
Público à Banca do Exame de Qualificação da
Universidade Federal de Pernambuco – UFPe.

Orientador: Professor Doutor RAYMUNDO
JULIANO DO REGO FEITOSA

UFPe, abril de 2003

Renato Manuel Duarte Costa

**QUANTO VALE SUA MORAL?
Dilema do Juiz**

Dissertação aprovada pelos membros da Banca Examinadora, para obtenção do título de Mestre em Direito Público, apresentada à Universidade Federal de Pernambuco.

Orientador: Doutor Raymundo Juliano do Rego Feitosa

Banca Examinadora

Doutor (Presidente)

Doutor (examinador)

Doutor (examinador)

Menção:

Brasília, de julho de 2003

À Daniele Luisa, pela companhia de todas as horas.
À meus pais Berta e Alberto e às minhas filhas, Daniela e Juliana.

Meus agradecimentos ao professor orientador Dr. **RAYMUNDO JULIANO DO REGO FEITOSA**, sem o qual esta dissertação jamais seria defendida.

Aos alunos **DEBORAH ALVES LACERDA**, **VANESSA CAMARGO GARCIA LEÃO**, **CRISTIANO CORREIA E SILVA**, **JOSÉ CARLOS VELOSO FILHO** e **KARINA ANDRADE LADEIRA**, todos estudantes do curso de Direito da **AEUDF**, cujas colaborações competentes e carinhosas, a mim emprestadas, permitiram a realização deste trabalho.

Um especial agradecimento ao advogado **BRUNO MARQUES**, pela colaboração na indispensável pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

RESUMO

Este trabalho se desenvolverá de forma a evidenciar que a fixação do *quantum* do dano moral puro está submetida exclusivamente ao arbítrio do magistrado. Para tanto, conceituaremos dano moral com a necessária delimitação do tema. Com essa conceituação, ilustraremos a evolução histórica do dano moral. Após, faremos a inserção da ética no direito pátrio. Em seguida, a dissertação levará o leitor à constatação de que a necessidade da construção de balizamentos não implica no tabelamento da moral. No último capítulo, será focado o prisma de que é necessário construir critérios para abalizar o juiz em suas decisões. A conclusão ensejará a sugestão da criação de dois parâmetros para a fixação do *quantum* do dano moral puro.

Palavras-chave: Dano moral puro; ética; parâmetros; tabelamento; livre convencimento do juiz.

ABSTRACT

The present work will be developed showing that the fixation of pure moral damage award – or, pure punitive exemplari damage – is exclusively bound to the arbitrariness of the judge. To prove this, the concept of moral will be formulated with the necessary theme delimitation. After such conceptualization, we will illustrate the historic evolution of moral damage. Continuing our approach, the dissertation will lead the reader to the conclusion of the necessity for the creation of criteria for the evaluation of damages, not implying, in most of the cases, on the taxation of moral. The last chapter focuses the necessity for the construction of reliable criteria to guide judges when deciding cases. The conclusion comes up with a suggestion for the creation of two parameters for the fixation of the amount for the moral damage award – punitive damage.

Keywords: Pure moral damage award (punitive damage); ethics; parameters; taxation; Judge's freedom for decision-making

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 Importância do tema	11
2 Delimitação do tema	18
3 Objetivos que se pretende alcançar	21
4 Metodologia.....	22
CAPÍTULO I – DANO MORAL: CONCEITO	24
1.1 Necessidade deste capítulo	25
1.2 Diferença do significado entre as palavras ‘conceito’ e ‘definição’	26
1.3 Significado jurídico de dano.....	27
1.4 Dano moral segundo a doutrina	28
1.5 ‘Dano moral puro’: conceito.....	36
CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL.....	38
2.1 Direito Romano	39
2.2 Código de Hamurabi	40
2.3 Direito Canônico	41
2.4 Doutrina Francesa.....	44
2.5 Tese de Yhering	46
2.6 Questões fundamentais da reforma do direito de indenização do dano	47
2.7 A Constituição de 1988.....	52
CAPÍTULO III – SENTIDO ÉTICO NO DIREITO	53
3.1 Importância dos valores éticos	54
3.2 Qual moral deverá ser aplicada pelo juiz?	54
3.3 A experiência ética do magistrado	56
CAPÍTULO IV – AXIOLOGIA DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL NA DOCTRINA	58
4.1 Lesão à moral	59
4.2 Esforço do legislador para disciplinar o tema	60
4.3 Permanência do debate	65
4.4 Sentido ético-educativo da fixação do <i>quantum</i>	69
CAPÍTULO V – DILEMA DO JUIZ: O CONTEÚDO ÉTICO NA VIOLAÇÃO DO DANO MORAL PURO	73
5.1 Dilema do juiz	74
5.2 Conteúdo ético na indenização do dano moral puro	75

5.3 Criação de parâmetros legais como solução do dilema do juiz	81
5.4 Experiência dos tribunais	83
5.5 Imprecisão legal	87
CAPÍTULO VI – AUSÊNCIA DE PARÂMETROS NA ORDEM JURÍDICA	90
6.1 Criação de parâmetros	91
6.2 Leis existentes	102
6.3 Tentativas legislativas de tabelamento	103
6.4 Inquietação da magistratura	106
6.5 O dilema do juiz permanece	108
CONCLUSÃO	111
BIBLIOGRAFIA	118

INTRODUÇÃO

1. IMPORTÂNCIA DO TEMA

Este trabalho é decorrência do convívio direto com o instituto nas lides forenses posteriores a promulgação da atual Constituição, que estabeleceu a existência de um patrimônio moral além do material. Desse convívio foi possível constatar que o magistrado enfrenta um dilema para atribuir valor pecuniário à moral quer mencionando este valor de forma ínfima, quer, ao contrário, considerando este valor alto demais pelo senso comum da sociedade. A melhor conclusão que se chega, até o momento, é que o juiz deve ter total liberdade para decidir a respeito do valor da indenização do dano moral sofrido fixando o *quantum* em critérios axiológicos de sua experiência pessoal. Tal afirmação pode parecer um contra-senso, porém daí surge o dilema do juiz, consequência de ser ele o único a poder mensurar o valor de tal patrimônio caso a caso, pois nem a legislação pátria, ou a doutrina brasileira, e muito menos a jurisprudência são capazes de oferecer definitivamente qual ou quais os critérios para a fixação do valor a ser arbitrado para indenizar o dano moral puro. Essa constatação é compartilhada por Luiz Otavio de O. Amaral que assim comentou:

Trata-se de um ponto bastante polêmico e controverso pois não há nenhum critério uniforme determinado e estabelecido do qual o magistrado possa se valer na hora de materializar a sentença indenizatória.¹

¹ AMARAL, Luiz Otavio de O. Dano Moral e a Contemporaneidade. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 140, ano 6, p. 50-53, nov. 2002.

Essa lacuna alimenta o entendimento de que se deve retirar dos juízes o poder do livre convencimento. A pretensão dessa corrente é criar uma tabela para fixar o valor do dano moral e com isso engessar o magistrado.

Com esse ânimo houve estímulo em pesquisar a gênese do instituto do dano moral e dei como ponto de partida da abordagem desse assunto a carta magna de 1988.

A Constituição de 1988, que foi um marco de avanço social na história brasileira, concebeu vários institutos inovadores como, por exemplo, a defesa do meio ambiente e a defesa do consumidor.

Dentre essas inovações, uma das mais expressivas foi a consagração da existência de um patrimônio moral passível de reparação pecuniária. Vale ressaltar que a reparação do dano moral já houvera sido contemplada em outros diplomas legais, todavia, esse instituto sempre estava atrelado a existência de um dano material.

Todavia, a consequência dessa consagração foi a constatação da existência de uma lacuna relativa à ausência de critério definitivo para a fixação do *quantum* da condenação.

O dilema do magistrado em fixar o *quantum* é consequência direta dessa lacuna, o que ensejou decisões colidentes em nosso pretório. Aliás, não apenas referente à fixação do *quantum* condenatório, mas também quanto à

própria fixação do valor da causa, pois alguns magistrados entendem que o pedido deve ser específico quanto ao valor atribuído à reparação e, portanto, a apreciação jurisdicional deve ficar jungida ao pedido do valor específico, retirando ao magistrado a liberdade de atribuir tal valor.

Como esses entendimentos não se harmonizaram, há um perigo real de que essa lacuna crie uma excessiva liberdade na fixação do *quantum*. Liberdade essa que, no decorrer deste trabalho, se procurará demonstrar ser pertinente, embora não atrelada a nenhum tabelamento, mas sim parâmetros definidos.

Aliás, no dizer do Professor Antônio Lopes de Sá, a liberdade excessiva é perigosa. Eis o que o doutrinador ensina: “A liberdade audaz e agressiva tende a transforma-se em libertinagem e vício, quando o público que ela envolve não tem ainda bem formada a estrutura ética e moral.”²

O que se debaterá é a conveniência de se tabelar o valor do patrimônio moral do cidadão ou deixar que o livre convencimento do juiz submetido a parâmetros, mas não a tabelamentos, seja suficiente para a fixação do *quantum*.

² SÁ, Antonio Lopes de. *Ética*. Atlas:2001, p. 51.

Em decorrência do clamor da sociedade, a atual Constituição alargou o conceito de patrimônio civil até então existente, como foi acentuado pelo professor Luiz Otavio de O. Amaral:

No Brasil, principalmente ante da Constituição de 1988, muitos doutrinadores não admitiam reparação por danos morais sob vários argumentos, como o de ser impossível a reparação com dinheiro de um bem moral atingido³.

Embora não tenha estabelecido critérios ou parâmetros para sua reparação, o que gerou uma lacuna que não chegou a ser preenchida ordinariamente pelo Novo Código Civil brasileiro.

A reparação do dano se resumia ao bem material, estendendo-o ao âmbito da psique humana. Assim, o cidadão passou a ter proteção contra as ofensas morais atiradas contra si por particulares ou até mesmo por agentes do Estado agindo em nome deste. A lacuna da lei havia sido preenchida e a violação, exclusivamente, ao patrimônio moral passava a ser passível de reparação pecuniária independentemente de violação ao patrimônio material de quem quer que fosse.

A Constituição ao contemplar tal instituto corrigiu uma falha legislativa, decorrente da ausência de previsão legal para reparação do dano

³ AMARAL, Luiz Otavio de O. Dano Moral e a Contemporaneidade. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 140, ano 6, p. 50-53, nov. 2002.

moral puro. Porém, a lei ordinária, até o momento, não resolveu o dilema do juiz. Não há critérios legais para a fixação do dano moral, surgindo a tese do tarifamento e a criação, apenas, de parâmetros sem tabelamento. Essa lacuna trouxe para o Poder Judiciário, mais especificamente, para os ombros dos magistrados, a difícil tarefa de determinar, monocraticamente, o quanto vale a moral daquele jurisdicionalizado que requer a tutela do Estado para reparar um dano moral puro que sofrera, como se eles - os juízes - tivessem ‘um poder sagrado’ ou ‘um dom’ que lhes permitisse arbitrar este valor aleatoriamente da vontade da lei. Daí nasce o dilema do juiz que teme agravar a descrença do jurisdicionalizado, o que é vaticinado por J.J. Calmon de Passos que assim ensina: “Hoje, advogar, de certo modo, é ter de obter um bom relacionamento nos tribunais e deles obter as soluções de emergência que a cada dia mais desmoralizam o Poder Judiciário e enfraquecem a credibilidade na justiça.”⁴

O drama na fixação do *quantum* da reparação do dano moral puro se reflete na construção axiológica que o magistrado é levado a fazer para estabelecer esta quantia, partindo, única e exclusivamente, de seus íntimos conceitos do valor da moral, advindos de sua experiência pessoal.

Para o juiz, qual será o preço da honra de uma negra pobre? Será que se ela for ofendida por um cidadão de sua própria classe social e raça, o

⁴ PASSOS, J.J. Calmon de Passos. *Ética e direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 112.

valor da reparação do dano moral vai ser o mesmo, caso o violador de seu patrimônio moral seja um cidadão da classe social ‘A’ e branco? Ou, então, se uma pessoa jurídica multinacional, economicamente forte ofender uma pessoa com poder economicamente também alto, qual será o valor arbitrado? E, ao contrário, se uma pessoa da classe econômica baixa ofender alguém de uma classe com mais poder aquisitivo, qual será o valor do *quantum* a ser fixado para essa virtual indenização?

Após essas indagações, quais as conclusões possíveis? Será que há diferença de moral entre as pessoas de uma mesma classe social? De uma mesma raça? De uma mesma cor? As diferenças sociais e econômicas diferenciam também o valor moral de cada um? Mais, e se em dois casos semelhantes levados à tutela jurisdicional do Estado, decididos por Juízos distintos, o valor do *quantum* da indenização de um for o dobro da fixação que o outro magistrado atribuiu? Poder-se-ia dizer que um magistrado, em face do caso concreto, sente e pensa diferente do outro quanto ao valor da honra? Em face das experiências pessoais de cada um deles, a fixação do *quantum* arbitrado poderá variar em casos semelhantes?

Será que para um juiz oriundo de uma classe social abastada e de cor branca, a frase jocosa ‘seu negro’ terá o mesmo efeito ofensivo a um juiz negro, oriundo de uma classe social humilde ou pobre? O mesmo vale dizer

se um juiz negro oriundo da classe “A” e o jurisdicionalizado fosse da classe social “D”.

Outro aspecto importante que será abordado neste trabalho é o de que a criação de parâmetros não é sinônimo de tabelamento. E são justamente esses parâmetros que autorizam afirmar-se que o tabelamento é desnecessário.

Indubitavelmente, as decisões na fixação do *quantum* da reparação do dano moral puro passam por todos esses dilemas que por não estarem resolvidos permitem que as vozes que insistentemente pretendem retirar o poder dos juizes desejem criar leis que tabelem o valor da moral de forma a engessar ainda mais o judiciário, a exemplo da tentativa da súmula vinculante que nada mais é do que uma nítida forma de usurpar poderes dos juizes.

Outra forma trágica de encorajar o entendimento de que é preciso tabelar o *quantum* é a tibieza de alguns magistrados em fixar, com base em suas próprias convicções, o valor do dano a ser reparado, preferindo transferir para a jurisprudência essa tarefa, quando na verdade, esta deveria servir apenas como uma referência, jamais como forma de tabelamento. Essa postura é mais uma forma de chancelar que a súmula vinculante é necessária e que o magistrado, principalmente o de primeira Instância, não está capacitado para decidir.

A importância do tema escolhido é decorrência da necessidade de ampliar o debate sobre a criação de parâmetros para a fixação do *quantum*. A precariedade desse debate ficará evidenciada pela existência de raros artigos em revistas especializadas, e, também, a existência de doutrina e jurisprudência divergente e esparsa. Evidência essa que confirmará a escolha do tema como forma de contribuir para alargar a discussão sobre esse assunto.

2. DELIMITAÇÃO DO TEMA

Este trabalho se refere ao fato de que o juiz ao fixar o valor da reparação do dano moral não precisa de tabelamento, legal ou jurisprudencial, bastando levar em consideração aspectos éticos de sua moral teórica e de sua vivência de moral prática, são eles: a) o sentido punitivo do valor fixado; b) que este valor não ser caracterize como enriquecimento sem causa.

A pesquisa tem por fito concatenar os aspectos éticos na fixação do *quantum* do dano moral a ser reparado de acordo com o livre convencimento do magistrado, sem medo de que o valor se configure em uma ilicitude. Aliás, sobre esse tema o professor Luiz Otavio de O. Amaral se ponderou:

Que ilicitude pode haver num enriquecimento causado a partir de indenização por ato ilícito (logo não é sem causa) de agente que possa suficientemente arcar com essa considerável indenização (jamais proporcional/equivalência ao dano moral enquanto indenização satisfativa e menos ainda enquanto indenização – sanção) para ele, o infrator-lesante e que eventualmente a ênfase da disparidade econômica-social que extrema o

hipossuficiente-lesado do hipersuficiente-lesador termina por melhorar a vida do pobre do lesado?⁵

Delimitar o tema deste capítulo, quanto ao conceito de ÉTICA é um desafio tão impossível quanto delimitar o universo, embora se reconheça que é importante fazê-lo, tendo como objetivo contribuir para reduzir a vagueza e ambigüidade da expressão.

É comum às pessoas utilizar as expressões ‘ética’ e ‘moral’ indistintamente, criando uma confusão enorme para se identificar realmente o verdadeiro significado de cada palavra. A utilização é imprecisa e às vezes contraditória, estabelecendo uma verdadeira confusão nos leitores.

É necessário, portanto, definir qual é o significado da palavra ‘ética’, para que a própria conclusão deste trabalho possa ser coerente com a sua proposta.

Apenas para lembrar, a tese desta dissertação é ressaltar o fato de ser inaceitável o tabelamento do *quantum* da reparação do dano moral. Ora, o arbitramento da indenização é papel exclusivo do sentimento individual do magistrado que, convencido de que o dano moral ocorreu e que é resultado da prática delituosa de outrem, deve quantificar o valor do patrimônio moral lesado e condenar o ofensor na reparação do dano de acordo com a sua axiologia.

⁵ AMARAL, Luiz Otavio de O. Dano Moral e a Contemporaneidade. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 140, ano 6, p. 50-53, nov. 2002.

A dificuldade de valorar o ‘dano moral puro’ existe também no dizer do professor Luiz Otavio de O. Amaral:

O caráter eminentemente de ressarcimento da responsabilidade civil, visando ao restabelecimento do *status quo ante* pela recomposição do patrimônio lesado, o que não se afigura difícil nos danos materiais, pelo simples fato da fácil constatação do prejuízo sofrido.⁶

Frise-se que o dano moral de que este trabalho se refere é o dano moral puro, aquele que não teve repercussão patrimonial, apenas provocou uma dor na alma da vítima. Esse tipo de dano é bem diferente do dano material que é de fácil constatação.

Por uma questão de melhor entendimento do significado da expressão ‘ética’, preferimos abordar, inicialmente, a origem etimológica da palavra.

Tanto a palavra ‘ética’, como a palavra ‘moral’ vêm do grego, *etos* e *mos*, respectivamente. Ambas significam costumes ou hábitos naquele idioma⁷.

Por estas palavras terem o mesmo significado no idioma português é que tanta confusão têm provocado. Por isso, urge e se impõe seja feita uma clara distinção, doutrinária, entre o emprego destes termos.

⁶ AMARAL, Luiz Otavio de O. Dano Moral e a Contemporaneidade. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 140, ano 6, p. 50-53, nov. 2002.

⁷ SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1975. p. 39.

Esta monografia adotará os conceitos doutrinariamente preceituados por Ruy A. Sodré, em sua magnífica obra intitulada “Ética Profissional, Estatuto do Advogado”. Numa página esclarecedora, o mestre ousa dizer que ‘moral’ é a moral teórica e ‘ética’ é a moral prática⁸. Logo, toda ética é moral, porém nem toda moral é ética, porque a moral teórica jamais poderá se exteriorizar.

De outro lado, mesmo a conduta prática – ética – quando exteriorizada, embora aceita pelo grupo, pode não ser exatamente condizente com a moral teórica (consciência individual).

Temos, então, duas grandes vertentes decorrentes desse conceito: a primeira é constatarmos que o comportamento humano, mesmo sendo ético, pode não ser moral. E a segunda é que a moral teórica será sempre individual, e a moral prática ou ética será sempre coletiva, porque se exteriorizada dependerá indubitavelmente da compreensão do grupo social que estará interagindo com aquele indivíduo.

3. OBJETIVOS QUE SE PRETENDE ALCANÇAR.

O objetivo geral deste trabalho é ressaltar que a legislação brasileira é omissa em determinar como deverá ser fixado o valor do *quantum* na

⁸ SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1975. p. 39.

reparação do dano moral isolado da reparação resultante de dano material. O objetivo específico é demonstrar que essa omissão legislativa, apesar de criar um dilema para o juiz, aplicador da lei no âmbito jurisdicional, deve ser resolvida sem que se permita a criação de tabelamentos para fixação do valor da moral. A fixação do *quantum* não é e não pode ser um pecado capital, mesmo às vezes havendo disparidade entre o valor atribuído e o patrimônio do lesado. Mais uma vez fazemos referência ao que acentuou o professor Luiz Otavio O. Amaral sobre um valor vir a ser considerado exagerado:

Único pecado-social, ético e jurídico – que aí se pode vislumbrar é o do odioso preconceito social dos que sustentam a injuridicidade desse enriquecimento, até porque a base da pirâmide jamais deve ascender⁹.

Assim se pretenderá demonstrar é que para fixação do *quantum* basta a criação de parâmetros, jamais o tabelamento da moral.

4. METODOLOGIA

A metodologia adotada para realização deste trabalho foi pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, até mesmo porque, outra metodologia qualquer seria inviável para o resultado a que esta obra se destina. Talvez, enquanto este trabalho esteve sendo forjado, pensamos em adotar outra metodologia, todavia,

desistimos de outra metodologia porque nos pareceu que a adotada era a mais adequada em face da originalidade do assunto. Há certa tranquilidade na adoção dessa fonte porque um dos mais renomados autores sobre como se deve produzir uma dissertação são taxativos em afirmar que em algumas vezes a melhor fonte de consulta são os próprios livros. Dentre os autores podemos citar Umberto Eco que assim ensina: “Muitas vezes o objeto é um livro e os instrumentos, outros livros.”¹⁰

Outro Autor consultado sobre a melhor forma de enfrentar um tema desta natureza foi Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹¹ que da mesma forma aconselha: “Logo, se estiver interessado em temas desse padrão, vá antes fazer uma pesquisa prévia a respeito.” Outro não foi a nosso interesse, principalmente por termos em Brasília uma boa fonte de consulta bibliográfica em várias Bibliotecas importantes na cidade.

É preciso salientar que a metodologia adotada é a única possível de ser utilizada em decorrência da pouca experiência jurisprudencial sobre o tema, e como consequência há pouca coisa escrita sobre esse assunto.

O trabalho é dividido em seis capítulos, além da conclusão. O primeiro capítulo visa conceituar o dano moral. No segundo capítulo é feita uma visita histórica no direito desde Roma até a Constituição de 1988. Já no terceiro

⁹ AMARAL, Luiz Otavio de O. Dano Moral e a Contemporaneidade. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 140, ano 6, p. 50-53, nov. 2002.

¹⁰ ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo, Perspectiva: 1997, p.35

capítulo, é pretendido fixar a idéia do sentido ético no conteúdo moral. Partimos para o quarto capítulo analisando a teoria crítica da utilidade da fixação do *quantum* na reparação do ‘dano moral puro’. Mais adiante, no próximo capítulo, abordamos o fato de que apesar da ausência necessária de um tabelamento, a inexistência de parâmetros cria um dilema para o juiz de difícil solução, produzindo um certo desconforto em face de fixações do *quantum* muito grandes, ou muito pequenas. No derradeiro capítulo, enfatiza-se a ausência dos parâmetros na legislação e a sua conseqüência nefasta. Nas conclusões, o presente trabalho sustenta veementemente a desnecessidade do tabelamento, porém sugere a definição legal dos parâmetros concebidos pela doutrina e pela jurisprudência.

¹¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 15.

CAPÍTULO 1

DANO MORAL

CONCEITO

1.1 NECESSIDADE DESTE CAPÍTULO

Este capítulo, cuja importância está diretamente ligada à necessidade de ser saber, exatamente, qual o bem jurídico que se pretende estabelecer o valor de uma reparação em caso de dano, destina-se a definir claramente qual o bem jurídico que será objeto de um arbitramento pecuniário.

A moral humana por ser um bem absolutamente volátil, invisível e imensurável, seu valor é impossível ser quantificado através dos critérios econômicos existentes que facilmente permitem a valoração de outros bens jurídicos passíveis de reparação em caso de dano, mesmo em se tratando de bens imateriais.

Por exemplo: é fácil identificar o valor de mercado de um imóvel, de um carro ou de um direito societário, pois se tratam de bens materiais, os dois primeiros e o último por ser um bem incorpóreo que a ficção jurídica o igualou ao bem corpóreo para efeitos de valor material. Nestes casos a experiência humana já estabeleceu critérios indiscutíveis e que todos aceitam para mensurar o valor de tais bens.

Desta maneira, a ausência de critérios pré-estabelecidos pela ciência jurídica para mensurar o imensurável para alguns, é que nos permitimos fazer uma abordagem sobre o conceito de moral para que as idéias deste

trabalho possam ser coerentemente acompanhadas por todos que o lerem, pois assim saberão de qual moral se estará falando.

Desde os primórdios, percebe-se a necessidade de conceituar, definir, buscar argumentos e palavras capazes de inserir idéias e descobertas em um contexto genérico para, de certa maneira, limitar o objeto ‘cognoscível’ a ser explorado no âmbito de uma ciência específica.

Falaremos com brevidade sobre a polêmica existente sobre a definição que envolve o dano moral. Ao contrário do prejuízo material, que é palpável, perceptível e aferível com relativa facilidade, o dano moral é subjetivo, diáfano, abstrato, ‘espiritual’. Talvez por este motivo cada autor tenha sua própria definição.

1.2 DIFERENÇA DO SIGNIFICADO ENTRE AS PALAVRAS ‘CONCEITO’ E ‘DEFINIÇÃO’.

Não sendo diferente no mundo jurídico, buscar-se-á, no decorrer deste trabalho, ilustrar diversos conceitos já publicados e, conseqüentemente, possibilitar a reflexão sobre um conceito individualmente elaborado, de forma a que ele tenha um acolhimento ético aceito pela maioria dos cientistas jurídicos.

Partindo de tal premissa, é oportuno ressaltar que “conceito” não é o mesmo que ‘definição’. Então, o que é conceito? E definição? Segundo Aurélio Buarque de Hollanda¹²:

Conceito (do latim *conceptu*) S.m. 1. Filos. Representação dum objeto pelo pensamento, por meio de suas características gerais. 2. Ação de formular idéias por meio de palavras [...] caracterização [...] 3. Pensamento, idéia, opinião.

Definição (do latim *definione*) S.f. 1. Ato ou efeito de definir-se. 2. Expressão com que se define. 3. Explicação precisa; significação.

Está evidente a distinção existente entre ambos. Definir, a nosso ver, é ‘dar fins’, limitar o conceito, enquanto conceituar é criar uma idéia que englobe as características gerais, sem especificação do gênero. Porém, ressaltamos que a distinção exposta não tem o condão de contrapor ou até mesmo extremar o significado das expressões em comento.

1.3 SIGNIFICADO JURÍDICO DE DANO

É de suma importância conceituar, separadamente, dano e moral, com o intuito de mesclar tais idéias individualizadas para atingir o escopo fundamental, que consiste na elaboração de um conceito perfectivo que não deixe margem a contra-argumentos.

Dano: do latim *damnum*, prejuízo, perda. Prejuízo sofrido pelo patrimônio econômico ou moral de alguém. O dano pode ser material,

¹² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

também chamado real, quando atinge um bem economicamente apurável; ou moral, como a honra¹³.

Moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir. O ato moral explica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Só temos, na verdade, moral autêntica quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo, realiza o ato enunciado pela norma¹⁴.

1.4. DANO MORAL SEGUNDO A DOUTRINA.

Eis alguns outros conceitos:

Para Augusto Zenun¹⁵, os danos morais são “as dores, os sentimentos, e os sofrimentos que pertencem ao maior patrimônio do ser humano, que tem alma, onde as lesões acentuam com maior intensidade, que varia de pessoa a pessoa, pois cada qual tem maneira imanente e específica de sentir”.

De acordo com José de Aguiar Dias¹⁶, “o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada”.

Prosseguindo mais um pouco sobre como outros doutrinadores explicam esse instituto, citemos Yussef Said Cahali¹⁷, que afirma que:

¹³ NOVÍSSIMO Dicionário Jurídico. Brasília: Acquaviva, 1991. v. 1. p. 432.

¹⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 44.

¹⁵ ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 99.

¹⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 424.

tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica [...] ou no desgaste psicológico.

Vê-se, portanto, que os conceitos supracitados têm em comum o caráter subjetivo do dano sofrido, pois cada ser humano responde a certos atos de uma forma única e exclusiva.

Assim, consolidando a semelhança dos pensamentos dos doutrinadores, ousamos lançar outro conceito sobre dano moral: **dano moral é o prejuízo que atinge valores subjetivos ou bens materiais inerentes à personalidade.**

Frisamos, que a definição anteriormente elaborada açambarcou os pontos comuns dos entendimentos dos doutrinadores, de maneira que o dano moral não precisa, necessariamente, constituir um prejuízo, um dano, no rigor técnico do instituto. Por outro lado, o dano moral puro também pode ter implicações materiais, sem perder seu caráter subjetivo. Por exemplo: quando alguém se aborrece com a destruição feita por outrem de um objeto de estimação de seu acervo íntimo, porém sem nenhum valor pecuniário. Fica claro que a dor moral, embora seja abstrata, é decorrência de um fato material.

¹⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 20.

Nesse sentido, em conformidade com a corrente dos mestres acima citados, o dano moral é qualquer intranqüilidade que cause alteração do estado de ânimo do indivíduo provocando um prejuízo que atinja bens materiais, teoricamente insuscetíveis de valoração econômica em face do grau de subjetivismo do dano a ser reparado, incluindo-se os valores subjetivos inerentes ao ser humano.

A partir dessa concepção de vanguarda acerca do dano moral, a distinção entre o dano material e o dano moral puro é de fácil percepção, pois não decorre da natureza do direito, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado.

Portanto, a noção do que constitui dano moral não assume relevo nos pequenos desencontros na doutrina a propósito da sua conceituação jurídica, eis que comporta um elemento conceitual comum, suficientemente abrangente, qual seja, o caráter não patrimonial da lesão.

Questão crucial é a que diz respeito à quantificação do dano moral. A dificuldade que isso apresenta constituiu-se, aliás, em um dos grandes óbices à aceitação da tese da reparabilidade do dano moral.

É árdua a busca de critérios precisos para fixação do *quantum*, tendo a doutrina e a jurisprudência nos indicado alguns, mas, não há

como se eliminar uma certa dose de subjetivismo na liquidação do dano moral, que deverá ficar a cargo exclusivo do magistrado.

Estabelecer uma escala de valores econômicos para se precisar o *quantum* devido no âmbito do dano moral não é seguro, e muito menos juridicamente correto, em face do caráter altamente subjetivo do sofrimento ocorrido.

Dessa forma, como já foi dito antes, esta pesquisa tem por fito concatenar os aspectos éticos na fixação do *quantum* do dano moral a ser reparado, de acordo com o livre convencimento do magistrado.

Para tanto, é de suma importância continuar exibindo outros conceitos sobre o tema para exaurirmos, ou pelo menos tentar exaurir o que pensam os nossos doutrinadores sobre este tema.

Antônio Chaves¹⁸, entende que “dano moral é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão material”.

Este doutrinador¹⁹, acentuou que

não só pelo fato de constituir um ponto nevrálgico de encontro de vários temas fundamentais, como o do direito à liberdade, à intimidade, à informação, à honra, à segurança, independentemente mesmo do seu aproveitamento no cinema, na televisão e similares, o direito à imagem tem, em si e per si, ou pode ter, de acordo com as circunstâncias e personalidade a que se refere, importantíssimo desempenho político, artístico, social, moral e, não menos irrelevante, econômico.

¹⁸ CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982-1985. p. 607.

¹⁹ CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982-1985. p. 608.

Maria Helena Diniz²⁰ considera o dano “como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Oportuno, ainda, assinalar a expressiva síntese publicada em um periódico da capital brasileira sobre o presente tema:

Um dos caminhos mais curtos para a morte do regime de franquias democráticas é a insubordinação à autoridade das decisões judiciais. Assim ensina a história dos povos que sucumbiram às tiranias. É lição que deve ser relida entre nós no momento em que censuras ácidas feitas a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ensejam desentendimentos entre poderes da República e abrem ameaças à estabilidade institucional²¹.

Nesse enfoque, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA assim proclamou, em expressiva ementa que merece ser transcrita pela perfeita adequação ao conceito de dano moral:

O dano moral, como sabido, é o sofrimento humano, a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, alcançando os direitos da personalidade protegidos pela gala constitucional. Ao contrário de escusar o ilícito, a alegação de erro, equívoco, justifica a reparação pelo dano causado. Isso, como é curial, põe por terra a pretensão da empresa recorrente de ser ‘até compreensível pequenos deslizes no ato de informar. Ninguém tem direito a cometer deslizes com a honra alheia²².

Assim, entendemos que dano moral é toda ofensa dirigida à incolumidade moral que acarreta conseqüências desfavoráveis ao ente psicossomático (nexo causal), resultando na obrigação de reparação em pecúnia.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 7. p. 71.

²¹ Editorial estampado na página Opinião, do Correio Braziliense (EDITORIAL. Desserviço à nação. Correio Braziliense. Brasília, p. 2, 24 jun. 1999).

Os danos morais são danos como os demais, portanto, sujeitos à reparação. Todavia, é na preocupação da harmonia e do equilíbrio social que se justifica a aplicação mais ou menos onerosa do valor que o infrator deverá pagar ao ofendido se as ofensas forem semelhantes.

Deve, por isso mesmo, na espécie, ser levado em conta o esforço pessoal, a função no meio social que ocupa a vítima ora promovente e a capacidade do Réu suportar, pecuniariamente, com a sua responsabilidade de indenizar, dispensando-se argumentos acerca da capacidade financeira da vítima, pois, o efeito do enriquecimento sem causa não terá relevância se o ofensor por rico e a vítima pobre, já que o importante, neste caso, é o fator punitivo do *quantum* para contribuir na tentativa de se impedir as violações ao patrimônio moral dos cidadãos.

A ausência de prejuízos materiais, portanto, não constitui exceção, sabido que este tipo de dano se reflete muito mais numa situação de dor moral do que física, tornando, realmente, difícil o arbitramento da indenização.

Afinal, a moral, a honra, a dignidade não podem ter um preço correspondente à mera avaliação material. E, muitas vezes, mesmo a reparação

²² RESP nº 109.470/PR. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, in DJU DE 21.06.1999, p. 149.

do dano moral com a fixação de um valor alto pode não refletir um preço indenizatório justo à vítima da ofensa.

Por isso, não se encontra disposição legal expressa que possa estabelecer parâmetros ou dados específicos para o arbitramento, pois, sobretudo nesses casos, não se pode desconsiderar a situação econômica, financeira, cultural e social das partes envolvidas.

De forma esmerada, assim tem se posicionado uma das mais abalizadas doutrinadoras brasileiras, Maria Helena Diniz²³: “A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo à sua situação econômica, à sua intenção de lesar (dolo ou culpa), à sua imutabilidade, etc”.

Como princípio geral do direito, que manda respeitar a pessoa e os seus bens, a imposição de pena pecuniária para o efeito reparacional é também a orientação passada pelo jurista Clóvis Beviláqua, inclusive na formação da legislação civil que tem aplicação ao caso (CC, art. 1.521, III).

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 7.

O dano moral causa seqüelas desastrosas. A dor moral constitui emoções deprimentes. E é sabido que as emoções, fortes e prolongadas, são maléficas para os mecanismos afetivos.

Dentre o repositório dos bens ideais dos indivíduos, que lhe tem impulsionado à criatividade e à sua atuação funcional, temos a preservação de sua imagem, de seu nome, da sua honradez. As ofensas a esses bens imateriais redundam em dano extrapatrimonial, certamente susceptível de reparação. Afinal, as ofensas a esse bens causam sempre na pessoa do lesado grandes aflições, desgostos e mágoas que interferem grandemente no comportamento curial e destroem, ou inibem, a sua criação profissional, tornando-o intranqüilo como pessoa.

A jurisprudência pátria é torrencial na afirmação de que o ofendido tem justo direito à indenização, *verbis*:

Estão acordes todos os autores em reconhecer e confessar a dificuldade, a impossibilidade se quiserem, de dar uma expressão econômica a valores morais como esse que perdeu a autora. Mas ao mesmo tempo, na doutrina dos melhores escritores e da jurisprudência dos Tribunais mais adiantados, afirma-se que é preciso reconhecer e consagrar o direito a uma justa indenização²⁴.

É indiscutível que o conceito de dano moral é pacífico na doutrina, sem maiores controvérsias. O que é controvertido é o critério para se quantificar a reparação de tal bem jurídico.

²⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, v. Revista dos Tribunais, vol. 8, pág. 35.

1.5 ‘Dano moral puro’: conceito

No percorrer desta obra, o leitor encontrará várias vezes a expressão ‘dano moral puro’. Esse conceito ou definição não é encontrado em nenhum autor citado nesse trabalho. A expressão é fruto de uma construção surgida a partir da práxis forense e do contínuo debate sobre o tema aqui tratado.

Deve-se usar a expressão ‘dano moral puro’ quando a pretensão reparatória for exclusivamente referente à violação do patrimônio moral, sem a cumulação com a reparação de um bem material.

No passado, era freqüente a cumulação do pedido ressarcitório de dano material cumulando-se com a reparação do dano moral. Na verdade essa foi a forma precursora da colocação no direito posto da existência de um patrimônio moral passível de ressarcimento. A cumulação de tais pedidos era possível em face do que dispõe o código de processo civil, em seu artigo 292: “é permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”. A possibilidade da cumulação era autorizada no artigo 1547, do Código Civil de 1916, correspondendo, no Código Civil de 2002, ao artigo 953, cujo texto é o seguinte:

“A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.

A partir dessa prática, foi possível cada vez mais identificar a existência do patrimônio moral passível de reparação isoladamente, como salientou o professor Aguiar Dias: “Entretanto, em muitos poucos outros casos aparecerá tão nitidamente caracterizado o dano moral”²⁵.

Desta forma, o leitor, ao se defrontar com a expressão dano moral puro, deverá entendê-la como violação exclusiva á moral humana sem correlação com a violação a bem material.

²⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2. p. 908.

CAPÍTULO 2

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL

2.1 DIREITO ROMANO

No Direito Romano, apesar das divergências entre muitos doutrinadores, a reparação do dano moral era admitida em diversas hipóteses. A ação de reparação estaria assegurada aos que sofriam na afeição que tinham por sua família, na *pietas* que devia ao Estado, no amor que professavam pela coisa pública; aos que se viam privados do prazer que lhes proporcionava uma coisa, ou da paz e tranquilidade de que gozavam; aos que sofriam ou eram feridos, mesmo quando a sua capacidade de trabalho permanecesse íntegra; fisicamente a todos os que sofreram em seus sentimentos, religiosos ou na sua honra. Quanto a esse ponto, o Direito Romano não fazia nenhuma distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual.

No dizer do Professor Wilson Melo da Silva, “para forrarem-se da injúria, em sentido estrito, contra si levada a efeito, dispunham a vítima da ação pretoriana a que se denominava *injuriarum aestimatoria* e pela qual podiam reclamar uma reparação consistente sempre em uma soma de dinheiro prudentemente arbitrada pelo juiz”²⁶.

2.2 CÓDIGO DE HAMURABI

Foi Hamurabi, Rei da Babilônia - 1792/1750 a.C. -, quem codificou um sistema de leis abordando, pela primeira vez na história da civilização humana, a tese do dano e a necessidade de sua reparação.

A título de ilustração desse trabalho, este pioneiro código encontra-se guardado no Museu do Louvre, em Paris, e foi gravado em uma pedra de basalto negro.

O Rei Hamurabi aperfeiçoou e ampliou o sistema de leis sumérias e acadianas, codificando-as no Código que, depois, recebeu o seu próprio nome.

Para Viet Valentin, o princípio geral desse código era “o forte não prejudicará o fraco”²⁷.

Na gênese de Hamurabi, fica clara a idéia de que a compensação econômica serviria como penalidade para coibir os abusos de violência praticados contra os mais fracos e, com isso, reprimir o sentimento de vingança. Daí, podemos dizer que, modernamente, a compensação econômica para delitos extra-patrimoniais decorre da idéia genérica contida em Hamurabi de que a reparação deveria ser dada pelo mais forte ao mais fraco.

²⁶ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 21.

2.3 DIREITO CANÔNICO

No Direito Canônico, não é estranha a obrigação de satisfação dos danos morais por meio de uma indenização em dinheiro. A Igreja não obriga ninguém a cumprir a promessa, porém, a reparação dos danos e prejuízos que, do descumprimento do ajuste feito, possam advir a outra parte.

Na evolução do estudo sobre o dano moral e sua representação, duas correntes defendem posições diferentes. A teoria negativista e a teoria positivista. A primeira nega a reparabilidade econômica do dano moral pelos mais variados fundamentos. Alegam que aos chamados direitos ou faculdades inerentes à personalidade humana estão fora do domínio do direito privado, cujas prescrições não têm a virtude de afetá-los. Outros adotam um ponto de vista caracteristicamente técnico, segundo o qual é impossível transpor no terreno de prática, os princípios que regem a indenização dos danos materiais para a esfera onde se agitam as prerrogativas e faculdades de ordem moral. Aí não se trataria mesmo de reparação, porque não haveria o que restaurar, além disso, para essa reparação não se encontraria uma medida adequada ou um padrão aferidor, tornando a solução puramente arbitrária. E, por fim a negativa

²⁷ REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 9.

da indenização estaria fundada em razões de ordem moral, pois o dinheiro não pode ser equiparado à dor e seria imoral a tarifação dos sentimentos.

Em contraposição à primeira teoria, que se pode considerar superada no campo doutrinário, surge a teoria positivista, para a qual o que se busca não é essa impossível equivalência, a tanto por tanto, da dor que constitui tais lesões. O dinheiro não irá acabar ou amenizar a dor sofrida. Alguns doutrinadores sustentam a tese ampla da reparabilidade, embora às vezes, com determinadas cautelas. Outros admitem-na apenas em casos especiais, quando a lei preveja e determina, ou faça distinções diversas e específicas.

Alguns autores, filiados à idéia da ampla responsabilidade, defendem a possibilidade da equivalência subjetiva ou aproximada, entre o dano moral e a reparação em dinheiro, ou apresentam como fundamento da obrigação de indenizá-lo, a idéia de satisfação compensatória concedida à vítima, ou mesmo a conveniência de imposição de uma pena provocada ao responsável, não raro recorrendo-se a mais de um fundamento para justificar a medida.

O direito canônico surge como uma reação à realidade jurídica existente no fim da Idade Média, em que o poder feudal impunha à solução dos litígios, em regra, o poder do mais forte. Essa modalidade foi consagrada pelo direito germânico após a queda do Império Romano.

Nesse viés, o que importava era o poder feudal de dominação, o prestígio do mais forte. Nesse cenário surge a necessidade da dominação jurídica ser conseqüência de algo carismático, portanto, dogmático, transferindo-se a responsabilidade à inspiração divina.

A contribuição que o direito canônico deu à existência dos bens extrapatrimoniais foi a plena convicção de que o que importava era a imagem simbólica da figura paterna existente no Papa que se encaixava nos ideais de bom e de bem.

Assim, se por um lado retirou-se a aplicação da reparação do dano extrapatrimonial do detentor do poder, por outro lado, permitiu-se o surgimento, após esse evento, de uma outra distorção, que foi a constituída pela Inquisição.

Note-se, mais uma vez, que o fundamento do direito canônico é o carisma, que para Antônio Carlos Wolkmer é “a qualidade de uma personalidade – ou de uma instituição vinculada a uma personalidade – qualidade esta considerada como extraordinária [...] e mesmo divina, para aqueles que são ‘adeptos’ ou ‘dominados’ pelo carisma”²⁸.

²⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 2002. p. 225.

2.4 DOCTRINA FRANCESA

Em linhas gerais, a doutrina francesa mostra-se partidária dessa orientação, para a qual se pretende encontrar apoio no artigo 1.382 do Código de Napolião onde se alude a *domage* sem qualquer reserva. Tal é o pensamento de Savatier, Josserande e dos irmãos Mazeaud, que afirmam a natureza satisfatória da reparação, enquanto outros, como Planion e Ripert, não lhe negam, também o caráter de pena privada. E tal critério, o de binômio compensação-pena, de Demogue, é também, o que foi acolhido, entre nós pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira.

Destas teorias resultou uma terceira chamada mista ou eclética. Os seus seguidores admitem a reparação dos danos morais em seus reflexos patrimoniais. Estas doutrinas são rechaçadas por muitos autores, sob o argumento de ser uma prova da falacidade da teoria dos danos morais puros. Estes, se não produzirem efeitos econômicos ou patrimoniais, não gozariam de proteção jurídica, mas tão-somente da moral. Seriam, dessa forma, uma espécie de direito ao qual estaria faltando um elemento básico de afirmação – a força em potencial. Para os adeptos desta teoria só os reflexos materiais dos danos morais são suscetíveis de reparação.

No entanto, há de se ressaltar que, comumente, as causas morais geram, além de danos morais, verdadeiros danos patrimoniais, como nas hipóteses da calúnia, da difamação, da injúria.

Independentemente da teoria negativista, positivista ou eclética, os doutrinadores divergem sobre o direito à reparação de dano moral, em especial sobre o cabimento da sua reparabilidade; para alguns, a indenização ou reparação deverá sempre, estar vinculada aos reflexos patrimoniais ou econômicos que decorrem do ato lesivo. A corrente dominante, porém, tem admitido que o direito à reparação da indenização ao dano moral independe de qualquer equivalência com a repercussão sobre o patrimônio ou a situação econômica dos envolvidos. Estas circunstâncias serão avaliadas apenas na aferição do valor a ser estipulado. Indubitavelmente, essa afirmação resulta na absoluta consciência de que a reparação do dano moral tem um aspecto educativo, nesse sentido, Georges Rippert ensina: “É verdade que se poderia dizer com Duguit: a regra de direito impõe a realização duma certa solidariedade social; aquele que prejudica outro pratica um ato contrário à idéia de solidariedade, por isso ilícito”²⁹.

²⁹ RIPPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 220.

2.5 DOCTRINA ALEMÃ

A teoria da indenização de dano só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de estéreis discussões em torno da culpa, que verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia-se buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocado pelo dano.

Em conseqüência, a tese de Yhering de que a obrigação de reparar nascia da culpa e não do dano foi-se desmoronando paulatinamente.

Durante aquele longo período, porém, o estudo da reparação de danos restou, praticamente, relegado a plano secundário. Todos os esforços se dirigiam no sentido de colher argumentos para justificar a teoria da responsabilidade objetiva.

O procedimento legislativo alemão é acanhado em legislar sobre esse tema. Todavia, o jurista Yhering “foi um dos mais entusiastas defensores da doutrina”³⁰ que contemplava a tese da reparabilidade dos danos extra-patrimoniais.

Embora se admita a existência de um ilícito civil sem dano, como demonstra o insigne escritor italiano Vincenzo Carbone, o fato é que, para

³⁰ REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 35.

o surgimento da responsabilidade civil, inafastável se faz a presença de um dano. Em nossas letras jurídicas, eis a precisa lição de Pontes de Miranda: “Não se identificam o delito (ato ilícito) e a reparabilidade”. Pode haver delito, ou melhor, ato ilícito, sem dano, pois sem que se possa reclamar a reparação.

Indubitavelmente, a tese do doutrinador Yhering, que centrava o núcleo de sua idéia sobre a reparabilidade do dano moral puro no instituto da culpa, é contemplada pela jurisprudência brasileira que afasta qualquer possibilidade de reparação se não houver fato ilícito. O instituto da culpa, em sentido amplo, é a gênese geradora do fato ilícito. Assim, embora a responsabilidade em reparar o dano moral puro não esteja ligada ao dano, e por isso pode ser objetiva ou subjetiva, é certo que está condicionada à existência da culpa, como preconizada o jurisconsulto alemão.

2.6 QUESTÕES FUNDAMENTAIS DA REFORMA DO DIREITO DE INDENIZAÇÃO DO DANO

Sem embargo da contribuição das literaturas francesas e italianas, um marco significativo na estruturação dos princípios básicos, com visão científica, sobre o direito de reparação de danos surgiu em 1940 na Alemanha, quando uma comissão de juristas liderada por Nipperdey e

Hedemann elaborou o célebre estudo denominado: questões fundamentais da reforma do direito de indenização de dano.

O ponto alto desse estudo parece ter sido a posição que se tomou para disciplinar as diversas espécies da responsabilidade por culpa e da responsabilidade pelo risco.

Delimitada a área de atuação da responsabilidade pela culpa, foi posta em plano realmente técnico a primeira teorização da responsabilidade objetiva ou pelo risco, graças ao jurista Esser. De acordo com a tese desenvolvida pelo grande mestre alemão, sem uma noção técnica de ilícito, a compreender unicamente o obrar consciente, jamais se lograria um resultado suficientemente claro da questão.

Seguindo a linha evolutiva desses estudos, observa-se ainda uma tendência geral para dilate do próprio conceito de responsabilidade civil. Com isso, objetiva-se de um lado evitar que a vítima sofra, sozinha, as conseqüências de um fato danoso, à míngua de legislação adequada à realidade dos nossos dias e, de outro, promover uma maior paz social.

Para justificar essa tendência, tem-se dito que o desenvolvimento industrial e o progresso tecnológico criaram novos danos, inerentes ao próprio processo da atividade produtiva. O homem torna-se presa fácil do evento lesivo, pois a sua ocorrência independe de uma maior ou menor

diligência. Todavia, a meta ideal ainda é reintegrar o sujeito no estado patrimonial alterado pela produção do fato danoso. Seria até certo ponto a indenização do dano total. Dizemos até certo porque particularidades do caso concreto, tais com grau de culpa, situação econômica e problemas de receptividade pessoal e de limitações da responsabilidade, às vezes impedem a restauração do *status que ante*.

Os Danos Morais são aspectos particulares da categoria jurídica dos danos reparáveis, ou seja, dos desequilíbrios ou das distorções injustas verificadas na esfera jurídica geral de qualquer titular de um direito. Na doutrina, a base do dano encontra-se na idéia de reação da ordem jurídica a fatos lesivos, explicada, desde os tempos romanos, pela teoria do *id quod interest*, com a qual se objetiva, fundamentalmente, devolver ao valor representativo do interesse atingido, ou voltá-lo ao estado de fato anterior, quando possível.

A expressão ‘dano moral’ indica a soma de prejuízos a serem satisfeitos por quem os causou a outrem, gerando obrigação de reparação pelo responsável pelo ato ou fato ensejador do dano, cuja ofensa atinja bens de ordem pessoal, e não material da vítima.

No dano moral, o ressarcimento identifica-se com a compensação. É uma reparação compensatória, ou como se expressa Savigni, o

patrimônio moral é formado por bens ideais ou inatos, ou direitos naturais, muito embora sua reparação tenha características de reparação comum.

A caracterização do dano moral ganha uma importância maior quando avaliamos os atributos do ser humano. Que são virtudes que o adornam e dignificam, seus valores espirituais, sua honradez, a preservação do bom nome, a personalidade, os sentimentos de afeição, enfim, todo o seu patrimônio moral e espiritual, que possuem valia inestimável.

A dificuldade de encontrar, em muitos casos, uma estimativa adequada ao dano moral, ao sentimento íntimo de pesar, não deverá jamais impedir a fixação de uma quantia compensatória, que mais se aproxime do justo, ao menos para abrandar a dor e para servir de amenização à dor sofrida.

O valor a ser dado a essas causas de interesses morais é estimado, inicialmente, pelo demandante, todavia, deverá ocorrer de forma razoável e adequada, a questão torna-se controvertida, pois aos critérios de quem pleiteia uma indenização sempre são inversamente proporcionais aos critérios utilizados por quem teoricamente, deveria prestar a indenização. O que é pouco para um, é muito para o outro.

Se arbitrário for o pedido da parte ofendida, a parte contrária poderá impugná-lo cabendo ao julgador. Dentro de seu prudente arbítrio, fixar o valor da condenação. Alguns doutrinadores entendem que a correção do valor da

causa deverá ocorrer de ofício, por se tratar de assunto de interesse de ordem pública, devendo ficar sob a fiscalização do juiz, em especial por envolver interesses tributários do Estado.

Sobre o conceito do dano, em seus aspectos jurídicos, manifestaram-se vários autores. Carnelutti define o dano como lesão de interesse; mas explica que o direito não se insurge contra toda e qualquer lesão de interesse, mas somente contra que, de acordo com a ordem jurídica, deve ser evitada ou reparada, isto é, contra o dano antijurídico. Hans Albrecht Fischer considera o dano nas duas acepções: 1) a vulgar, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagações de quem seja o autor da lesão de que resulta; 2) a jurídica, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em conseqüências da violação destes por fato alheio.

Pode-se dizer que o dano é um prejuízo ressarcível experimentado pelo lesado, de efeito patrimonial ou extrapatrimonial. Indispensável se torna, pois, demonstrar que o prejuízo se traduz na violação de um bem juridicamente tutelado.

Dano, prejuízo, perdas e danos são expressões elásticas, de sentido amplo enfeixando todas as lesões à saúde, integridade, à propriedade, à

honra, à moral ou a qualquer outro bem de conteúdo moral ou material. Dano é o prejuízo sofrido em algum bem jurídico pelo cidadão e contra a sua vontade, é elemento de importância, que materializa a responsabilidade civil.

Não se pode confundir a distinção dos danos, em morais e patrimoniais, na índole os direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica. Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física, nascida de uma lesão material; seja dor moral de causa material.

2.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Constituinte de 1988, ao elaborar a chamada Constituição-Cidadã, espancou definitivamente qualquer sombra de dúvidas que pairasse sobre a existência de um patrimônio moral a ser reparado em caso de violação. Estatuir no inc. X do art. 5º que o dano moral é passível de ressarcimento. Nesse viés, o Código Civil, elaborado posteriormente, disciplinou especificamente esse tema, embora tenha deixado uma lacuna quanto à fixação do valor respectivo.

Essa lacuna é grave pois a lei infraconstitucional deveria ter determinado expressamente que a fixação do *quantum* ficaria sob o arbítrio do magistrado.

CAPÍTULO 3

SENTIDO ÉTICO NO DIREITO

3.1 IMPORTÂNCIA DOS VALORES ÉTICOS

A importância da ética no direito é imprescindível, pois partindo do pressuposto que o direito é regulador das regras de convívio em sociedade, sendo que, neste convívio, a conduta ética é pressuposto de não podemos sequer conceber um ordenamento jurídico que não esteja pautado por valores éticos da sociedade.

Nesse caminho é preciso estar sensível para o fato de que o tema da fixação do *quatum* indenizável na violação ao patrimônio moral passa necessariamente pelo cunho ético do contexto em que o juiz está inserido.

3.2 QUAL MORAL DEVERÁ SER APLICADA PELO JUIZ?

Como no subitem anterior ficou claramente demonstrado que ética também é moral, justifica-se, portanto, a denominação deste subitem.

É sabido que quando uma lide sobre dano moral puro for submetida à tutela jurisdicional do Estado, seu agente, o magistrado, deverá se manifestar estipulando o justo valor da moral do ofendido.

E o que significa ser o justo valor da moral do ofendido se no dizer de Guilherme Assis de Almeida o valor moral é: “Ele é portanto costumeiro, tradicional, e não filosófico³¹.”

³¹ ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Ética e direito*. São Paulo: Atlas, 2002. p 15

Assim, em caso de condenação, o julgador se vê em verdadeiro apuro por absoluta falta de parâmetro para a fixação da quantia a ser arbitrada. Entretanto, é importante enfatizar que esse apuro permite o exercício pleno do seu convencimento, libertando-o, pois o juiz não estará engessado a tabelas pré-existentes para a fixação do *quantum* indenizatório, e sim à sua axiologia (teoria crítica sobre os conceitos de valores morais).

Se o julgador se socorrer da jurisprudência para espancar este dilema, estará lançando mão da moral prática (ética), ou seja, das experiências de tantos outros juízes que passaram por situações análogas, contudo essa prática não poderá se confundir com uma obrigatoriedade em seguir as decisões das Instâncias superiores.

E, por via de consequência, estará violando o preceito processual contido no Código de Processo Civil, em seu artigo 131, que reza, *in verbis*: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos”. Antes, outro dispositivo, do mesmo diploma legal, estabelece que: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais, não havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito” – art. 126.

Essa linha de raciocínio é defendida por inúmeros juristas, entre eles, Eduardo C. B. Bittar que assim ensina: “O juiz detém, como decorrência de suas atribuições legais, grande poder de decisão”³².

A afirmação acima – sobre a violação de preceito legal caso o juiz recorra à jurisprudência para fixar o valor da indenização – reside no fato único de que a moral que deverá ser aplicada pelo magistrado ao prolatar a sentença não é a prática, mas sim a teórica.

3.3 A EXPERIÊNCIA ÉTICA DO MAGISTRADO

Sem dúvida, as experiências vividas pelo magistrado serão as responsáveis pela determinação do *quantum* a ser fixado, e aí estamos admitindo que o magistrado e a sua sentença são conseqüências das marcas deixadas em sua vida pelas experiências das mentes de tantas outras pessoas. Aliás, como ensinava Fritjof Capra, “a mente é a essência do estar vivo”³³ e, complementando, estar vivo significa interagir com o grupo social no qual estamos inseridos e dele sofrer e trocar experiências.

Todavia, sob a ótica de quem teve sua moral ofendida e as circunstâncias em que os fatos ocorreram, a sentença necessariamente estará

³² BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica*. São Paulo: 2002. p. 506.

condicionada à moral prática ou ética, porque mesmo que o fato, em tese, sob a moral teórica do magistrado, não redunde em um dano moral, ou, não signifique absolutamente nada reprovável, o julgador não poderá negar que para o ofendido, considerando o seu contexto social, pode ter representado uma dor moral.

Portanto, o aspecto ético do magistrado significará muito para que este possa analisar o quanto vale a dor moral do ofendido, considerando seus próprios valores morais – axiologia –, sobretudo quando a decisão for monocrática, e os valores morais práticos do ofendido em face do seu grupo social.

Com isso, a fixação do *quantum* variará de um caso concreto para outro, como em geral acontece nas decisões sobre outros tipos de conflitos submetidos à tutela jurisdicional do Estado, porém, variará sobremaneira de um juiz para outro, muito além do que já ocorria antes do surgimento deste “novo” direito. É bom lembrar sempre que o mesmo fenômeno valerá para o caso da sentença ser prolatada por um Órgão Colegiado.

Agora, de uma forma mais evidente, confirmasse o brocardo: ‘cada cabeça uma sentença’.

³³ CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. [s. l.]: Cultriz, 1996. p. 145.

CAPÍTULO 4

AXIOLOGIA DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL NA DOUTRINA

4.1 LESÃO À MORAL

Primeiramente, ressaltaremos alguns aspectos para a determinação da existência ou não de lesão à moral da pessoa física ou jurídica e, para isso, são necessárias considerações preliminares sobre o que vem a ser dano. No dizer de Pontes de Miranda, citado por Ubaldo Alves Caldas³⁴, “Quando se observa o mundo, em que se acham as esferas jurídicas das pessoas, e se pretende ideal de justiça baseado na incolumidade de cada uma delas, objetivamente, entende-se que todo dano deve ser reparado, toda lesão indenizada, ainda que nenhuma culpa tenha o agente”.

Sobre moral, ainda, assim o professor José Aguiar Dias se manifestou a respeito do conceito expressado por Pontes de Miranda acrescentando o seguinte: “A idéia do interesse (*id quod interest*) atende, no sistema da indenização, à noção de patrimônio, como unidade de valor. O dano se estabelece mediante o confronto o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não tivesse produzido. O dano é expresso pela diferença encontrada nesta operação”³⁵.

Inicialmente, os civilistas pátrios, quanto ao problema da reparação do dano moral, apenas deixavam acentuar que, nos casos de

³⁴ CALDAS, Ubaldo Alves. *Iniciação ao Direito Civil*. Goiânia: AB, 2003. p. 291.

responsabilidade delitual, a indenização deveria ser plena. O Projeto do Código de Beviláqua, a propósito de certas espécies delituosas, regulou e impôs, no capítulo relativo à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos, a satisfação compensatória de uma soma em dinheiro ao ofendido além da indenização efetiva do dano material por ele sofrido, ou quando esta não pudesse ser apurada. Verifica-se, então, que apesar de doutrinariamente acolher em toda a sua plenitude a tese da reparação dos danos morais, referentemente à nossa lei escrita, entende-se que tal princípio foi aceito com limitações.

4.2 ESFORÇO DO LEGISLADOR PARA DISCIPLINAR O TEMA.

No anteprojeto do Código Civil, o Prof. Agostinho Arruda Alvim, na ilha de evolução natural da doutrina, propôs a reparação do dano moral, reconhecendo essa necessidade: “Diz o texto proposto que haverá indenização por dano moral, quer haja quer não, dano patrimonial”³⁶. Todavia, na parte em que trata da liquidação da indenização não evoluiu além do que já se sabe que há na atual legislação.

O direito positivo brasileiro, através do Código de Defesa do Consumidor, afastou-se da dicotomia clássica entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, para estabelecer a responsabilidade, nas relações

³⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 709.

de consumo. Basta, assim o nexo de causalidade entre a relação de consumo e o acidente para que esteja configurado o dever de indenizar, devendo tal indenização ser operada através da responsabilidade objetiva, bem como evidencia a cumulatividade da indenização por dano moral e patrimonial, é o que se infere do artigo sexto, inciso VI, daquele diploma legal: “são direitos básicos do consumidor: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

A evolução do pensamento jurídico do legislador cominou com a previsão contida na Carta Magna de desagravo financeiro ao dano moral. Decisões que enfrentam interpretações literais da lei e que, muitas vezes com base em conceitos de equidade, ou com fundamento nos princípios gerais de direito, inovaram ousaram e terminaram por solidificar o entendimento predominante da necessidade de reparação do dano moral. Uma demonstração inequívoca da evolução do entendimento dos doutrinadores sobre a pertinência da reparação do dano moral é de longa data nos é dada pelo professor e magistrado Yussef Said Cahali³⁷ que destaca: “Reconheça-se, porém, que já de longa data a doutrina nacional orienta-se no sentido de admitir a teoria positiva da reparação do dano moral”.

³⁶ REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 73.

³⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 29.

Isto se deu, como já foi acentuado, de forma gradativa, difícil e lentamente, com avanços e recuos que só faziam tornar mais discutível e contraditório o assunto, passando-se a apontar alguns dos mais importantes acórdãos a respeito do tema, tanto anteriores como contemporâneos à atual Constituição Federal.

O mestre Sílvio Rodrigues aponta duas decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que bem demonstram a dissensão então existente, o primeiro deles tem destacado o trecho seguinte:

O pai tem, se lhe morre um filho, o direito de haver do causador do dano certa indenização se esta visa compensar-lhe a perda de alimentos dele recebidos, depois de maior. Se o falecimento ocorre antes disso, não se concebe igual direito, por que até então alimentário é o menor, a quem falta esse dever pelas condições próprias da idade e subordinação às regras de assistência familiar.

Perceba-se que no aresto acima falta, por completo, a idéia de ressarcimento do dano moral. Entende-se possível apenas que o dano seja reparado como forma de compensação a alimentos – aspecto patrimonial, portanto, que o filho maior poderia prestar ao pai, negando-se a indenização, porém, na medida em que o filho passasse a representar apenas fonte de despesas, como alimentário. Adiante citamos o acórdão, incerto na RT 176/229, em que se afirma:

De acordo com a tradição do nosso direito, de acordo com o texto expresso da lei, de acordo com a lição dos doutrinadores e torrencial jurisprudência dos tribunais, nos casos de homicídio a obrigação de

alimentos, não sendo devido o ressarcimento da lesão, a título de danos morais.

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

Tinha-se, interpretação literal da lei, restringindo os efeitos do art. 1.537, do Código Civil, às despesas puramente patrimoniais, referentes aos custos com tratamento, funeral e luto da família, além da prestação de alimentos às pessoas à quem o defunto o devia. Essas decisões demonstram o posicionamento predominante de então, de se negar a reparação do dano moral por ausência de texto expresso que assim determinasse, afirmando-se ainda ser da tradição do nosso direito a indenização apenas dos danos patrimoniais, negado a mesma àqueles prejuízos sem expressão de ordem econômica.

Pode-se afirmar como solidificada, hoje, que a jurisprudência construiu pilares para fixação do valor da indenização do dano moral puro, autônomo, independente da existência de danos materiais, que serão cumulativamente considerados, se existirem. Defende-se, ainda, que os danos morais podem ocorrer em face da ofensa a qualquer dos chamados direitos da personalidade, consoante precisão genérica, e feliz, dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal. É o que a jurisprudência pátria paulatinamente assentou, tudo concorrendo, agora, para a progressiva pacificação da matéria à luz do Código Civil de 2002. Também quanto ao âmbito de incidência das

hipóteses moralmente indenizáveis, avultando-se aquelas que se multiplicam pelo mau uso dos meios de comunicação e no campo do Direito do Autoral.

Considerando que nossa legislação não especifica os limites para indenização por danos morais, para que o julgador possa fixar o valor a ser indenizado, diversos fatores deverão ser avaliados, lembrando, contudo, que estamos analisando do ponto de vista de uma cultura eminentemente capitalista, onde uma reparação material poderá até satisfazer ou amenizar uma ofensa imaterial.

Porém, jamais poderemos admitir equivalência entre uma ofensa moral e uma compensação pecuniária. São espécies, gêneros e naturezas distintas que não poderão ser comparadas. Qualquer tabela ou equação que for adotada poderá não refletir com justiça o valor a ser fixado para o caso em concreto. Por não se poder aferir exatamente a extensão do dano moral e, portanto, qual o valor capaz de repará-lo é que as tabelas são indesejáveis. Nesse sentido ensina Jaime Briz³⁸:

Reparar un daño no es siempre rechacer lo que se há destruído; casi siempre suele ser darle a la victima la posibilidad de prorarse satisfacciones equivalentes a lo que há perdido. El verdadero carácter Del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel 'sacstifatorio'

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso V, disciplina de forma expressa que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo,

além da indenização dano material, moral, ou à imagem. Vê-se, assim que a nova ordem jurídica incorporou, de forma expressa, o princípio geral da reparação do dano moral, balizando, inclusive, a apuração do montante da indenização, que há de ser proporcional ao agravo.

Os legisladores pátrios demonstraram a evolução da norma constitucional, ao incorporar no art. 944 do novo Código Civil, a determinação da idéia de que a indenização mede-se pela extensão do dano.

4.3 PERMANÊNCIA DO DEBATE

Ainda se debate a propósito de fixação de valor para os danos morais, uma vez que somente em poucas hipóteses o legislador traça “nortes” para a respectiva estipulação, como na lei de imprensa, na lei sobre comunicações, na lei sobre direitos autorais, e assim mesmo para situações específicas nelas indicadas. Tem a doutrina pautado seus ensinamentos baseados nas soluções existentes em tribunais estrangeiros que também têm se ocupado na delimitação de parâmetros para a efetiva determinação do *quantum*, nos seus

³⁸ BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil: derecho substantivo y derecho procesal*. 3. ed. São Paulo: Montecorvos, 1981. p. 438.

sistemas jurisdicionais, deixando a cargo do juiz essa atribuição³⁹. Opõem-se-lhes os sistemas tarifados, em que os valores são predeterminados na lei ou na jurisprudência. Levam-se, em conta, basicamente as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição lesado, preponderando, em nível de orientação central, a idéia de sancionamento.

Em virtude da qualidade de incomensurável que é atribuído ao dano, a indenização é meramente convencional, de acordo com critérios que não são matemáticos, certos, indiscutíveis, em virtudes mesmo de ser incomensurável.

A indenização não poderá ser tão baixa e insignificante, que possa refletir uma indenização simbólica. A reparação compensadora deveria suavizar de alguma forma a dor e o sofrimento, isto é, se considerarmos que a compensação pecuniária tenha alguma correlação com essa dor e sofrimento.

De lado oposto, o valor não poderá ser tão elevado que venha a beneficiar o ofendido, constituindo-se em um enriquecimento sem causa. A decisão não poderá ser generosa a ponto de ser considerado com um gesto de

³⁹ A atribuição de punir o dano moral deixada à cargo do juiz está assentada no instituto do *punitive damage*. Em 1991, a delimitação de parâmetros para a fixação do *quantum* indenizatório foi objeto de reflexão de Sandra Day O'Connor, Juíza pertencente ao colegiado da Suprema Corte dos Estados Unidos, em sessão para o julgamento do caso PACIFIC MUTUAL LIFE INSURANCE CO. v. HASLIP. Aquela juíza afirmou que os “*punitive damages are a powerful weapon. Imposed wisely and with restraint, they have the potential to advance legitimate state interests. Imposed indiscriminately, however, they have a devastating potential for harm. Regrettably, common law procedures for awarding punitive damages fall into the latter category. States routinely authorize civil juries to impose punitive damages without providing them any meaningful instructions on how to do so. Rarely is a jury told anything more specific than ‘do what you think best’*” (ESTADOS

transferência injusta de patrimônio. A situação econômica das partes e o contexto econômico geral do País também deverão servir de parâmetros para a limitação da indenização.

A fixação do *quantum* deverá obedecer a critérios valorativos próprios e no caso concreto detectados, não se podendo cair em generalizações, nem em atribuições desmedidas, em um determinações aleatórias. Os parâmetros existentes na legislação, nas decisões jurisprudenciais e na doutrina deverão ser considerados, atentando o julgador para as condições das partes, a gravidade de lesão e sua repercussão e as circunstâncias fáticas.

Não satisfaz a técnica de fixação de determinados números de salários mínimos como, por exemplo, o contido na lei de imprensa, a menos que esse limite possa fazer justiça ao lesado e representar uma razoável punição ao ofensor.

Pretende-se, em suma, atingir-se uma sã justiça reparadora. Escapa, no entanto, do radicalismo daqueles juristas quem empolgados pela idéia de acelerar o progresso do Direito Civil, simplesmente pregam a substituição da culpa pelo risco, ou a responsabilidade pela reparação.

Na consecução de tal escopo, toda as atenções convergem para o aprimoramento da conversão do dano em seu equivalente pecuniário,

assumindo relevância a concepção do dano como grandeza aritmética expressa em cifras. O momento apoteótico do ressarcimento seria, então, aquele em que traduzem em moeda o dano emergente e o lucro cessante. Não se deve ver, porém, nessa tendência, nenhum propósito de transmudar a tutela ressarcitória em fonte de enriquecimento da vítima.

O que se busca, em última instância, é tornar realidade um velho enunciado de Direito Civil, segundo o qual a obrigação de ressarcimento tende a estabelecer o equilíbrio de uma situação patrimonial destruída pelo fato ilícito.

Tomando-se por base o conceito de Direito ofertado pelo professor Miguel Reale⁴⁰, temos: "Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou, de uma forma analítica: Direito é a ordenação heterônima, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores".

Verificam-se do conceito exposto dois elementos essenciais para a caracterização do que a sociedade considera como legítimo e ilegítimo, quais sejam: fato e valor. A partir daí é que poderemos, ao analisar o fato em concreto, dispor sobre sua valoração perante a sociedade.

⁴⁰ Reale, Miguel. *Lições Preliminares De Direito*. 23ª Edição, 1996, Editora Saraiva.

Na quantificação do dano, há que se considerar o *animus* do autor da lesão e o caráter valorativo que esse ato representa para a sociedade de forma objetiva e para o cidadão lesado de forma subjetiva.

Note-se que a questão do dano moral no direito brasileiro pode ser considerada recente, haja vista que só após a Constituição Federal de 1988 é que o tema tem sido abordado de forma mais ampla pelos juristas.

Anteriormente à Carta Magna de 1988, só se ouvia falar de danos morais quanto à referência feita na Lei de Imprensa. Ocorre que, a partir de 1988, vários julgados demonstraram a inexistência de uma cultura jurídica capaz de cuidar dos limites pecuniários para determinação do *quantum* que poderia reparar o dano causado de natureza exclusivamente moral.

Das decisões que foram surgindo, percebeu-se a desproporcionalidade existente entre os elementos das ações, quais sejam: partes, objeto, dano causado e valoração do *quantum*. Daí é que algumas pessoas começaram a pleitear valores esdrúxulos para a satisfação de suas pretensões.

4.4 SENTIDO ÉTICO-EDUCATIVO DA FIXAÇÃO DO *QUANTUM*

É da competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa

ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofendido e do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa), além das influências de acontecimentos exteriores ao fato prejudicial, lucro obtido pela vítima com a reparação do dano, hipótese em que se operará a dedução do montante do dano, do valor do benefício auferido, desde que vinculado ao fato gerador da obrigação de indenizar, não tendo sido resultado de circunstâncias fortuitas.

Na avaliação do dano moral, o órgão julgante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável.

A fixação do dano moral nos Estados Unidos – na maioria dos estados federados - é feita por um júri popular civil que leva em consideração os aspectos axiológicos que envolveram o caso concreto. Nesse sentido, desde o longínquo ano de 1896, ensinava William B. Hale:

*In some cases the damages are incapable of pecuniary estimation, and the court performs its duty in submitting all the facts to the jury, and leaving them to estimate the plaintiff's damages as best they may under all the circumstances.*⁴¹

O magistrado determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão, e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. E não está ele obrigado a declarar os fundamentos ou os fatores em que se

⁴¹ LL. B., William B. Hale. *Law of damages*. Minnesota: West Publishing, 1896. p. 205.

baseou para delimitar a extensão dos prejuízos, podendo até mesmo abstrair das circunstâncias do caso. Há, portanto, uma liberdade de apreciação do magistrado na avaliação do dano.

Infere-se de todo o exposto que para a quantificação do dano moral não existe, ainda, um critério específico, rígido, na norma brasileira, cabendo ao arbítrio do magistrado, após sistemática análise do caso em concreto, determinar o valor pecuniário a que estará obrigado o agente do dano, de forma a proporcionar ao lesado um estado satisfatório, capaz de compensar-lhe as emoções negativas que o ato danoso lhe causara.

Esse valor deverá ser aplicado levando-se em consideração aspectos objetivos e subjetivos, suficientes para proporcionar ao magistrado o seu convencimento de forma que possa aplicar o Direito com clareza e justiça. Assim, como já foi dito, elementos como culpa e dolo são essenciais para a determinação da indenização, mas mantêm relação com outros elementos que serão encontrados em cada caso singularmente analisado.

Ao magistrado caberá reconhecer e aplicar os valores que advém da própria sociedade, sancionando a atitude danosa, visando garantir ao cidadão lesado uma satisfação compensatória, seja pelo retorno ao seu *status quo ante*, ou mesmo pelo pagamento de pecúnia que se acredita ser capaz de

amenizar os danos causados. Devendo evitar que o valor configurar-se em enriquecimento sem causa.

Portanto, a justiça será a aplicação dos valores que a sociedade admite em seu meio, o *quantum* indenizatório será a liquidação desses valores e o elo que conjugará os dois elementos é o magistrado que, fazendo uso do seu conhecimento, estabelecerá para o caso em concreto. Todavia, a fixação do *quantum* deverá, em caso de colidência entre um pressuposto e outro, quais sejam do sentido punitivo da reparação do dano e do enriquecimento sem causa, privilegiar o sentido ético-educativo da punição⁴².

Desta maneira o *quantum* deverá ser suficiente para inibir o lesante a contunuar na prática lesante.

⁴² Com relação a esse sentido ético-educativo da punição, o direito consuetudinário estadunidense possui instituto similar à reparação de dano moral no Brasil: os *punitive damages* ou *punitive exemplari damages* que são “[...] *damages awarded in addition to compensation as a punishment to the defendant, and as a warning to other wrongdoers*”. A reparação por dano moral nos E.E.U.U. traz consigo “[...] *the interests of society and the aggrieved individual, and gives damages, not only to recompense the sufferer, but to punish the offender*” (LL. B., William B. Hale. *Law of damages*. Minnesota: West Publishing, 1896. p. 200-206).

CAPÍTULO 5

DILEMA DO JUIZ

O CONTEÚDO ÉTICO NA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL PURO

5.1 DILEMA DO JUIZ

A responsabilidade civil é um dos temas mais palpitantes da atualidade, em razão de sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nos atos contratuais e extracontratuais e, ainda, no prodigioso avanço da tecnologia, gerador de utilidades e de perigos à integridade humana.

O interesse em restabelecer o equilíbrio moral e patrimonial violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. Na responsabilidade civil, são a perda ou a diminuição verificadas no patrimônio do lesado e o dano moral que geram a reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco. O autor do dano tem o dever de indenizar, fundado sobre a responsabilidade civil, para suprimir a diferença entre a situação do credor, tal como esta se apresenta em consequência do prejuízo, e a que existiria sem este último fato.

A indenização é estabelecida em atenção à situação do dano e à situação do lesado, que deverá ter seu bem restituído à situação em que estaria se não tivesse ocorrido a ação do lesante, de forma que tal indenização será fixada em função da diferença entre a situação hipotética atual e a situação real do lesado, ou melhor, o dano mede-se pela diferença entre a situação existente à

data da sentença e a situação que, na mesma data, se registraria, se não fosse a lesão.

A responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação do dano moral ou patrimonial causado, garantindo o direito do lesado à segurança jurídica, mediante o pleno ressarcimento do prejuízo, restabelecendo-se, na medida do possível, o *statu quo ante*.

Sobre o tema, Roberto Brebbia⁴³ destaca que “a violação aos direitos inerentes à personalidade geram o dano extrapatrimonial ou moral, enquanto a violação aos direitos patrimoniais geram dano patrimonial”. Orienta que “os direitos patrimoniais são aqueles que têm a finalidade de proteger os bens que possuem valor pecuniário, ou seja, aqueles que permitem uma transação em dinheiro, que são suscetíveis de avaliação adequada em moeda. Já um braço, um olho ou qualquer outro órgão de uma pessoa possui o valor econômico, não pecuniário. Não são suscetíveis de serem avaliados adequadamente em dinheiro”.

5.2 CONTEÚDO ÉTICO NA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL PURO.

No entanto, a reparação do dano moral é, em regra, pecuniária, ante a impossibilidade do exercício do *jus vindicatae*, visto que ele

⁴³ BREBBIA, Roberto H., El Daño Moral. 2. ed. [s. l.]: Orbir, 1967. p. 58.

ofenderia os princípios da coexistência e da paz sociais. A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza e angústia, pela superveniência de sensações positivas de alegria ou satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento.

Trata-se da reparação por equivalente, ou melhor, da indenização entendida como remédio sub-rogatório, de caráter pecuniário, do interesse atingido. Para perfeitamente entendermos o significado da palavra equivalente é necessário entendermos antes o significado da palavra equidade que, no dizer de J.J Calmon de Passos é: “pode-se definir a noção de equidade como técnica de superação de antinomias da justiça, decorrentes do desejo de se aplicar simultaneamente várias regras de justiça incompatíveis.”

As obrigações de reparar o dano, em regra, são ilíquidas, salvo nos casos de estipulação contratual em que haja previsão de cláusula penal, vinculação de certos bens, delimitação por valor de seguro. Daí surgir o infinito dilema da delicada atribuição do valor do dano moral puro que é atribuição exclusiva do juiz.

E, além disso, convém lembrar que, ante a função ressarcitória da responsabilidade civil, a indenização concedida ao ofendido não pode, mesmo quando houver dolo, exceder o valor do prejuízo causado, por ser

inadmissível o enriquecimento indevido. Se o dano material e moral advierem do mesmo fato, as indenizações serão cumuláveis (STJ, Súmula nº 37), dando-se ao credor aquilo que lhe é devido, sem acréscimo e sem deduções.

Quando a vítima ou o lesado indireto reclama reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, por exemplo, sobre a honra, imagem, ou nome profissional, não está pedindo um preço para a dor sentida, mas apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar em parte as conseqüências do prejuízo, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano, abrandando a dor ao propiciar alguma sensação de bem-estar, pois, injusto e imoral seria deixar impune o ofensor ante as graves conseqüências provocadas pela sua falta. Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano patrimonial, porque não se podem avaliar economicamente valores dessa natureza, por isso, tem, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena.

Se a responsabilidade civil constitui uma sanção, não há porque não se admitir o ressarcimento do dano moral, misto de pena e de compensação. Portanto, há danos cujo conteúdo não é dinheiro, nem uma coisa comercialmente redutível a dinheiro, mas a dor, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral, ou melhor, a sensação dolorosa experimentada pela pessoa. O

dano moral que se traduz em ressarcimento pecuniário não afeta, *a priori*, valores econômicos, embora possa vir a repercutir neles.

Na reparação do dano moral, o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer eqüitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização.

O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento, nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação, fazendo valer o princípio da proporcionalidade.

A fixação desse *quantum* competirá, portanto, ao prudente arbítrio do magistrado, de acordo com o estabelecido em lei, pois em certas hipóteses o Código Civil - em vigor -, nos arts. 928 a 930, 1056 a 1064, 1537 a 1552, traça normas atinentes ao cumprimento de obrigações resultantes de atos ilícitos.

Como concentramos nosso estudo sobre o dano moral, que é a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada

pelo fato lesivo, urge lembrar que, nos casos de dano não contemplado legalmente, a reparação correspondente poderá ser fixada por arbitramento, que é o exame pericial, tendo em vista determinar o valor do bem, ou da obrigação a ele ligado. O laudo dos peritos que calcular o montante a ser pago não vincula o órgão julgante que poderá alterá-lo na decisão. Ora, se no caso de uma liquidação por arbitramento de uma decisão que envolva lesão ao patrimônio material o magistrado não está subordinado ao laudo ficando livre para arbitrar o valor de uma indenização por dano moral puro.

Na avaliação do dano moral, o órgão julgante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável.

Na reparação do dano moral, o magistrado determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente a ela, por ser impossível tal equivalência. Ele não está obrigado a declarar os fundamentos ou os fatores em que se baseou para delimitar a extensão dos prejuízos, podendo até mesmo abstrair das circunstâncias do caso.

Há uma liberdade de apreciação do magistrado na avaliação do dano. Poder-se-á, ainda, fazer tantas liquidações quantas forem necessárias para a avaliação do dano e a fixação definitiva da condenação. Se o dano for

comprovado, ele deverá ser reparado, competindo ao prudente arbítrio judicial examinar os fatos, apreciar as provas e fixar um valor para a indenização, que nunca deverá representar um enriquecimento indevido.

É conveniente lembrar que a natureza jurídica da sentença é dupla. Uma é a caracterizada como ato de inteligência do juiz e a outra sendo um ato de vontade. No dizer de Carreira Alvim a sentença “é um ato de inteligência, que termina cujo epílogo é um ato de vontade.”

Para tanto, como já foi analisado acima, o órgão judicante pode recorrer ao conselho de peritos, às presunções *hominis* ou *facti*, ou melhor, ao que é ditado pelas normas de experiência sob a égide do critério *boni viri*. Enfim, deverá empregar, mesmo que a extensão do dano não fique demonstrada, todos os recursos de seu prudente arbítrio, examinando indícios e presunções da ‘moral prática’ para a fixação do *quantum* da indenização a que tem direito o lesado direto ou indireto com base em sua ‘moral teórica’.

No dizer de Helena Diniz, fica evidente a aplicação da moral teórica para fixação do valor do dano moral:

A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo à sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade, etc⁴⁴.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. Dano Moral. Revista Jurídica Consulex, Brasília, n. 3, ano 1, p. 29-32, nov. 2002.

5.3 CRIAÇÃO DE PARÂMETROS LEGAIS COMO SOLUÇÃO PARA O DILEMA DO JUIZ

Sem dúvida, os problemas que os juízes encontram nos dias de hoje, sobretudo os de primeiro grau de jurisdição para exercer sua função são inúmeros. Que vão desde o descrédito que a sociedade vê esses agentes, até a tentativa oficial de tornar o magistrado em mero repetidor de decisões que o Estado deseja ver cumpridas. A súmula vinculante é um exemplo desse aspecto. Porém há outros que vão desde os inúmeros recursos disponíveis para atacar decisões interlocutórias até as constantes reformas feitas pelo segundo grau que por serem freqüentes criaram o vício de é ali que a causa realmente se decide.

Todavia, a ausência de parâmetro para fixação do valor do dano moral puro embora traga um tipo de dilema para o juiz, é uma forma de valorizar e reafirmar a autoridade do juiz que, enquanto instituição, encontra-se tremendamente desacreditada.

A problematização existente na introdução deste trabalho já pode ser respondida com base nas reflexões feitas acima.

Para que o juiz fixe o valor do patrimônio moral pouco importa a classe social, raça ou cor do ofendido. O realmente importa é a

circunstância, o contexto em que a ofensa foi feita e a capacidade financeira do agente causador da ofensa em arcar com ônus do valor arbitrado.

Por essa razão, um mesmo tipo de ofensa moral, xingamento por exemplo, cuja reparação for pretendida, poderá ter valores diferentes. Alguém que seja ofendido em um estádio de futebol durante uma discussão sobre a partida de futebol, ainda que mereça a reparação, por certo terá um valor arbitrado de forma diferente por um mesmo juiz que analise um dano moral provocado, também por xingamento feito na Reitoria de uma Universidade.

Já, na hipótese inversa, dois juizes diferentes julgando a mesma ofensa de um xingamento em estádio de futebol durante uma partida, poderão arbitrar valores diferentes, mesmo admitindo-se que a capacidade econômica dos ofensores seja a mesma, em decorrência da moral teórica de um e outro magistrado ser completamente diferente. Um juiz poderia ser do sexo masculino e habituado a visitar estádios de futebol e o outro ser do sexo feminino e nunca ter estado em tal local de diversão pública.

Apesar de essa situação ser possível, de forma nenhuma ela autoriza que haja um tabelamento. Ao contrário, esse aspecto apenas reforça a necessidade da criação de parâmetros definidos que não se confundam com tabelamento da moral.

No capítulo seguinte serão enfocados os limites que poderão permitir a criação de parâmetros para fixação do valor do dano moral em face da lacuna legal que não disse claramente que quem deve fixar o valor a ser reparado é o juiz. E, ao não legislar sobre esse assunto deixou para a doutrina, inicialmente, a fixação desses parâmetros.

5.4 EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS.

É pertinente se lembrar que a experiência brasileira de nossos tribunais com o instituo jurídico do dano moral puro é recente. E por essa razão a menção de como nossos juízes estão enfrentado esse dilema em suas decisões é oportuno para contribuir com a proposta que se lançará no capítulo final.

Tomaremos como base como tem se posicionado o TJDF sobre esse assunto. Na apelação cível nº 1999.01.1.003267-5; 5ª T. Cível, cujo acórdão foi publicado em 07/08/02, DJ 3, pág. 84, tendo como Relator o Des. Asdrúbal Nascimento Lima, aquela Turma assim se posicionou sobre a fixação do *quantum*:

Indenização. Dano moral. Ruptura de noivado pelo Apelante meia hora antes do horários marcado para se dar início à cerimônia de casamento. Verba devida. *Quantum* indenizatório razoável. Sentença mantida. I – Estando demonstrado nos autos que o apelante, injustificadamente, rompeu o noivado meia hora antes do horário designado para se dar início à cerimônia de seu casamento, já se faziam presentes os convidados, mostra-se claro o dano moral suportado pela apelante. II O valor arbitrado pelo juízo a *quo* de 50 (cinquenta) salários mínimos a título de danos morais foi fixado moderadamente, dentro dos padrões de

razoabilidade, não constituindo, destarte, fonte de enriquecimento indevido. III – Negou-se provimento ao recurso.

Este julgado deixa claro que o sentido punitivo do valor arbitrado e o não enriquecimento sem causa serviram de parâmetros para fixação do valor. O que se poderia criticar é o critério do uso do salário mínimo como indicie, contudo, essa já é outra questão.

Na apelação cível nº 1999.01.1.068625-7; 1ª T. Cível; cujo acórdão foi publicado em 07/08/02, DJ. 3, pág. 39, a decisão foi uma pérola em determinar quais os parâmetros da fixação do quantum, deixando claro que essa tarefa é tormentosa em face do vácuo legal em determiná-los. Vejamos o que disseram os integrantes daquela Turma, acompanhado o voto do Relator que foi o Des. Arnaldo Camanho de Assis:

Decisão: Prover parcialmente. Unânime. Civil. Indenização por danos morais. Inclusão indevida nos cadastros dos serviços de proteção ao crédito. Critérios para fixação do *quantum* indenizatório. 1. Havendo a inclusão indevida do nome do consumidor no cadastro do Serviço de Proteção ao Crédito, causando-lhe danos morais, a indenização é medida que se impõe. 2. Para fins de fixação do dano moral tema sempre tormentoso, à míngua d critérios estritamente objetivos -, há de se levar em consideração, entre outras coisas, fatores tais como extensão da lesão, a repercussão da mesma na família da vítima, em seu trabalho, em seu meio social, a capacidade financeira do lesante, o caráter educativo da sanção, devendo estar atento, ainda, para não transformar a dor em instrumento de captação de vantagem. 3. Apelo parcialmente provido.

Outro não foi o entendimento na Apelação Cível nº 1998.01.1.071004-7; 2ª T. Cível, cujo acórdão foi publicado em 09/05/01; DJ. 3,

pág. 24, que teve como Relator o Des. Romão C. de Oliveira, cujo teor é o seguinte:

Civil. Danos morais Publicações indevidas e propositais, procedência. Critério para fixação do *quantum* indenizatório. Na fixação da verba destinada a fazer face aos danos morais, o juiz não perderá de vista as condições econômicas, políticas e sociais, quer da vítima, quer do agressor, e manter-se-á vigilante, para que essa não se converta em fonte de enriquecimento. Atendidas essas diretrizes, confirma-se a sentença que acolheu, em parte, a pretensão autoral, em face da conduta antijurídica da parte ré, que fizera indevidas e propositais publicações, suficientes para desencadear sofrimento no espírito do homem médio . Recursos não providos.

Prestemos atenção ao julgado a seguir em que a 2ª Instância diminuiu o valor do *quantum* arbitrado pelo juiz *a quo*. Essa decisão é importante para demonstrar que, embora o total arbítrio do juiz para fixar o valor não é sinônimo de que isto seja confundido do excesso de autoritarismo e, com isso, se deseje pretender tabelar a moral humana sob esse pretexto. Trata-se da Apelação Cível nº 1999.01.1.032922-4; 5ª T. Cível, tendo o acórdão sido publicado em 06/03/02, no DJ 3, pág. 75. O Relator foi o Des. Asdrúbal Nascimento Lima e a Turma assim se pronunciaram: Decisão:

Conhecer. Dar parcial provimento. Unânime. Responsabilidade Civil. Danos morais. Inscrição indevida no SPC. *Quantum* indenizatório exorbitante. I – A comprovação da indevida inscrição do nome do autor no cadastro de inadimplentes é suficiente para demonstrar os danos morais por ela suportados. II – A fixação da indenização por danos morais deve, sobretudo, ter por base critérios de razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado. Portanto, impõe-se a redução da verba indenizatória para melhor se adequar à realidade dos fatos.

Lançaremos mão agora de uma decisão no sentido que os parâmetros para fixação do valor deve levar em consideração o equilíbrio entre a capacidade de quem vai pagar e o padrão sócio-econômico da vítima. Esse entendimento desconsidera ser importante o caráter educativo do valor e privilegia o pressuposto de não se o valor um enriquecimento indevido. Vale lembrar que o pedido não era de dano moral puro, portanto, a relevância do julgado é atinente somente à parte relativa à fixação do valor do dano moral. A decisão foi proferida na Apelação Cível nº 1999.01.1.029533-4, 3ª T. Cível, tendo sido o acórdão publicado no dia 06/02/02; DJ 3, pág. 26. Seu Relator foi a Des. Sandra de Santis, eis o teor:

Decisão: Conhecer. Dar provimento. Unânime. Responsabilidade Civil. Acidente de trânsito. Morte de menor. Culpa. Danos morais e materiais. Adequação do valor aos limites do razoável. 1. Nas famílias humildes, o labor do jovem começa mais cedo, exatamente em face da necessidade de auxílio aos pais e irmãos mais novos. É inequívoca a obrigação de reparar os danos causados pela morte prematura da vítima, provocada por culpa alheia. O dano patrimonial, na hipótese, é de ser presumido. Em relação ao dano moral, a presunção é absoluta. 2. O valor da indenização deve ser retificado quando sua fixação violar o equilíbrio que deve subsistir entre a capacidade econômica de quem vai pagar e o padrão sócio-econômico da vítima ou daquele quem será prestada a assistência. 3. Dado provimento ao recurso. Unânime.

Para não ficarmos somente com decisões de um único Tribunal, mencionaremos decisões prolatas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre este assunto. No RESP 330012/SP, nº, cujo acórdão foi publicado em 05/06/2002, DJ, pág. 00330, tendo como Relator o Ministro Carlos Alberto

Menezes Direito, integrante da Terceira Turma daquele Tribunal. Assim entenderam os senhores Ministros:

Ação de indenização. Pensionamento: redução. Dano moral: critério de fixação. Sucumbência parcial. Precedentes da Corte. 1. Na forma de precedente da Corte, nas famílias menos abastadas o filho, já no mercado de trabalho, contribui para o sustento dos pais. 2. É possível que seja o valor do dano moral fixado por arbitramento, sem considerar qualquer legislação específica, relevando o Magistrado as circunstâncias concretas dos autos. 3. A jurisprudência da Corte, considera que imposta a sucumbência sobre o valor da condenação, reduzida em relação ao pedido original, está atendido o art. 21 do Código de Processo Civil. 4. Recurso especial não provido.

A pesquisa feita no Superior Tribunal de Justiça trouxe a constatação de que todos os julgados sobre o tema valor do dano moral são no sentido de que sem considerar qualquer legislação específica, é tão somente cabível a intervenção daquela Corte para aumentar ou diminuir o *quantum* somente o valor arbitrado se mostrar exagerado ou irrisório. Portanto, constata-se, também, que há coerência destes julgados com aqueles prolatados pelos Tribunais de Instâncias inferiores, se tomarmos por base as decisões antes referidas.

5.5. IMPRECISÃO LEGAL

A imprecisão legal aqui referida é no sentido de que a lei deixou de estabelecer que a fixação do *quantum* é consequência do livre

convencimento do juiz e não porque houvesse uma lacuna legal quanto ao tabelamento.

A tentativa de retirar do magistrado o arbítrio da fixação do valor do dano moral através de um tabelamento prévio é mais uma forma de se tentar acabar com a soberania da jurisdição, ao privar o juiz do princípio do livre convencimento. Logo, essa tentativa não pode ser apoiada.

Este trabalho é o resultado de um esforço muito grande, visando contribuir para que o dilema enfrentado pelos magistrados de fixação do *quantum* do dano moral seja suavizado oferecendo para essa fixação parâmetros ao invés de tabelamentos. Desta maneira, o arbitramento do valor deixará de ser algo negativo e traumático, para se tornar uma questão positiva e favorável diante da realidade que vive a magistratura brasileira. O que se defende é que embora haja a necessidade da existência de parâmetros, esses não podem ser confundidos com tabelamento, que retiraria do juiz a possibilidade de exercer o seu arbítrio jurisdicional. A título de ilustração, não se pode olvidar que a tentativa da institucionalização da súmula vinculante é um dos exemplos que se soma ao tabelamento para confirmar a afirmação da crise existencial que vive o Judiciário brasileiro que, neste momento, está desacreditado e sob a desconfiança do jurisdicionado.

Porém, é absolutamente visível que tanto a doutrina como a jurisprudência e mesmo a legislação sobre esse tema são absolutamente imprecisas em oferecer parâmetros definidos para que a fixação do valor atribuído na reparação do dano moral seja incontroversa e fique ao largo do que pensa apenas uma pessoa – o magistrado. Sobre os ombros dos magistrados recai, exclusivamente, a responsabilidade dessa atribuição, que é nitidamente um arbítrio individual. Porém, também constitui uma homenagem à instituição que goza, ou deveria gozar, junto aos jurisdicionalizados, do privilégio da imparcialidade e da competência. Lembramos mais uma vez que criar parâmetros não é o mesmo que tabelar e tais parâmetros são necessários. Já que eles não foram definidos dogmaticamente, ainda, ao final desejamos contribuir para que esses parâmetros sejam construídos.

CAPÍTULO 6

AUSÊNCIA DE PARÂMETROS NA ORDEM JURÍDICA

6.1. CRIAÇÃO DE PARÂMETROS

A falta de parâmetros que condicionassem uma característica de homogeneidade nos julgados acabou por possibilitar decisões completamente diversas em julgados cujos objetos eram semelhantes.

É incontestável o fato de que merecem respeito as decisões proferidas pelos Órgãos Magistrados e que o livre convencimento é atributo de todo julgador, não carecendo de vinculação o seu juízo. E o julgador tem essa liberdade de formar um conceito do que seria realmente justo para o caso em concreto, pois a ele é dada a faculdade de analisar e verificar quais elementos objetivos e subjetivos contribuem na quantificação do dano causado.

Reportamo-nos à Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale⁴⁵ - *Direito e Dignidade da Pessoa Humana: Valor do século XXI*. - para justificar a necessidade da valorização dos atos humanos para a sua quantificação. Ora, a sociedade criou suas normas em consequência da valorização de atos humanos, os quais eram incompatíveis com uma convivência pacífica. A partir da valoração de atos positivos e negativos é que a sociedade cria o Direito, como ordenamento, para dirimir conflitos e assegurar a paz social. Não há, pois, longa distância entre moral e direito; ao contrário,

⁴⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

estreita relação há entre ambos, muitas vezes ocorrendo confusão entre limites morais e jurídicos. Eis o que diz o mestre:

“No imenso mecanismo humano o Direito figura também, por assim dizer, como uma das peças de TORCER e AJEITAR em proveito da sociedade o homem da natureza”.

Dessa forma é que a natureza do ato, sua gravidade, a relação entre as partes, e a repercussão na psique do indivíduo e na sociedade são elementos essenciais para a quantificação do dano moral, que devem ser identificados e quantificados para cada caso em concreto de forma a possibilitar ao magistrado condições de estabelecer o *quantum* capaz de reparar o dano ocorrido, ao menos conceder um alento ao cidadão lesado.

Fator de relevante importância para a quantificação do dano é o *animus* do agente causador. Sendo o dolo elemento essencial para verificação da intenção de lesionar o direito de outrem, caberá ao magistrado avaliar a existência ou não de vontade do autor em causar prejuízo a outra pessoa e, em caso positivo, arbitrar o valor da reparação patrimonial.

A importância de se verificar a existência ou não de dolo fundamenta-se naquilo que alguns doutrinadores chamam de ‘técnica do valor de desestímulo’, e que representa os parâmetros a se aplicar na determinação de quanto vale o dano ocasionado, condenando-se o autor a uma quantia que lhe faça refletir e arcar com conseqüências significantes em seu patrimônio. De acordo com a teoria que defende a ‘técnica do desestímulo’, a sanção pecuniária

deverá ser capaz de influenciar negativamente o autor para que não repita o mesmo erro.

Ainda em relação aos parâmetros, deve-se levar em consideração a gravidade do ato lesivo e sua repercussão no meio social. Muito além de um simples elemento identificador, a imagem do indivíduo é atributo de personificação e formação da própria personalidade. De forma comparativa, tomemos como exemplo uma situação em que um determinado artista muito famoso tem a sua imagem ofendida. O dano causado à sua imagem lhe trará prejuízos que ultrapassam os limites subjetivos, atingindo limites patrimoniais. De outra forma, um artista não tão famoso, que é ofendido da mesma maneira, sentirá menos intensamente o fardo do ato lesivo.

Pergunta-se: poderemos então quantificar o dano causado aos dois artistas da mesma maneira?

Logicamente que não, haja vista que são pessoas diferentes, com valores diversos e a consequência para cada um será exposta de forma singular.

O dano moral está relacionado a um direito subjetivo violado, que normalmente não poderá ser devolvido na sua forma primitiva. Entretanto, o legislador garante ao cidadão lesado o direito de pleitear pecúnia que lhe proporcione um consolo pela violação de seu direito.

Partindo-se para a análise do agente causador do dano, devemos atentar para um elemento essencial ao determinar a pecúnia que lhe será imposta, qual seja, a natureza sancionadora que é atribuída à indenização em alguns casos.

Daí é que a identificação do agente causador e de suas possibilidades poderá repercutir no momento da quantificação do dano. Ora, se aceitarmos a legitimidade da ‘técnica do valor de desestímulo’, devemos compreender que o *quantum* a ser ressarcido deve ser proporcional ao patrimônio do agente, isto é, quanto maior o patrimônio do agente causador, maior será o valor da indenização.

Tomemos como referência os ensinamentos do professor Carlos Alberto Bittar⁴⁶: "O caráter reparatório impõe, ademais, a atribuição de valor que iniba o agente de novas investidas”.

Compensam-se, com essas verbas, as angústias, as dores, as aflições, os constrangimentos e, enfim, as situações vexatórias em geral a que o agente tenha exposto o lesado com sua conduta indevida.

A atribuição do *quantum*, no caso concreto que, normalmente, apura-se em execução. Fica a critério do juiz que, relacionado direta e especificamente à *quaestio sub litem*, encontra-se apto a detectar o valor

compatível às lesões havidas. Ademais, quando necessário, pode valer-se de peritos especializados que, de modo adequado, poderão determinar o valor cabível, após ponderar, com equilíbrio, as variáveis em questão.

Ainda de acordo com o doutrinador acima citado⁴⁷:

Sustentamos que não deve nem existir limite máximo em leis sobre a matéria - como ocorre em certos países - diante do princípio fundamental dessa teoria, que é o da limitação da responsabilidade no patrimônio do lesante, a uma, porque se pode mostrar irreal em certas situações (como no lesionamento conjunto de várias pessoas) e, a duas, porque tem sido ele derreado, em nossos tribunais, pela aplicação da regra do "acúmulo" ou da "cumulação" de indenizações sob os dois fundamentos possíveis, o do risco e o da culpa, como vem acontecendo em acidentes de transportes e em acidentes do trabalho. A tônica desse entendimento reside na necessidade absoluta e prioritária de cabal satisfação do interesse lesado, que os índices ou os valores tarifados quase sempre não propiciam.

Deve-se, pois, confiar à sensibilidade do magistrado a determinação da quantia devida, obedecidos os pressupostos mencionados. O contato com a realidade processual e com a realidade fática permite-lhe aferir o valor adequado.

Note-se que o jurista alude claramente ao princípio do livre convencimento do juiz e ao princípio da razoabilidade, considerando que o magistrado tem todas as condições de aferir a repercussão do dano causado quando analisa os fatos alegados e as provas apresentadas no curso da ação.

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil: Teoria e Prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 8.

⁴⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil: Teoria e Prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 9.

Dessa forma, conclui-se que não há como se determinar limites para a determinação do quantum a ser indenizado. Tal atividade deve ser aferida analisando-se o caso *sub-judice*, verificando elementos como: características das partes, objeto da lide e a repercussão para o cidadão e para a sociedade do fato lesivo que, necessariamente, deve se revestir de um ato ilícito.

Assim, verificamos uma estreita relação entre dois ramos do Direito para a justificação da necessidade de se aprofundar a investigação dos elementos que contribuíram para o evento danoso, quais sejam, o Direito Penal e o Direito Civil.

Merece consideração especial o fato de que para a quantificação do dano, a culpa concorrente da vítima deve ser avaliada, de modo a se garantir a justa liquidação da verba indenizatória.

Tamanha a relação existente que o Direito Penal já tipifica, há muito, o evento danoso à moral do cidadão. É o caso dos crimes contra a honra, que identificam como tipos penais a conduta danosa contra a moral. Percebe-se, ainda, a presença incessante de elementos como culpa e dolo quando da análise do fato que resultar em um dano moral.

Unânime é o entendimento de que a indenização será proporcional à ocorrência de culpa ou dolo do agente. Leva-se também em consideração a culpa concorrente da vítima na consecução do evento, apesar de

alguns doutrinadores trabalharemos no sentido de desvincular a indenização de qualquer significado penal.

Antônio Lindbergh C. Montenegro⁴⁸, aduzindo ao art. 980 do Projeto do Código Civil, defende o seguinte posicionamento: "a soma em dinheiro paga pelo agente é para que sinta de alguma maneira o mal que praticou".

Dando seqüência à sua explicação, expõe o jurista que:

Em doutrina predomina o entendimento de que a fixação da reparação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio dos juizes. Comungam desse sentir, entre nós, Wilson Melo e Silva e Aguiar Dias, para quem 'o arbitramento é o critério por excelência para indenizar o dano moral.

Entendemos, todavia, que o ideal seria a adoção de um sistema sem rigidez, que concedesse ao juiz uma faixa de atuação onde ele pudesse graduar a reparação de acordo com o caso concreto.

Maria Helena Diniz⁴⁹, a respeito da quantificação do dano, teceu algumas considerações sobre a questão e, de forma comparativa, poderemos verificar algumas divergências entre o seu posicionamento e o defendido por outros doutrinadores. A doutrinadora aduz o seguinte:

Para que haja dano indenizável, será imprescindível a ocorrência dos seguintes requisitos: a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, pois a noção de dano pressupõe a do lesado; b) efetividade ou certeza do dano, porque a lesão não poderá ser hipotética ou conjectural; c) relação entre a falta e o prejuízo

⁴⁸ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. Do Ressarcimento de danos pessoais e materiais. Rio de Janeiro: Didática e Científica, 1981. p. 63.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 48.

causado; d) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado; e) legitimidade, uma vez que a reparação só pode ser pleiteada pelo titular do direito atingido; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade, pois pode ocorrer dano de que não resulte dever ressarcitório, como o causado por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, etc.

Em relação à enumeração do que poderíamos chamar de requisitos para a caracterização de dano indenizável, com todo respeito à jurista, merece crítica qualquer rigidez quanto a especificação desses itens enumerados, que teriam por objetivo caracterizar os atos danosos como indenizáveis ou não.

Acreditamos que qualquer enumeração seria incompatível com o dinamismo das relações sociais, que se modificam, renovam-se e obrigam o Ordenamento Jurídico Brasileiro a se adaptar de forma a garantir o convívio social.

Para exemplificarmos a dificuldade em se atribuir elementos definitivos para a caracterização de dano indenizável ou não, imaginemos a seguinte hipótese: o dano causado à imagem de uma pessoa que já morreu. Que pessoas teriam legitimidade para pleitear qualquer indenização perante o judiciário?

Tal assertiva convoca à conclusão de que herdeiros e terceiros interessados teriam essa legitimidade desde que comprovado o vínculo.

Ora, dessa forma, concluímos que o dano moral, em alguns casos, vai além da pessoa lesada, e permite a extensão da indenização àqueles que de forma comprovada foram afetados pelo evento danoso.

Ainda exemplificando, imaginemos que a efetiva concretização do evento seja impossibilitada por motivos alheios à vontade do agente, ainda que por si só as fases anteriores à execução tenham causado alguma expectativa negativa na pessoa daquele que provavelmente seria lesada. Não seria passível de indenização tal fato? Como exemplo concreto, dessa hipótese, podemos citar o caso de alguém que preenche uma ficha cadastral para obtenção de emprego, é aprovado e recebe o comunicado que será contratado em 30 dias. Ocorre que ao final do lapso temporal, efetivamente a expectativa da contratação não se consuma. O “feliz” desempregado já havia feito planos para dar destino ao seu primeiro salário, informando à um credor seu que saldaria sua dívida com aquele salário.

Há de se admitir o caráter preventivo da norma jurídica, o que torna perfeitamente aceitável e aplicável o *quantum* indenizatório sempre que cumuladas, para o caso em concreto, todas as circunstâncias capazes de levar o magistrado ao convencimento da existência de dano à moral do cidadão. Justifica-se tal posicionamento pela simples análise dos motivos que levam a sociedade a conceder legitimidade ao Estado-Juiz.

A busca de justiça e os esforços na manutenção da ordem e da paz social não se resumem simplesmente no combate ao fato ilícito já consumado, mas também no momento de sua prevenção.

Dessa forma é que a responsabilidade sobre a determinação dos valores que servirão de parâmetro para a liquidação do dano moral advém, primariamente, da própria sociedade, quando aceita e impõe valores ético-morais de conduta e reclama do Poder Legislativo a sua normatização de maneira que a lei atue de forma inibitória da violação ao patrimônio moral de quem quer que seja de forma impune. O agente contumaz em praticar o dano moral deverá se sentir reprimido pelo fator financeiro

Ao magistrado cabe aplicar de forma coerente os valores defendidos pela sociedade, e nesse aspecto devemos manter a confiança na pessoa do ente que adquiriu o poder de decisão, a partir do Estado, constituído pela própria sociedade e para a sociedade.

Retornando ao aspecto da indenização, Maria Helena Diniz⁵⁰ profere o seguinte ensinamento:

A responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação do dano moral ou patrimonial causado, garantindo o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento do prejuízo, restabelecendo-se na medida do possível o *status quo ante*.

Ante a impossibilidade de proporcionar ao lesado o retorno àquela situação anterior é que se admite a indenização como uma tentativa de se amenizar os sentimentos negativos causados pelo ato danoso.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 6.

Relevante posicionamento da doutrina brasileira é o que diz respeito à não utilização da indenização como fator de enriquecimento da parte lesada, e por isso é que se torna extremamente importante a figura do magistrado para reconhecer elementos no processo que lhe permitam estabelecer a dosagem mais justa entre o dano causado, a característica das partes e o *quantum* indenizatório. Esse aspecto é mais um argumento impossibilita o tabelamento do valor da indenização.

Nesse aspecto, Maria Helena Diniz⁵¹ explica:

A reparação pecuniária do dano moral não pretende refazer o patrimônio, visto que este, em certos casos, não sofreu nenhuma diminuição, mas dar ao lesado uma compensação (...) Na reparação do dano moral, é inaceitável o enriquecimento sem causa.

Na reparação do dano moral, o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização.

Assim, o valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento, nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel-

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 72.

prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação.

6.2 LEIS EXISTENTES

Felizmente, nenhuma lei dispendo sobre o tarifamento do *quantum* da reparação do dano moral foi editada, pois se tivesse sido tiraria a liberdade de decidir do magistrado. Além disso, criaria mais um dilema, pois necessariamente deveria estabelecer que a dor moral tem vários graus: leve, médio, forte, grave e gravíssimo, de forma a tabelar o valor da dor moral e sua, respectiva, indenização. Contudo, a dor moral não pode ser mensurada, o que é possível é verificar a intenção do agente em provocá-la ou em não se importar com as respectivas conseqüências. Portanto é desnecessário o tabelamento.

A única referência legal que serve como balizamento é a Lei de Imprensa – nº 5.250/67. Todavia, este dispositivo legal não é uma solução definitiva, porque não tem o condão de estabelecer o quanto vale a moral fora das situações das quais aquela lei se destina. Além disso, esse dispositivo legal encontra-se revogado, mesmo que tacitamente, sendo utilizado apenas como referência histórica. Porém, sem utilidade prática para a realidade jurídica, em face da Constituição de 1988. Assim, esta referência fica restrita, meramente, ao aspecto teleológico.

6.3. TENTATIVAS LEGISLATIVAS DE TABELAMENTO

Embora não haja nenhuma lei criando tabelas é preciso registrar que no Senado há um projeto de lei, nº 179, de 1998 que dispõe sobre os danos morais e sua reparação. No artigo 12, fica clara a tentativa de retirar do magistrado o poder de estabelecer o valor de acordo com seus próprios valores axiológicos. Assim preceitua tal artigo do projeto:

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

I- ofensa de natureza leve: até cinco mil e duzentos reais;

II- ofensa de natureza média: de cinco mil duzentos e um reais a quarenta mil reais;

III- ofensa de natureza grave: de quarenta mil e um reais a cem mil reais;

IV- ofensa de natureza gravíssima: acima de cem mil reais

Sem dúvida, esse projeto é no mínimo incoerente, porque não haverá nenhuma diferença entre o que já há hoje e com o que haverá se o projeto se transformar em lei, pois, ainda assim, será o juiz que enquadrará o tipo de ofensa segundo os critérios do projeto. A falha maior é que a lei não estabelece quanto vale a moral, estabelece sim a extensão do dano, contudo sem parâmetro, pois não é capaz de valor a dor e a moral.

Há outro projeto tramitando na Câmara dos Deputados que versa sobre a tentativa de regular os critérios de fixação indenizatória do dano

moral. Esse projeto recebeu o nº 7124/2002 que, no momento, está na pauta da Comissão de Justiça e de Redação, aguardando a designação de relator. Eis o teor do projeto:

Dispõe sobre danos morais e sua reparação.

O Congresso Nacional decreta:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Senado Federal, em 7 de agosto de 2002

Senador Ramez Tebet

Presidente do Senado Federal⁵²

Este projeto além de tentar tabelar o piso e o teto do valor indenizatório, ainda regula outros institutos, como, por exemplo: o da prescrição, que, por não ser objeto deste trabalho, deixará de ser comentado, embora, à primeira vista, seja vislumbrada uma inconstitucionalidade neste item. Repetimos que, embora não seja objeto deste trabalho a legitimidade de quem possa propor a reparação do dano moral puro, é necessário um amplo debate

⁵² BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 7124/2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/78514.htm>>. Acesso em: 21 maio 2003.

sobre a existência, ou não, de patrimônio moral de pessoa jurídica. Deixemos esse tema para outro trabalho.

Todavia, no que pertine ao tema de nossa dissertação, esse tabelamento é inconcebível porque fere o princípio da isonomia e da proporcionalidade. Além desse aspecto, esse projeto não concebeu como o valor nominal se atualizaria com o passar do tempo. A presunção é de que a moeda ficaria estável permanentemente, o que, convenhamos, é utópico dizer-se.

Assim, essa e qualquer outra tentativa legislativa de se tabelar o *quantum* indenizatório da reparação do dano moral puro é criticável pois além de não atender efetivamente a busca da tutelar jurisdicional do Estado, não é melhor do que se a lei especificasse, claramente, que a fixação do valor ficará ao alvedrio do prudente arbítrio do magistrado.

6.4. INQUIETAÇÃO DA MAGISTRATURA

As instâncias colegiadas encontrarão soluções menos intranquias do que as adotadas pelos juízes monocráticos, uma vez que as soluções nessas instâncias serão resultado de uma reflexão conjunta. Todavia, nenhuma das decisões proferidas, quer pelos juízes monocráticos, quer pelos juízes colegiados, mesmo que venham a formar uma jurisprudência, terão o condão de tabelar o valor da moral, porque não modificam o fato de que a

axiologia dos valores morais feridos, feita por quem vai julgar cada causa, prevaleça na fixação do *quantum*.

É inquietante constatar que um grupo de juízes alinha-se com o pensamento daqueles que não exercitam o dever-poder do magistrado de julgar conforme o seu livre convencimento e se abstêm de decidir sobre o valor da moral humana, preferindo transferir essa responsabilidade para a jurisprudência, que por sua vez nada mais é que outra forma de tabelamento. Esse fato é tão pernicioso quanto o tabelamento legal, se a jurisprudência ao invés de referência for usada como regra. A modernidade da judicância exige que o poder-estado do juiz fique imune do tolhimento do poder dominante da ocasião, de maneira que ele decida fazendo justiça no estrito conceito de Santo Tomás de Aquino, que no dizer de Eduardo C. B. Bittar, ao analisar a obra daquele padre é: “a justiça é fundamentalmente hábito à medida que pressupõe a exterioridade do comportamento”⁵³.

Assim, a decisão que fixar o valor do dano moral, quer seja monocrática, quer seja colegiada, deve refletir as circunstâncias que envolvem cada caso, sem estar tolhida por tabelas legais ou jurisprudenciais.

Indubitavelmente, a fixação do *quantum* a ser arbitrado para reparar o dano moral puro é consequência das experiências sociais de cada

⁵³ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 197.

magistrado e a sua fixação deverá estar sempre atenta ao fato de que a condenação na reparação do dano moral puro serve mais como uma forma de punição ao detratador do que uma recompensa ao ofendido.

Aliás, a maior recompensa ao ofendido será saber que o ofensor foi punido exemplarmente, e que a dor sentida teve uma recompensa, ainda que financeira e não de forma física ou da mesma natureza que a ofensa.

O juiz, ao enfrentar o dilema da fixação do valor para a reparação, deverá levar em conta que o seu prudente arbítrio não foi revogado pela lei processual vigente. Aliás, no próprio diploma processual existe o instituto da liquidação da sentença, que pode ser feita por arbitramento de um perito. Assim, quando é o juiz quem estabelece o valor e não uma terceira pessoa suaviza-se a responsabilidade deste, que ao invés de decretar por sentença que o perito está correto quanto à valoração da condenação, é ele próprio, o magistrado, quem a estabelece, valorizando sua função como agente da prestação da tutela jurisdicional, que é a busca do justo.

6.5. O DILEMA DO JUIZ PERMANECE

Ao chegarmos à parte final desta dissertação, fazemos questão de deixar registrado que a previsão constitucional para a reparação do

dano moral foi um avanço conseqüente da maturidade social e da cidadania que o povo brasileiro vive.

Como esse instituto é muito novo no Direito Brasileiro, e por estar-se ainda construindo um arcabouço jurídico sobre o tema, não se pode esperar que a nossa competente magistratura encontre rápidas fórmulas ou critérios para a fixação desse valor, quando, nem mesmo o Poder Legislativo ainda as encontrou.

Ao Poder Legislativo competiria amadurecer a experiência, e como resultado empírico da prática da fixação do valor do dano moral puro declarar, formalmente, que o parâmetro para sua fixação é de exclusiva competência do juiz, a ser analisado caso a caso. Melhor seria essa técnica legislativa, pois consumaria a inteligência de que é impossível tabelar o valor da moral humana.

Portanto, pode ser que os operadores do direito sejam, mais uma vez, os arquitetos dessa nova estrutura jurídica, criando eles próprios, pela experiência jurisprudencial, sem tabelar, aquilo que a sociedade não teve o poder de resolver. Quanto vale a sua moral.

Vale lembrar aos leitores deste trabalho que os parâmetros que se pretende criar são sobre o instituto cujo conceito, que ousamos repetir, é de nossa lavra: ‘dano moral é o prejuízo que atinge valores subjetivos ou bens

materiais inerentes à personalidade'. Portanto, é salutar esse dilema porque ele é oriundo exclusivamente da subjetividade humana quanto ao valor da moral.

CONCLUSÃO

A elaboração do novo Código Civil agasalha o dano moral como bem da vida do cidadão passível de violação e, portanto, de reparação, dando suporte infraconstitucional a este instituto. Entretanto o novo Código Civil ainda não foi capaz de resolver o dilema do juiz. Deixando para a jurisprudência e a doutrina a tarefa de cobrir as lacunas existentes. Sem esse trabalho não seria possível a efetiva prestação da tutela jurisdicional para aquele sofre uma violação do seu patrimônio moral. No Direito Brasileiro, o valor da quantia a ser paga a título de reparação de danos morais, felizmente, ainda não está tarifado.

Até porque esse tabelamento é tarefa inviável, inclusive no dizer do doutrinador Wilson de Melo: “no dano moral não há uma perda material que possa ser dimensionada objetivamente em dinheiro, a não ser que a lei fixe certos valores para cada lesão específica como, por exemplo, tantos reais por lesão estética, tantos pela perda do pai, outro valor pela calúnia, e assim por diante”⁵⁴. Vale dizer que tal critério, a nosso ver bastante danoso, é utilizado em outras legislações, por exemplo: na Bélgica.

Acreditamos que a justiça das decisões, nas causas que versem sobre reparação de dano moral puro, ficaria vulnerável, caso houvesse um parâmetro rígido para a fixação do seu valor.

⁵⁴ SILVA, Wilson de Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

A previsão contida no art. 126 do CPC tem a sua utilidade reafirmada na fixação do *quantum* do dano moral puro. É inegável a urgente necessidade da valorização do texto contido naquele artigo do CPC, já que ele servirá muito mais de punição ao violador do que de reparação para o violado.

Enfim, a nossa sugestão é que o valor arbitrado parta do pressuposto do quanto pode o autor pagar ao réu e não do quanto valha a moral do violado, até porque é indubitável que a condenação por violação ao patrimônio moral não pode se transformar em uma forma de enriquecimento indevido. Assim, o tarifamento ético deve servir de parâmetro na punição do violador, de forma indireta e inibidora a condutas semelhantes. Nesse sentido ensina Eduardo Bittar: “A majoração serve para desestimular novos atentados a serem perpetrados no futuro”⁵⁵.

Entretanto, todo o cuidado na fixação do valor da indenização será pouco, pois, embora o parâmetro proposto seja o de se fixar esse valor com base no poder econômico do réu, é preciso não se perder de vista que a realidade econômica da vítima também conta. Se o réu for pobre e o valor fixado for muito elevado, ainda que o autor possa pagá-lo, não se estará fazendo justiça, pois esta reparação estará redundando em um enriquecimento sem causa. Assim, o valor axiológico do enriquecimento indevido deverá sempre nortear e balizar a

⁵⁵ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Ética Jurídica: curso de ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva 2002. p. 37.

fixação do valor do dano moral como elemento secundário ao pressuposto da punição ao autor.

A sociedade brasileira crê que todos aqueles que ingressarem na magistratura expressem a síntese do parâmetro mínimo para a convivência social nas suas decisões. E, com isso, evitem que o Estado formule uma tabela do quanto vale a moral de cada cidadão, confiando na experiência individual do julgador para fixar tal valor em cada caso concreto. O Prof. Calmon de Passos coroa esse entendimento com uma frase lapidar: “A reflexão centrada estritamente no jurídico é sempre estéril. O Direito marcha na direção em que a sociedade caminha e anda com ela e não à frente dela”⁵⁶.

Por outro lado, é imprescindível que o magistrado construa sua tranquilidade pessoal em fixar os valores correspondentes às indenizações resultantes de dano moral puro. No alicerce de sua própria cultura moral estará o único parâmetro para a fixação do *quantum*, não devendo configurar esse fato o dilema de valorar a moral humana.

Na verdade, é saudável o dilema do juiz ter que estabelecer o valor pecuniário para a moral humana resultante da ausência de parâmetros legais que tarifem este valor, pois é uma forma inequívoca de resgatar junto à sociedade o respeito, a seriedade, a competência e a autoridade que os cidadãos

⁵⁶ PASSOS, J. J. Calmon de Passos. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 102.

devem nutrir pelos magistrados, que, voltamos a repetir, passam por um momento de crise existencial.

Esse valor pecuniário, evidentemente, deverá ser entendido pelo jurisdicionalizado como a pena material passível de permitir ao ofensor se convencer de que sua ofensa é um ato ilícito punível, porém, jamais como o valor monetário que o juiz entenda valer a moral do cidadão em questão.

Assim, este dilema, antes de ser um problema negativo e traumático, é o resgate da credibilidade de quem tem a nobre responsabilidade de prestar a tutela jurisdicional em nome do Estado, com o desiderato de atingir a verdade e o justo, restabelecendo a paz social ferida por uma ofensa ao patrimônio moral de quem quer que seja.

O magistrado quando se defrontar com uma situação insólita, como por exemplo: ter que fixar o valor da condenação do dano moral em que no pólo ativo existir uma pessoa de poucos recursos econômicos e no pólo passivo uma parte com enorme poder aquisitivo, ele deve sempre ter em mente que nesta hipótese deverá prevalecer o princípio de que a condenação tem um caráter punitivo. Essa também é a opinião de José de Aguiar Dias que assim se manifesta sobre esse assunto: “A condição da impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima, e não em seu prejuízo”⁵⁷.

⁵⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2. p. 863.

Assim, se fixar a condenação num valor pequeno, em nome de que este valor não pode servir de enriquecimento, estará deixando de punir o autor do dano, pois para o ofensor um valor pequeno não o atingirá de forma a puni-lo. Mesmo que o valor possa ser exagerado para o contexto social da vítima o sentido punitivo é que deverá prevalecer.

Assim, quando da fixação do valor da reparação do dano moral, sem dúvida a capacidade econômica do réu deverá ser levada em consideração para não se fixar um valor alto demais, fazendo com que a exeqüibilidade da sentença seja inútil, Porém, no caso inverso, também não se deve fixar um valor pequeno, para que a condenação não se desmoralize. Portanto, diante do impasse entre fixar um valor demasiadamente alto e o temor do enriquecimento sem causa, jamais deverá deixar de prevalecer o sentido punitivo da fixação do *quantum*. Essa conduta da magistratura combaterá a opinião daqueles que defendem a necessidade de uma tabela legal para resolver esse impasse e a existência de uma jurisprudência vinculante. A valorização da jurisprudência deverá ser homenageada, desde que não surja como obrigação a ser seguida em conseqüência da tibieza dos magistrados em enfrentar tal desafio. Decididamente o magistrado não deve se arvorar em ser super-herói. O que ele tem sim é um compromisso social como integrante da sociedade em que interagi. Esse é o entendimento do professor Eduardo C.B. Bittar, que assim

ensina: “Não se deve exagerar em pedir do homem-juiz que seja mais do que homem”⁵⁸.

Concluindo, o valor da fixação do dano moral é decorrência, exclusiva, da moral teórica do prolator da sentença e não da moral prática da sociedade que, embora deva ser levada em consideração naquela fixação, não é fator decisivo para a mesma.

⁵⁸ BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de ética jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 511.

BIBLIOGRAFIA

1. Livros

ALMEIDA, Guilherme Assis de; CRISTMANN, Martha Ochsenhofer. *Ética e direito: Uma Perspectiva Integrada*. São Paulo: Atlas, 2002.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das obrigações*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1949.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *curso de direito civil: teoria geral das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Curso de ética jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BORDON, Daisy Justa Fernandes. *Dano moral oriundo de homicídio*. Dissertação para obtenção do grau de mestre. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade Estadual de São Paulo, 1982.

BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*. 2. ed.. [s. l.]: Orbir, 1967.

BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad Civil*. 3. ed. Madrid: Montecorvo, 1981.

BUSSADA, Wilson. *Responsabilidade civil interpretada pelos tribunais*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. [s. l.], Cultrix: 1996.

CASILO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. v. 4.

DAIBERT, Jefferson. *Dos contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 3.

- DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil*. São Paulo: Nelpa, 1976. v. 1.
- DURANT, Will. *Os Grandes pensadores*. São Paulo: Nacional, 1939.
- _____. *História da filosofia*. 7. ed. São Paulo: Nacional, 1948.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1977.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FRANÇA, Roberto Limongi. *Jurisprudência da responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- FROMM, Erich. *Conceito marxista do homem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- GARCEZ NETO, Martinho. *Prática de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- GARCIA, Hamílcar de. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1980.
- GARNES, Vercingetórix de Castro. *Repertório de jurisprudência do código civil*. São Paulo: Max Limon, 1952. v. 1.
- GASPERI, Luís de. *Tratado de Direito Civil. Teoría general de los hechos y actos jurídicos*. Buenos Aires: Topografia Argentina, 1964.
- LITRENTO, Oliveiros. *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LL. B., William B. Hale. *Law of damages*. Minnesota: West Publishing, 1896. p. 200-206.
- LYRA, Afrânio. *Responsabilidade Civil*. Bahia: Vellenich, 1977.
- MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O Dano Estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- MARITAIN, Jacques. *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Olympio, 1967.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Borsói, 1958. v. 22.
- _____. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. *Do Ressarcimento de danos pessoais e materiais*. Rio de Janeiro: Didática e Científica, 1981.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1983.

REIS, Clayton. Dano Moral. *Revista UNIMAR da Fundação Universidade Estadual de Maringá*, Maringá, n. 1.

REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RIPPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1937.

SÁ, Antonio Lopes de. *Ética*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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

SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr., 1975.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 2002.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

2. Artigos

AMARAL, Luiz Otavio de O. Dano Moral e a contemponeidade. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 140, ano 6, p. 50-53, nov. 2002.

EDITORIAL. Desserviço à nação. *Correio Braziliense*. Brasília, p. 2, 24 jun. 1999.

DINIZ, Maria Helena. Dano Moral. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 3, ano 1, p. 29-32, nov. 2002.

3. Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 109.470/PR*. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 15 dez. 1997. Dano Moral. Notícia de jornal. Equívoco. Valor da indenização. Lei nº 1.060/50, art. 11, § 1º. Sucumbência recíproca. Art. 460 do Código de Processo Civil. 1. O dano moral, como sabido, é o sofrimento humano, a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, alcançando os direitos da personalidade protegidos pela gala constitucional. Ao contrário de escusar o ilícito, a alegação de erro, equívoco, justifica a reparação pelo dano causado. Isso, como é curial, põe por terra a pretensão da empresa recorrente de ser "até compreensível pequenos deslizes no ato de informar". Ninguém tem direito a cometer deslizes com a honra alheia. 2. Está entregue ao prudente arbítrio do juiz a fixação do valor da indenização sendo a melhor técnica a da quantia certa. 3. Reconhecendo embora a divergência jurisprudencial, a melhor interpretação é a que tem por revogado o § 1º do art. 11 da Lei nº 1.060/50 diante da disciplina do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil. 4. Sendo certo o valor indicado na inicial, a fixação de valor inferior pelo juiz, repercute nos ônus da sucumbência. 5. Havendo pedido expresso de desagravo público, o provimento da apelação configura negativa de vigência do art. 460 do Código de Processo Civil. 6. Recurso especial principal conhecido e provido, em parte. 7. Recurso especial adesivo não conhecido. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 24 maio 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 330.012/SP*. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Ação de indenização. Pensionamento: redução. Dano moral: critério de fixação. Sucumbência parcial. Precedentes da Corte. 1. Na forma de precedente da Corte, nas famílias menos abastadas o filho, já no mercado de trabalho, contribui para o sustento dos pais. 2. É possível que seja o valor do dano moral fixado por arbitramento, sem considerar qualquer legislação específica, relevando o Magistrado as circunstâncias concretas dos autos. 3. A jurisprudência da Corte considera que imposta a sucumbência sobre o valor da condenação, reduzida em relação ao pedido original, está atendido o art. 21 do Código de Processo Civil. 4. Recurso especial não conhecido. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 24 maio 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 1999.01.068625-7*. Relator: Desembargador Arnaldo Camanho de Assis. Civil. Indenização por danos morais. Inclusão indevida nos cadastros dos serviços de proteção ao crédito. Critérios para a fixação do quantum

indenizatório. 1. Havendo a inclusão indevida do nome do consumidor no cadastro do serviço de proteção ao crédito, causando-lhe danos morais, a indenização é medida que se impõe. 2. Para fins de fixação do dano moral - tema sempre tormentoso, à míngua de critérios estritamente objetivos -, há de se levar em consideração, entre outras coisas, fatores tais como a extensão da lesão, a repercussão da mesma na família da vítima, em seu trabalho, em seu meio social, a capacidade financeira do lesante, o caráter educativo da sanção, devendo estar atento, ainda, para não transformar a dor em instrumento de captação de vantagem. 3. Apelo parcialmente provido. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 24 maio 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 1998.01.1.071004-7*. Relator: Desembargador Romão C. de Oliveira. Civil. Danos morais. Publicações indevidas e propositais - procedência. Critério para fixação do quantum indenizatório. Na fixação da verba destinada a fazer face a danos morais, o juiz não perderá de vista as condições econômicas, políticas e sociais, quer da vítima, quer do agressor, e manter-se-á vigilante, para que essa não se converta em fonte de enriquecimento. Atendidas essas diretrizes, confirma-se a sentença que acolheu, em parte, a pretensão autoral, em face de conduta antijurídica da parte ré, que fizera indevidas e propositais publicações, suficientes para desencadear sofrimento no espírito do homem médio. Recursos não-providos. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 24 maio 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 1999.01.1.032922-4*. Relator: Asdrúbal Nascimento Lima. Responsabilidade civil. Danos morais - inscrição indevida no spc. Quantum indenizatório exorbitante. I - a comprovação da indevida inscrição do nome do autor no cadastro de inadimplentes é suficiente para demonstrar os danos morais por ela suportados. II - a fixação da indenização por danos morais deve, sobretudo, ter por base critérios de razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado. Portanto, impõe-se a redução da verba indenizatória para melhor se adequar à realidade dos fatos. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 24 maio 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 1999.01.1.029533-4*. Relator: Sandra de Santis. Responsabilidade civil - acidente de trânsito - morte de menor - culpa - danos morais e materiais - adequação do valor aos limites do razoável. 1. Nas famílias humildes, o labor do

jovem começa mais cedo, exatamente em face da necessidade de auxílio aos pais e irmãos mais novos. É inequívoca a obrigação de reparar os danos causados pela morte prematura da vítima, provocada por culpa alheia. O dano patrimonial, na hipótese, é de ser presumido. Em relação ao dano moral, a presunção é absoluta. 2. O valor da indenização deve ser retificado quando sua fixação violar o equilíbrio que deve subsistir entre a capacidade econômica de quem vai pagar e o padrão sócio-econômico da vítima ou daquele a quem será prestada a assistência. 3. Dado provimento ao recurso. Unânime. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 24 maio 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Recurso Especial nº 109.470/PR*. Relator: Desembargador Asdrúbal Nascimento Lima. Diário da Justiça, Brasília, Seção 3, p. 84

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Pacific Mutual Life Insurance Co. V. Haslip. *499 U.S. 1 (1991)*. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=499&invol=1>>. Acesso em: 24 maio 2003.

4. Sites

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 7124/2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/78514.htm>>. Acesso em: 21 maio 2003.