

CIRO KUMODE

A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

**CURITIBA
2002**

TERMO DE APROVAÇÃO

CIRO KUMODE

A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



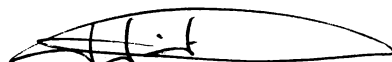
Prof. Elimar Szaniawski

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Antonio Alves do Prado Filho

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Eroulthnes Cortiano Junior

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 19 de novembro de 2002

CIRO KUMODE

A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador Professor **ELIMAR SZANIAWSKI**.

CURITIBA
2002

“Quem não castiga o mal ordena que ele se faça.”

LEONARDO DA VINCI

Ao Professor Elimar Szaniawski o meu sincero agradecimento pelos brilhantes ensinamentos e a amizade que tenho o privilégio de usufruir.

Dedico este trabalho à minha esposa, Marina, e aos meus filhos Fernando e Priscilla, pelo apoio, incentivo, apesar da limitação de tempo disponível ao nosso convívio.

Registro meu agradecimento a todos aqueles que, de alguma forma, colaboraram na realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho apresenta breves considerações acerca da responsabilidade civil, para em seguida definir o dano apresentando diversas classificações sobre o tema na doutrina. Demonstra como o dano é tratado pela nossa legislação fazendo um apanhado, primeiro histórico, depois atual, da questão de danos extrapatrimoniais ou morais, na jurisprudência brasileira. Disseca a questão da reparação do dano moral e de seu *quantum* indenizatório para, por fim, apresentar diversas propostas existentes na doutrina de quantificação do dano moral.

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO.....	1
II – RESPONSABILIDADE CIVIL.....	2
2.1. HISTÓRICO.....	2
2.2. DEFINIÇÃO DE RESPONSABILIDADE.....	4
2.3. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.....	5
2.4. TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.....	6
2.5. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	8
III – DANO	10
3.1. DEFINIÇÃO DE DANO	10
IV - CLASSIFICAÇÃO DO DANO.....	12
4.1. DO DANO CONTRATUAL	13
4.2. DO DANO EXTRA CONTRATUAL.....	14
4.2.1. Do Dano Patrimonial.....	14
4.2.2. Do Dano Não Patrimonial	15
4.2.3. Dos Danos Extrapatrimoniais ou Danos Morais	16
V – O DANO MORAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	19
VI – EVOLUÇÃO DO DANO MORAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	21
VII – ELEMENTOS DA REPARAÇÃO	30
7.1. NOÇÃO DE REPARAÇÃO.....	30
7.2. RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO.....	31
7.3. FATORES QUE INTERFEREM NA REPARAÇÃO	32
7.4. AS FUNÇÕES DA REPARAÇÃO	33
7.4.1. Da Função Compensatória.....	34
7.4.2. Da Função Punitiva.....	34
7.4.3. Da Função Social	36
VIII – QUANTUM INDENIZATÓRIO	37
8.1. EVOLUÇÃO DA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO	37
8.2. SISTEMAS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL.....	38
8.2.1. Sistema Aberto	38
8.2.2. Sistema Tarifário.....	39
8.3. A QUESTÃO DO ARBÍTRIO DO JUIZ EM FACE DOS SISTEMAS ABERTO E TARIFÁRIO....	39
8.4. IN DUBIO PRO CREDITORIS	43
IX – PROPOSTAS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL	44
9.1. PROPOSTA DE ROSICLÉIA GRUBER	44
9.1.2. Delitos Contra a Vida.....	45
9.1.3. Delitos Contra a Integridade Física.....	45
9.1.4. Crimes Contra a Liberdade de Locomoção	46
9.1.5. Demais Delitos.....	46
9.2. PROPOSTA DE JOÃO CASILLO.....	47
9.3. PROPOSTA DE MÁRCIO RIBEIRO – FATOR REPARATÓRIO MORAL - FRM	48

X – PROPOSTA DE CLAYTON REIS.....	51
10.1. DANOS MORAIS DECORRENTES DE AÇÃO FÍSICA.....	52
10.2. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATOS/FATOS.....	52
10.3. EQUAÇÃO PARA CÁLCULO DO DANO MORAL	53
XI – CONCLUSÃO	54
XII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

I – INTRODUÇÃO

Tem por objetivo este trabalho não só cumprir exigência à obtenção de grau de Bacharel em Direito, mas pretende também indicar um caminho para uma questão de grande tormento aos nossos juízes no momento da fixação do valor da indenização, o *quantum indenizatório*, nas ações que envolvem a ocorrência de dano moral.

Tormentoso aos magistrados tal questão que pela falta de paradigmas ou de métodos adequados, levam a sentenças contraditórias, ambíguas e, como regra, sem uniformidade, que com grande freqüência ao ser proferida não satisfaz nem a pretensão do ofendido, ao não significar algo representativo ao ofensor e, por vezes, extrapola o que seria razoável a este arcar como reparação ao ofendido. Não se prestando a sentença, nestes casos nem para trazer uma compensação a dor sofrida pelo ofendido, bem como não se presta a desestimular o contumaz agressor a prática de tais atos

Procurou-se fazer uma breve explanação sobre a origem, conceituação e classificação dos danos na doutrina, seguida da análise do dano moral no direito brasileiro e na jurisprudência. Após são analisados os elementos caracterizadores da reparação, bem como é detalhadamente estudado o *quantum indenizatório* para, após, serem apresentadas propostas para quantificação do dano moral.

II – RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. Histórico

A origem da responsabilidade civil é de difícil determinação, sendo que em todas as civilizações já se tinham notícias.

Leonardo A. COLOMBO, citado por Caio Mário da Silva PEREIRA, informa que nos monumentos legislativos que antecederam a civilização mediterrânea, existem vestígios de que a responsabilidade fora objeto de cogitações. O ordenamento mesopotâmico, no Código de Hamurábi, traz a idéia de punir o causador do dano, instituindo sofrimento igual ao causado; o Código de Manu e o direito Hebreu trazem a mesma noção de responsabilidade. A civilização helênica tratou a reparação do dano causado de forma objetiva, independentemente da afronta a uma norma. Entretanto, é o direito romano que oferece subsídios para a elaboração jurídica da responsabilidade civil. No início prevaleceu a idéia de delito, com algumas figuras de delitos civis básicas, *furtum, noxia et iniuria*.¹

Referente a este período histórico, Arnold WALD², traz que a responsabilidade civil e a penal, inicialmente eram confundidas, em razão da Lei das Doze Tábuas, e da lei de Talião. Neste período prevalecia a vingança privada, da máxima *olho por olho, dente por dente*.

Ante o surgimento de várias espécies de reparação, buscou-se uma solução. Na tentativa de atender a todas as situações, foram criadas figuras que se assemelhavam aos delitos, mas não eram delitos (os delitos civis). A responsabilidade civil foi separada da penal, sendo aplicada indenização na responsabilidade civil e pena na responsabilidade penal. O ilícito penal viola norma destinada a proteger a sociedade, o ilícito civil viola norma de interesse privado, por isso a diferenciação nas sanções.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 2

² WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Obrigações e Contratos, 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 466

Na época da República, surge a *Lex Aquilia*, que revolucionou a responsabilidade civil. Não postulou, a *Lex Aquilia*, um princípio sobre responsabilidade civil, sua importância deve-se ao fato de substituir as multas fixadas por uma pena proporcional ao dano causado.

Os doutrinadores divergem na questão da culpa, se esta surgiu com a Lei Aquilia, ou se lhe era estranha. Nos posicionamos de acordo com Caio Mário da Silva PEREIRA³, ao citar as *Institutas* de Gaio, onde consta claramente a expressão *impunitus est qui sine culpa et dolo malu casu quodum damnum committit*, pode-se concluir que o elemento subjetivo de culpa foi introduzido com esta expressão. Para configurar a existência da culpa eram necessários três elementos: o *damnum* que era a lesão na coisa; a *iniuria*, que era o ato contrário a direito; a *culpa*, quando o dano resultava de ato do ofensor, com dolo ou culpa.

Durante a Idade Média, com o Direito Canônico, que foi amplamente adotado durante a Idade Média, encontram-se casos de dano moral e de sua reparação. Reparação esta, que podia ser civil ou espiritual. Podemos citar alguns artigos que tratam do dano moral: artigo 2.534, trata dos atentados à integridade física e à dignidade humana; artigo 2.355 refere-se à calúnia e à injúria; o artigo 2.343 alude à injúria real sofrida pela Igreja ou contra as pessoas dela decorrentes.⁴

A Revolução Industrial trouxe profundas alterações na responsabilidade civil, especialmente na Inglaterra e nos países que formariam a Alemanha. Na Inglaterra, as principais colaborações vieram do *Lord Campbell's Act*, em 1846, referente aos acidentes nas estradas de ferro, e do *Workmen's Compensation Act*, em 1897, que tratava da indenização das vítimas em acidentes de trabalho. Na Alemanha, surgiram, a partir de 1838, várias leis regulamentando a responsabilidade civil, em especial sobre seguridade social e acidentes ocasionados por veículos motorizados ou atividades que envolvessem periculosidade⁵.

Sendo que na França, temos primeiramente a influência do Código de Napoleão, que buscou fundamentação para a implantação da responsabilidade civil no direito romano, baseada na culpa. Em um segundo momento, a partir de

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, ps. 5-7

⁴ ZENUN, Augusto. **Dano Moral e Sua Reparação**. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995, ps. 11 e 12.

⁵ CASILLO, João. **Dano à Pessoa e Sua Indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 17

1870, iniciou-se uma discussão acerca das lacunas deixada pela responsabilidade civil baseada na culpa, sendo desenvolvida uma teoria de responsabilidade civil fora do princípio subjetivo da culpa⁶.

Em decorrência do Direito Português, no Brasil verifica-se com as Ordenações do Reino, através da Lei da Boa Razão, de 18/08/1769, a influência do direito romano, e a expressa determinação de sua utilização nos casos de omissão da legislação pátria. Em 1830, o Código Criminal, no instituto da satisfação, traz a idéia de ressarcimento. Alguns autores, após esta época, discutiram sobre a ligação da responsabilidade civil com a penal⁷:

Teixeira de FREITAS era contrário à tese de que a responsabilidade civil estivesse ligada à responsabilidade penal.

Carlos de CARVALHO, na *Nova Consolidação*, considera a responsabilidade civil independente da penal, fundamentando a responsabilidade civil no conceito de culpa. Nosso Código Civil de 1916, surgiu influenciado por essas idéias e pelo Código Civil francês, sendo que em seu artigo 159 consagrou a teoria da culpa nos casos de responsabilidade civil.

2.2 Definição de Responsabilidade

A origem da palavra responsabilidade é latina, do verbo *respondere*, cuja raiz é *spondeo* que significa a obrigação que alguém tem de responder sobre as conseqüências jurídicas de seu ato.

Segundo MARTON, citado por Wladimir VALLER⁸, a responsabilidade é a situação de quem sofre as conseqüências desagradáveis de ter violado uma norma, conseqüências essas que podem ser previstas ou não, impostas pela autoridade competente.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 6

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada p. 7

⁸ MARTON. **Les fondements de la responsabilité civile**. N° 33, p.251, apud, VALLER, Wladimir, **Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: E.V. Editora, 1997, p. 16

SAVATIER, apud VALLER⁹, afirma que a responsabilidade é a obrigação que incumbe alguém de reparar o prejuízo causado a outrem, pela sua atuação, o ato em si, ou em virtude de danos provocados por pessoas ou coisas dependentes de si.

PONTES DE MIRANDA considera a responsabilidade civil como um processo de adaptação da sociedade, corporificando-se nas sanções¹⁰.

Por fim, temos a visão de Caio Mário da Silva PEREIRA¹¹, que vê na responsabilidade civil a idéia dualista de um sentimento social e humano, que sujeita o causador do dano a repará-lo. Depois conceitua a responsabilidade civil como sendo a efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. A reparação e o sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que é o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

2.3 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A responsabilidade contratual e a extracontratual, possuem basicamente os mesmos fundamentos, porém cada uma delas possui peculiaridades que lhes são exclusivas, como veremos a seguir.

A responsabilidade extracontratual é também chamada de responsabilidade aquiliana ou delitual, sendo decorrente da infração ao dever jurídico geral de não prejudicar a terceiros, sem que haja nenhum vínculo contratual entre ofensor e ofendido¹².

A responsabilidade extracontratual é aquela decorrente da violação de norma legal, podendo ser lesão a direito subjetivo ou a prática de um ato ilícito. Ou seja, é da essência da responsabilidade extracontratual a existência do dano.

⁹ SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Vol I, p. 1, apud, VALLER, Wladimir, obra citada, p. 16.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI, 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, ps. 19-57

¹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Obra citada, p. 11.

¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 7º volume, Responsabilidade Civil, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 337

Fundamenta-se, a responsabilidade aquiliana, em princípio, na culpa compreendida em sentido *lato sensu*. A vítima deverá comprovar, de maneira robusta, que o comportamento do agente ocasionou o dano. Entretanto, em alguns casos, admite-se a responsabilidade sem culpa, baseada na idéia de risco. Retornaremos a este assunto nos tópicos 2.4 e 2.5, quando tratarmos da teoria da responsabilidade subjetiva e da objetiva.

No tocante a responsabilidade contratual, verifica-se que é a originada pela vontade da pessoa que assume obrigação decorrente de contrato assinado. A pessoa livremente se vincula à determinada obrigação, ao assinar o contrato, que se não cumprida gera responsabilidade contratual, não havendo necessidade de comprovar o dano.

Segundo Arnoldo WALD¹³, o simples inadimplemento da obrigação presume a culpa, cabendo àquele que não cumpriu sua obrigação provar a ocorrência de algum fato que possa excluir a responsabilidade. Para este autor, é a responsabilidade contratual que vem implantando a teoria do risco, em nosso ordenamento jurídico, entendendo que é dever do empresário arcar com os riscos inerentes ao negócio, pois é ele quem vai obter as vantagens com a sua concretização.

2.4 Teoria da Responsabilidade Subjetiva

A teoria da responsabilidade subjetiva, também é denominada de teoria clássica ou teoria da culpa, está fundamentada na culpa em sentido lato, abrangendo o dolo. Pois aquele que viola a conduta imposta pela sociedade, age com culpa, assim como, aquele que não cumpre obrigação contratual, age igualmente com culpa.

A teoria da culpa está sustentada no Código de Napoleão, em seu artigo 1.382, onde o fundamento da reparação do dano causado é a culpa, o mesmo ocorrendo em nosso direito. A base do raciocínio é procurar o responsável, aquele cujo ato aparece como antecedente direto do dano.¹⁴

¹³ WALD, Arnoldo. Obra citada, p. 467

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, ps. 14.

Na responsabilidade subjetiva a culpa é compreendida em sentido lato, abrangendo o dolo e a culpa em sentido estrito (imperícia, imprudência ou negligência). A teoria da responsabilidade subjetiva tem como pressuposto da obrigação de indenizar, o comportamento culposo do agente. Na teoria da responsabilidade subjetiva o que se sobressai é a figura do ato ilícito e, na noção genérica da responsabilidade civil o que se sobressai é o dever de reparar o dano causado.

Analisando nosso ordenamento jurídico, encontramos no artigo 159 do Código Civil, o elemento subjetivo do ato ilícito que é a imputabilidade da conduta à consciência do agente. A imputabilidade do ato ao agente liga-se ao conceito mesmo de ato ilícito¹⁵, de onde se conclui que a responsabilidade subjetiva é a obrigação de reparar o dano causado por culpa do agente.

O Código Civil que entrará em vigor a partir de janeiro de 2003, também traz a idéia da responsabilidade civil ligada à culpa do agente, conforme o disposto em seu artigo 186.

Wladimir VALLER¹⁶ indica como pressupostos da responsabilidade subjetiva os seguintes:

- a) O ato ou a omissão violadora do direito de outrem: sendo que o ato ilícito é todo fato que, não fundado em direito, cause dano a alguém;
- b) O dano produzido pelo ato ou omissão: o dano deve ser certo, não precisando que seja atual, pode ser futuro;
- c) A relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano: esta é uma questão de fato, o autor/vítima não precisa provar que o dano não se produziria se o ato ilícito não tivesse ocorrido. Cabe ao réu/ofensor provar que o nexos causal não existe em razão da existência de fatos concomitantes que o descaracterizam;
- d) Culpa: a culpa deve ser compreendida em sentido lato.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, ps. 27-35

¹⁶ VALLER, Wladimir. Obra citada ps. 18-19

Arnoldo WALD ¹⁷ afirma que os pressupostos da responsabilidade subjetiva são: a) a culpa; b) o dano; c) o nexo causal entre o ato praticado e o prejuízo causado.

Verifica-se que os autores citados estabeleceram basicamente os mesmos pressupostos, modificando-se apenas a maneira de apresentá-los. Finalmente, pode-se concluir que em nosso ordenamento, de uma maneira geral, a noção fundamental da responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado por culpa do agente.

A teoria subjetiva, em princípio, foi a que se adotou em nossa legislação. Entretanto, ao analisar os dispositivos legais, verificamos que muitos destes admitem a reparação baseada na teoria objetiva, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90.

2.5 Teoria da Responsabilidade Objetiva

A responsabilidade subjetiva sofreu severas críticas, sendo a principal a dificuldade no tocante a prova, por exigir da vítima a prova do comportamento culposo do agente causador do dano. A teoria objetiva surgiu como alternativa à responsabilidade subjetiva, suprimindo as lacunas deixadas por esta. Sendo os franceses, Saleilles e Josserand, os idealizadores de tal teoria, que tem como únicos fundamentos a existência do dano e o nexo causal, bastando que tenha havido lesão ao direito de terceiro, sem que se deva apurar a existência de culpa ou dolo. A teoria objetiva também é chamada de teoria da responsabilidade sem culpa.

Segundo Caio Mário da Silva PEREIRA¹⁸, a doutrina objetiva preocupa-se em assegurar o ressarcimento quando comprovado que do evento ocorreu prejuízo, existindo aí uma relação de causalidade. Enquanto na teoria subjetiva, para configurar a responsabilidade civil, é necessária a existência dos elementos: culpa, dano e nexo de causalidade.

¹⁷ WALD, Arnold. Obra citada, ps. 467-469

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 269

A responsabilidade objetiva foi adotada para reger as relações entre o indivíduo e o grupo social, tendo como complementos naturais o seguro obrigatório e a limitação da indenização.

A teoria do risco, responsabilidade objetiva, foi concebida atentando-se para razões de ordem prática e de ordem social. A doutrina do risco sustenta que o autor do dano deve suportar o dever de reparação, independente da sua culpa.¹⁹

Torna-se imperioso ressaltar que a responsabilidade objetiva não se confunde com a presunção de culpa. Na responsabilidade objetiva, o dever de reparar aparece, ainda que não haja culpabilidade. Enquanto que, nos casos de culpa presumida, exige-se a existência de culpa ainda que artificial, pois o responsável que provar a ausência de culpa, não será obrigado a indenizar²⁰.

Conforme explicitado nos tópicos anteriores, o sistema legal brasileiro, fundamenta-se basicamente na teoria subjetiva. Contudo encontramos vários dispositivos legais enquadrados na teoria objetiva, podemos citar como exemplo a Lei de acidentes do trabalho (Decreto nº 24.637/34, Decreto-Lei nº 7.036/44, Lei nº 6.367/76); e o Código Brasileiro do Ar (Decreto nº 483/38; Decreto-Lei nº 32/66, com as alterações do Decreto-Lei nº 234/67), dentre outros dispositivos²¹.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, ps. 16-25

²⁰ ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários**. Campinas: Bookseller, 1997, p. 52

²¹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Volume I. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 83

III – DANO

3.1. Definição de Dano

A definição de dano no Direito Romano, encontramos em PAULO como sendo prejuízo causado com diminuição do patrimônio, em decorrência de ato de outra pessoa²².

Segundo De Plácido e SILVA que segue a orientação clássica, considera o dano como sendo palavra mal ou ofensa praticada a alguém que possa resultar em deterioração ou destruição de coisa dele ou prejuízo a seu patrimônio²³.

As definições de dano mais adequadas à atual sociedade brasileira, segundo nosso entendimento, são as apresentadas por João de Matos Antunes VARELA e Clayton REYS.

João de Matos Antunes VARELA, assim define dano:

“... o dano é a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certos fatos, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar. É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea.”²⁴

Segundo Clayton REIS “o dano é uma lesão ao nosso interesse legítimo. A preservação do nosso patrimônio seja ele de natureza material ou imaterial é um dever do Estado. Para isto, a norma assegura à vítima o direito à reparação ou compensação dos prejuízos verificados”.²⁵

Pode-se dizer que dano é todo prejuízo que alguém sofre, suscetível de apreciação pecuniária. O dano deve ser certo e não puramente eventual ou

²² *damnum et damnatio ab ademptione et quase deminutione patrimonii dicta sunt* – L 3 de *damno infecto*, D.39,2 – Alfredo Minozzi, Studio Sul p. 39

²³ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. p. 2

²⁴ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**, vol.I, p. 592.

²⁵ REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. p. 8.

hipotético para que seja possível determinar o seu montante. Chega-se à conclusão que dano é lesão, em decorrência de ato ou omissão de terceiro a quem se atribui culpa ou dolo e responsabilidade. O dano pode ser material, moral ou misto, conforme atinja bem material, moral ou ambos.

Pressuposto da responsabilidade civil, o dano, como entende a melhor doutrina, é qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos. A idéia de dano envolve, por si só, o conceito de reposição.

IV - CLASSIFICAÇÃO DO DANO

Apesar das diferentes classificações de dano, a sua essência será sempre a mesma, pois intrínseco ao dano existe a ofensa que precisa ser reparada. A classificação do dano diz mais respeito aos efeitos causados, do que à sua origem em si, uma vez que o dano é uno.

A classificação de dano apresentada por João CASILLO é concisa apresentando-se da seguinte forma: dano contratual e extracontratual; dano patrimonial e não patrimonial; dano emergente e lucro cessante; dano *ex delicto*.²⁶ O dano *ex delicto* é aquele que tem repercussão, tanto na órbita civil quanto na penal, pois caracteriza-se como um ilícito penal, podendo ainda ser contratual ou extracontratual. O dano extrapatrimonial é a ofensa a um direito que não traga repercussão no patrimônio da vítima. O dano não patrimonial, seria uma espécie do dano patrimonial, a ofensa atinge imediatamente o direito extrapatrimonial, mas as repercussões seriam patrimoniais.

Carlos Alberto BITTAR classifica os danos, num primeiro momento, em patrimoniais, pessoais e morais. Sendo os danos patrimoniais aqueles que atingem o patrimônio econômico da vítima; os danos pessoais são aqueles relativos a própria pessoa, lesões ao corpo ou ao psiquismo; os danos morais são os que caracterizam a pessoa como ente social.²⁷

O jurista revela ainda, entre outras, a divisão dos danos em **puros** e **reflexos** (conforme sejam sentidos direta e apenas na esfera mais íntima da personalidade do lesado ou na hipótese em que, atingida esta, vislumbrem-se, também, danos patrimoniais, caracterizando-se como repercussão de um mesmo fato gerador); e **subjetivos** ou **objetivos** (em face de sua projeção na esfera valorativa da vítima ou no seu relacionamento social).

Maria Helena DINIZ²⁸ classifica o dano em patrimoniais e morais, sendo os danos patrimoniais subdivididos em dano emergente, lucro cessante, dano

²⁶ CASILLO, João. Obra citada ps. 35-46.

²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

²⁸ DINIZ, Maria Helena, Obra citada, ps. 50-80

patrimonial direto e dano patrimonial indireto; e os danos morais se subdividem em dano moral direto e indireto. O dano patrimonial indireto, é o dano não patrimonial definido por João CASILLO, que significa a lesão a um interesse extrapatrimonial com reflexos ao patrimônio da vítima. Danos morais e extrapatrimoniais possuem o mesmo significado de lesão a interesses extrapatrimoniais da pessoa física ou jurídica, provocada por ato lesivo.

Clayton REIS afirma que os danos patrimoniais são aqueles que atingem os bens e objetos de natureza corpórea ou material. O dano não material abrange bens e valores que não admitem valoração precisa, posto que, insuscetíveis de serem aferidos por instrumentos físicos. Quando se trata de indenização de danos extrapatrimoniais é uma forma de compensação de prejuízos e não reparação pecuniária.²⁹

Na doutrina brasileira a expressão dano moral foi aceita e é amplamente utilizada. Entretanto, conforme o exposto o mais correto seria a expressão dano extrapatrimonial tendo em vista a sua maior abrangência.

Na questão da reparação do dano, é inequívoco que ocorrendo dano patrimonial e sendo possível a reposição do bem perdido, esta é a forma de reparação e, se não possível o retorno ao *status quo ante*, converte-se em indenização pecuniária. O dano extrapatrimonial por si só é insuscetível de reposição, merecendo um estudo mais aprofundado que será realizado a seguir.

4.1. Do Dano Contratual

O dano contratual decorre do inadimplemento da obrigação, ou da mora, decorrente do contrato realizado entre as partes.

Uma particularidade do dano contratual é a de que existe a possibilidade de que as partes fixem o *quantum* indenizatório quando do inadimplemento do estabelecido em contrato. Neste caso o dano é presumido, bastando para tanto a violação do contrato, restando apenas fixar o *quantum* indenizatório, desde que não tenha sido fixado pelas partes. A prova do dano torna-se dispensável em razão do que seria consequência direta da lesão.

²⁹ REIS, Clayton. Obra citada, ps. 3-16

Admite parte da doutrina pátria, inclusive havendo julgado neste sentido, a cumulação de dano contratual e extracontratual, nos casos de inadimplemento contratual por ato ilícito com ofensa a direito da vítima. Neste aspecto existe um único dano com dupla proteção, não se tratando de dupla indenização, que poderia configurar enriquecimento ilícito ao ofendido.

A cumulação dos danos contratuais e extracontratuais, torna-se de fácil compreensão, quando analisada sob o prisma do inadimplemento contratual com concomitante ofensa a direitos da pessoa.

4.2. Do Dano Extracontratual

O dano extracontratual é gênero compreendendo várias espécies de dano, sendo que seu fundamento legal está contido no art. 159 do atual Código Civil, sendo chamada de responsabilidade aquiliana. A responsabilidade civil será tratada no artigo 186 do Código Civil que entrará em vigor a partir de janeiro de 2003.

Nos casos de dano extracontratual, a vítima aqui deverá provar que, o comportamento do ofensor, que agiu com culpa, acarretou lesão a direito, devendo ainda, comprovar *quantum* a ser indenizado.

O dano extracontratual é uma fonte de obrigação para o ofensor, devendo ser verificada a extensão do seu efeito para a determinação de sua obrigação³⁰.

Voltamos a ressaltar que o dano é único, sendo sua essência sempre a mesma, ou seja, a de uma ofensa que precisa ser reparada.

4.2.1 Do Dano Patrimonial

Dano patrimonial para Maria Helena DINIZ³¹ é a lesão concreta que fere o patrimônio da vítima, podendo ser a perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo possível avaliação pecuniária com a conseqüente indenização.

³⁰ DIAS, José de Aguiar. Obra citada, p. 130

³¹ DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 89

O dano patrimonial mede-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse ocorrido a lesão. Desta forma, chegamos à subdivisão dos danos patrimoniais em lucro cessante e dano emergente.

3.2.1.1 Dos Danos Emergentes

O dano emergente é também chamado de positivo, porque é o prejuízo que efetivamente ocorreu. A avaliação do dano emergente é feita única e exclusivamente através de critérios objetivos, pois o dano emergente é aquele que emerge diante dos olhos. A indenização relativa a dano emergente visa a restauração do patrimônio da vítima ao estado em que se encontrava antes da lesão.

3.2.1.2 Dos Lucros Cessantes

Os lucros cessantes são também chamados de danos negativos, pois é aquilo que a pessoa deixa de ganhar em razão do ato ilícito. Para se calcular o lucro cessante, deve-se condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, não pode ser uma mera presunção de ganho, o critério deve ser objetivo e racional.

4.2.2. Do Dano Não Patrimonial

O dano não patrimonial é também chamado, por Maria Helena DINIZ³², de dano não material e, por outros, de dano patrimonial indireto. A lesão sofrida é sobre direito extrapatrimonial, entretanto com reflexos patrimoniais.

Novamente concordamos com Maria Helena DINIZ³³, quando afirma que o dano não patrimonial é aquele que produz reflexos prejudiciais à economia do ofendido. Neste aspecto cabe esclarecer que a economia do ofendido é o conjunto de situações jurídicas individuais, suscetíveis de apreciação econômica. Ou seja, a autora, equipara a economia do indivíduo com seu patrimônio.

Para caracterização do dano não patrimonial, deve haver necessariamente um prejuízo na economia do ofendido decorrente de ação ilícita

³² DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 58

³³ DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 58

por parte do ofensor a um direito extrapatrimonial da vítima, como por exemplo sua honra.

4.2.3. Dos Danos Extrapatrimoniais ou Danos Morais

Pode-se dizer que o dano extrapatrimonial atinge a consciência da pessoa, causando lesão. O que caracteriza o dano extrapatrimonial é a violação dos direitos da personalidade. Entende-se como personalidade o conjunto de caracteres próprios da pessoa, são os direitos comuns da existência dos seres humanos. Rubens Limongi FRANÇA³⁴, classifica os direitos da personalidade da seguinte forma: a) integridade física; b) integridade intelectual; c) integridade moral.

Diante do exposto em todo o estudo, verifica-se que a utilização da expressão “danos morais” para designar “danos extrapatrimoniais” é imprecisa, pois a definição de moral é bastante elástica. Entretanto, foi a expressão “danos morais” que ganhou maior aceitação por parte da doutrina e da jurisprudência.

A definição de dano moral apresentada por José de Aguiar DIAS é das mais interessantes, pois para ele, quando o dano não puder ser caracterizado como sendo dano patrimonial, é dano moral. A diferença de dano moral e patrimonial encontra-se no efeito da lesão, no caráter da sua repercussão sobre o lesado. É possível ocorrer dano patrimonial em decorrência de lesão a um bem não patrimonial, bem como dano moral em resultado de ofensa a bem material.³⁵

Para Rubens Limongi FRANÇA o dano moral é aquele que atinge, a pessoa física ou jurídica, no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos.³⁶

Parece-nos, entretanto, que as definições acima estão incompletas, carecendo de mais alguns complementos.

Os autores Luiz Antônio Rizzato NUNES e Mirela D'Ângelo CALDEIRA, conceituam dano moral como sendo aquele que lesiona a paz interior da

³⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Vol. 33, p. 181

³⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 8ª ed., Rio de Janeiro-RJ: Forense, 1987, v. II, título VII, itens 224 a 230, ps. 836-852

³⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. Obra citada, p. 181.

pessoa, atingindo seus sentimentos mais profundos, o ego, a honra, tudo aquilo que não tem valor econômico, mas causa dor e sofrimento.³⁷

Antonio Jeová SANTOS afirma que o dano moral é aquele que afeta sentimentos, vulnera afeições legítimas e rompe o equilíbrio espiritual, produzindo angústia, humilhação.³⁸

Para Carlos Alberto BITTAR, com quem concordamos, pois conceitua dano moral de forma ampla abrangendo todos os seus aspectos, os danos morais são as lesões que atingem certos aspectos da personalidade da pessoa, física ou jurídica, em razão de atos praticados por outros. São as lesões que atingem a moralidade, a afetividade da pessoa, constringendo-a, gerando sentimentos e sensações negativas.³⁹

Podemos citar da doutrina argentina o jurista Roberto H. BREBBIA⁴⁰, que propõe a utilização de critério objetivo para determinar o que sejam danos morais, buscando-se a natureza jurídica do direito subjetivo depreciado pelo ato ilícito, qualificado, por sua vez, pela qualidade patrimonial ou pessoal (extrapatrimonial) do bem tutelado. Para este autor só se admite a indenização quando houver uma violação dos direitos da personalidade, tenha ou não havido uma repercussão patrimonial e que para a comprovação da existência do dano, basta provar a transgressão da norma legal, pois isto é suficiente para pressupor a existência do dano.

O dano moral ocorre na esfera da subjetividade, ou no plano dos valores da pessoa dentro da sociedade, e decorrente de práticas contra à personalidade, traduzindo-se em sentimento de pesar íntimo da vítima, capaz de gerar alterações psíquicas ou prejuízo ao aspecto afetivo ou social do seu patrimônio moral.

³⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzato; CALDEIRA, Mirella D'Angelo. **O dano moral e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 1

³⁸ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 2ª. ed. São Paulo: Lejus, 1999. p. 77.

³⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Danos morais: critérios para a sua fixação**. Boletim IOB nº 15/93, repertório de jurisprudência.

⁴⁰ BREBBIA, Roberto H. **El Daño Moral**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1950, pág. 84, citado por GRUBER, Rosicléia. **O conceito de direito e de prejuízo no ato ilícito e a sua aplicação sistemática na desmistificação do dano moral e seu *quantum* indenizatório**. Paraná, UFPR, 1995, pág. 107

Assim, tem-se que os prejuízos experimentados pelas pessoas, físicas ou jurídicas, que não constituam dano material, ou de cunho eminentemente econômico, podem caracterizar o dano moral. Poder-se-ia, então, afirmar, de maneira ampla, que o dano moral é aquele que se manifesta na ofensa ao patrimônio (*lato sensu*) ideal da pessoa.

V – O DANO MORAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Encontram-se em nossa legislação pátria, vários artigos que tratam, direta ou indiretamente, do tema dano moral. Tratam do dano moral, os seguintes dispositivos legais:

- a. Artigo **5º**, incisos **V**, **X** da Constituição Federal de 1988: enumerou, entre os direitos e garantias fundamentais – considerada como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF/88) –, "o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" e declarou serem invioláveis "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".
- b. Artigos: **parágrafo único, 76; 159; 948; 1.518 a 1532; 1.537 a 1.553** – Todos do Código Civil Brasileiro em vigor. O artigo **76, parágrafo único**, trata da *legitimatio ad causam*, no caso de ação de indenização por dano moral, a legitimidade restringe-se ao autor e à sua família. O art. **159** estabelece a reparabilidade do dano causado a outrem, quando o ato violar direito, por culpa do agente. O art. **948** estabelece que nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelos arts. **1518 a 1532 e 1537 a 1553**.
- c. Artigos **138, 139 e 140** do Código Penal, especificam os crimes de calúnia, difamação e injúria e suas respectivas penas
- d. Artigos **18 a 25** do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) tratam da responsabilidade por vício do produto ou do serviço.
- e. A Lei de Imprensa, Lei nº **5.250**, de 09/02/67, reproduz o disposto nos artigos **138, 139 e 140** do Código Penal, a respeito dos crimes de calúnia, difamação e injúria.

A Constituição Federal de 1988 positivou a reparabilidade do dano moral no Brasil. Entretanto, ela apenas registrou o que a maioria dos juristas brasileiros, tais como Carlos Alberto BITTAR e Rui STOCCO, pensavam a respeito da indenização do dano moral⁴¹.

A inserção na Constituição brasileira de 1988, da reparabilidade por dano moral, veio sanar lacuna da nossa Lei maior e dar viabilidade ao entendimento do disposto sobre a matéria do velho Código Civil de 1916, bem como oportunizar sua aplicação na moderna legislação.

O novo Código Civil que entrará em vigor a partir de 2003, traz em seu artigo 186 a reparabilidade do dano moral de forma explícita, suprimindo omissão do código atual no art. 159. O artigo 186 considera **ato ilícito** o que causar dano moral, portanto suscetível de indenização. A redação do citado artigo é a seguinte: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”*

No entanto, o parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil Brasileiro, enuncia uma possibilidade de fixação de indenização, inusitada, pois toma-se em consideração a gravidade da culpa. Assim sendo, pode existir um dano que cause alta monta de prejuízo, mas com culpa levíssima de seu autor, que não responderá por todo o prejuízo.

Verifica-se que a possibilidade de indenização do dano moral no sistema normativo brasileiro serve para proteger os direitos de personalidade do ser humano, sendo o maior de todos o direito à vida em todos os seus sentidos.

Com o artigo 186 do novo Código Civil, o dano moral foi admitido como ilícito de forma expressa atendendo aos anseios da sociedade por justiça, levando-se em consideração os interesses da vítima. Ainda neste aspecto, vale a pena lembrar Afrânio LYRA quando afirma que o direito não é feito para anjos e sim para homens, onde não se pode exigir a resignação absoluta das ofensas morais. O direito não pode acolher valores de moralidade religiosa, para determinar, àqueles que sofrem danos morais, o dever de perdoar.⁴²

⁴¹ *Apud* REIS, Clayton. Obra citada, p. 194

⁴² *Apud* CHAVES, Antonio. **Responsabilidade civil – atualização em matéria de responsabilidade por danos morais**. Revista Jurídica n° 231 – JAN/97. p. 11.

VI – EVOLUÇÃO DO DANO MORAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A jurisprudência brasileira foi modificando a maneira de tratar o dano extrapatrimonial à medida que sua reparação era sedimentada na doutrina. O tema começou a ser discutido de forma mais consistente entre os juristas pátrios a partir da década de 40, do século XX.

Os tribunais brasileiros geralmente possuem uma grande reserva quanto a temas que não estão previstos em lei, preferindo adotar uma atitude mais cautelosa dentro da estrita legalidade. Contudo, os tribunais assimilam as mudanças, porém de forma lenta e gradual, com segurança jurídica e total convencimento.

A reparação do dano moral no direito brasileiro, sofreu resistência, não por falta de texto legislativo, mas pela idéia doutrinária da irreparabilidade do dano moral.

Antes da década de 50 não era admitida a hipótese de reparação dos danos extrapatrimoniais por parte do Judiciário, conforme se verifica nos julgados abaixo transcritos:

“De acordo com a tradição do nosso direito, de acordo com o texto expresso de lei, de acordo com a lição dos doutrinadores e torrencial jurisprudência dos tribunais, nos casos de homicídio a obrigação limita-se à prestação de alimentos, não sendo devido o ressarcimento da lesão, a título de danos morais. (Lacerda de Almeida, *Obrigações*, p. 328; Lafayette, *Direito das Coisas*, 3ª ed., p. 473; Carvalho de Mendonça, p. 538; acórdãos que se encontram na *Revista dos Tribunais*, 73/193, 74/375, 75/66 e 78/543; e *Revista Forense*, 94/477 e 101/79, estes últimos do Supremo Tribunal Federal)”. (julgado publicado na *Revista dos Tribunais*, 176/229, de 06/08/48).

“ . . . incabível é a indenização por dano moral, mesmo indireto.”
(Revista nº1.779. Tribunal do Distrito Federal, Rel.: Espínola Filho,
Ementário Forense, março de 1955, Ano VII, nº 76, pág. 66)

Mudança um pouco mais significativa foi percebida após o advento do Código Brasileiro de Telecomunicações no ano de 1962 (Lei nº4.117) e da Lei de Imprensa no ano de 1967 (Lei nº5.250), onde estão previstos alguns tipos de danos morais.

No período compreendido da promulgação das leis acima indicadas até a Constituição Federal de 1988, os tribunais de justiça discordavam sobre o instituto da indenização dos danos extrapatrimoniais. Enquanto alguns afirmavam a sua possibilidade, outros eram veementemente contra a reparação de tais danos, sendo entre os argumentos utilizados era o de que o assunto não estava previsto em lei e ante a dificuldade de mesurar os danos extrapatrimoniais.

Segue alguns julgados que retratavam o espírito dos julgadores até o advento da Constituição de 1988, especialmente do TFR.

“Lei de Imprensa – Indenização por danos morais (Lei nº 5.250/67, art. 49, i) – Absolvição do responsável na ação penal pelos crimes de calúnia, injúria e difamação – Circunstância que não impede seja devida a indenização – Sucumbência recíproca – O autor, parcialmente sucumbente, deve pagar, também, honorários de advogado – Recurso extraordinário conhecido e provido em parte”. (STF – RE nº 78789/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, 23/05/75; DJ 10/10/75 – RTJ 76-03/811)

“Constitucional e Civil - Indenização. Ressarcibilidade do dano moral. Artigo 107, da Constituição Federal e artigos 1056 e 1547, do Código Civil. Prevalência da tese do ressarcimento, embora ainda hesitante a jurisprudência. Provimento parcial da apelação.” (TFR – Apelação Cível nº 52518/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Lauro Leitão, 18/05/82, DJ 06/03/86)

“Responsabilidade civil do Estado. Segurança nas estradas. Tratando-se de via expressa, para a qual são estabelecidas condições especiais de conservação e segurança, e por cujo uso

e cobrado preço público, responsável e a autarquia por omissão do dever de vigilância. Ingresso de animais na pista de rolamento, a despeito dos cuidados do órgão responsável. Embora não se comprove negligência, tal não exclui a responsabilidade civil, em face do princípio do risco criado (CF, art. 107). Sentença confirmada.” (TFR – Apelação Cível n° 78325/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Gueiros Leite, 26/11/82, DJ 10/03/83)

“Agravo de instrumento, despacho saneador em ação civil. O arquivamento do inquérito policial militar não impede propositura de ação civil. Possível o julgamento da ação, como condenatória, embora se a tenha, erradamente, denominado como declaratória. Preliminares repelidas. Agravo a que se nega provimento. (TFR – Agravo de Instrumento n° 39914/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Pereira De Paiva, 21/06/83, DJ 04/10/84)

“Responsabilidade civil – Dano administrativo – Dependência econômica – Os pais da vítima de família pobre são presumidamente dependentes do filho solteiro premorto, pois todos contribuem para a economia doméstica. Doutrina do dano moral que o Supremo Tribunal Federal encampou, até mesmo para aqueles que em vida não dispunham de renda, mas se constituíam num potencial futuro de ajuda efetiva. Precedentes.” (TFR – Apelação Cível 85869/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Gueiros Leite, 29/06/84; DJ 25/10/84)

“Responsabilidade Civil. Servidor. Demissão. Danos morais. Descabimento. A dispensa do servidor e a instauração de processo criminal para apurar ilícitos que lhe são imputados não autorizam reparação por danos morais, ainda que tenha sido absolvido, por insuficiência de provas. Sentença confirmada.” (TFR – Apelação Cível n° 102404/BA, 2ª Turma, Rel. Min. William Patterson, 20/08/85, DJ 19/09/85)

“Previdência social. Suspensão de benefícios e posterior restabelecimento. Não se configurando o dano moral e tendo sido pago administrativamente o benefício atualizado, relativamente ao período em que foi suspenso, não cabe a indenização pedida. Não há correção monetária sem a dívida sobre a qual há que ser aplicada.” (TFR – Apelação Cível nº 99514/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Madeira, 03/09/85, DJ 26/09/85)

“Constitucional e Civil - Responsabilidade Civil Objetiva - DNER - Acidente Automobilístico - Danos emergentes e danos morais - 1) A relação de causalidade, na responsabilidade civil objetiva (constituição, art. 107) não se estabelece entre a culpa (ou o dolo) e o dano, mas entre o evento e o dano. A indagação pertinente à existência ou inexistência de culpa do funcionário só interessa a própria administração, para a propositura da ação regressiva (CF, art. 107, parágrafo único), precisando o autor da indenizatória provar que o causador do dano estava no exercício de função pública. No caso concreto, ademais, demonstrou-se que o veículo do DNER entrou na contra-mão, provocando a colisão, conforme perícia. 2) Precedentes do STF e do TFR. 3) Apelo desprovido.” (TFR – Apelação Cível nº 111407/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Washington Bolívar, 14/10/86, DJ 11/12/86)

“Responsabilidade civil. Execução de sentença. Indenização em dobro, quando resultar aleijão ou deformidade. Confirma-se a sentença que homologou o cálculo de liquidação nos termos da sentença condenatória, não incluindo o pagamento da indenização em dobro, e dá-se provimento ao recurso do réu para excluir as parcelas relativas as despesas com passagens aéreas e hospedagem. Nega-se provimento ao recurso dos autores.” (TFR – Apelação Cível nº 114894/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. José Candido, 12/05/87, DJ 03/09/87)

Analisando os julgados acima verificamos a evolução sobre o tema da indenização dos danos morais ocorrida nos tribunais pátrios. Entretanto, a resistência maior estava no tocante aos valores das indenizações.

A Constituição Federal de 1988, admitiu a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, em seu art. 5º, incisos V e X. Tal fato exerceu enorme influência em nossas Cortes de Justiça.

Foi inegável a importância do reconhecimento legislativo do instituto de defesa do patrimônio ideal das pessoas. Interessante, ressaltar o entendimento de Rui STOCCO que sintetizava o sentimento da maioria dos juristas ao afirmar que a indenização do dano moral ganhou foros de constitucionalidade, eliminando-se o materialismo de só se considerar como objeto de indenização o dano patrimonial.⁴³

Após a promulgação da Constituição Federal acabou a dissensão entre os tribunais a respeito da indenização dos danos morais, pois não prosperava mais o argumento de que não havia norma legal expressa sobre o assunto.

Atendendo ao disposto constitucional, e no intuito de dirimir divergências suscitadas, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 37, que permite a cumulação dos danos materiais com danos morais: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Atualmente, a discussão centraliza-se em torno da fixação do *quantum* indenizatório, motivo deste trabalho.

Transcrevemos algumas decisões atuais acerca da indenização dos danos extrapatrimoniais a título ilustrativo para melhor elucidar a matéria aqui estudada.

“Responsabilidade Civil - Atendimento Médico - Negligência e imperícia. As pessoas jurídicas respondem pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros (CF, art. 37, § 6º), sendo de natureza objetiva a responsabilidade, somente ilidível por prova exclusiva da parte contrária. Comete erro profissional, sob a modalidade de negligência e imperícia, o médico que, ao atender criança vítima de desastre por queda sobre uma cerca, faz sutura em sua face sem constatar a presença de estrepe

⁴³ STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial**. p. 456

encravado na carne e ainda deixa de ministrar vacina antitetânica, causando a morte do infante”.(TRF 1ª R. - AC 89.01.22648-0 - AM - 3ª T. - Rel. Juiz Vicente Leal - DJU 29.10.90) (RJ 159/148).

“Desnecessária a demonstração de que a perda de um membro inferior acarreta grave sofrimento, além de eventuais prejuízos econômicos. Essa consequência é da natureza das coisas, de ciência comum.” (STJ – Resp nº 1703/MG (1992/0000640-0), 3ª Turma, Rel. Min. Cláudio Santos – rel. p/ acórdão Min. Eduardo Ribeiro; 28/09/1992; mv).

“Responsabilidade Civil - Erro médico - Deformação de seios, decorrente de mamoplastia - Culpa presumida do cirurgião - Cabimento - Hipótese de cirurgia plástica estética e não reparadora. Obrigação de resultado. Negligência, imprudência e imperícia, ademais, caracterizadas.” (TJSP - AC 233.608-2 - 9ª C. - Rel. Des. Accioli Freire - J. 09. 06.94) (RJTJESP 157/105)

“Bagagem. Extravio - Transporte Rodoviário. - Responsabilidade do Transportador. - Indenização. Valor. - Extravio de Bagagem - Culpa do Transportador - Indenização. É devida a indenização dos danos sofridos pelo passageiro pelo extravio da bagagem pelo transportador. Aplicação do art. 15 do Código de Defesa do Consumidor. Valores fixados com razoabilidade pela sentença. Apelo improvido.” (TARS - APC 195.195.862 - 4ª CCiv. - Rel. Juiz Moacir Leopoldo Haeser - J. 25.04.1996)

“A nova Carta da República conferiu ao dano moral *status* constitucional ao assegurar, nos dispositivos sob referência, a sua indenização quando decorrente de agravo à honra e à imagem ou de violação à intimidade e à vida privada. A indenização por dano moral é admitida de maneira acumulada com o dano material, uma vez que tem pressupostos próprios, passando pelo arbítrio judicial tanto na sua aferição quanto na sua quantificação.” (STF –

RE nº 192593/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, 11/05/99 – DJ13/08/99, p. 017, vu).

“A evolução do pensamento jurídico, no qual convergiram jurisprudência e doutrina, veio a afirmar, inclusive nesta Corte, onde o entendimento tem sido unânime, que a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados estes como violadores da sua honra objetiva.” (STJ, Resp. nº 214381/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 24/08/99; DJ 29/11/99).

“O dano moral não reclama prova nos escalões da culpa ou do dolo, estes aspectos, quando muito, serão valorados na fixação da reprimenda indenizatória. A ofensa, nesses casos, vem do fato, independe de prova, salvo se verdadeira a acusação”. (TJDF – AC nº5311799/DF, 1ª Turma, Rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira, 19/06/2000; DJU 20/09/2000, p. 11).

“Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Indenização. Danos morais. Precedentes da Corte. 1. Enfrentadas e decididas as questões pertinentes ao julgamento, estando o *decisum* amplamente fundamentado ao reconhecer a responsabilidade do recorrente no evento e sua obrigação de indenizar o dano decorrente. Não há, portanto, negativa de prestação jurisdicional. 2. Comprovado que a agravante determinou indevidamente o lançamento do nome da agravada no cadastro de devedores, **exsurge a responsabilidade de indenizar pelos danos morais advindos, bastando a comprovação da ocorrência do fato ensejador do dano.** 3. Como cediço, pode esta Corte “examinar o valor fixado para os danos morais quando presente distorção, assim quantia exorbitante ou ínfima” (REsp nº 264.954/SE, 3ª Turma, de minha relatoria, DJ de 20/8/01)”, situação não verificada nestes autos. 4. Agravo regimental desprovido.” (STJ – Agravo Regimental nº 432008/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos

Alberto Menezes Direito, 21/05/2002, DJ 05/08/2002). (grifo nosso)

“Recurso Especial. Contrariedade a Dispositivo Constitucional. Exame. Inviabilidade. Indenização. Dano Moral. Conhecimento. Excepcionalidade. Honorários Advocatícios. Fazenda Pública. Art. 20, §3º, Do Cpc. I - Incabível a esta Corte o exame de matéria constitucional, uma vez que se trata de matéria a ser apreciada exclusivamente pelo Pretório Excelso. II – Somente em casos excepcionais, a fim de se coibir condenação por dano moral fixada em valor manifestamente exagerado ou irrisório, de modo a não atender ao espírito que norteou o legislador quanto a questão, é que admite-se o conhecimento do especial. III – Vencida a Fazenda Pública, a verba honorária pode ser fixada aquém do mínimo previsto no §3º do artigo 20, do CPC, a teor do que dispõe o parágrafo 4º do mesmo dispositivo processual. A necessidade da análise de matéria pertinente ao trabalho desenvolvido pelo advogado, para a fixação dos honorários, envolve a reapreciação da matéria probatória, o que é inadmissível na via recursal especial (Súmula 07/STJ). IV - Recurso parcialmente conhecido, porém improvido.”(STJ – RESP 409125/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, 23/04/2002, DJ 12/08/2002).

Diante das decisões acima transcritas, percebe-se a ampla aceitação da indenização dos danos morais, sem necessidade da comprovação da lesão decorrente do dano praticado.

Quando analisamos a jurisprudência apresentada, verificamos que a indenização referente aos danos morais é acatada de maneira unânime em nossos tribunais. A possibilidade de a pessoa jurídica vir a ser vítima de danos morais violadores de sua honra objetiva passou a ser admitida em nossos tribunais, conforme acórdão do STJ no Resp. nº 214381, oriundo da 4ª Turma do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Percebe-se, nos julgados transcritos, uma certa temeridade e excessivo zelo, por parte dos julgadores, ao fixar o *quantum* indenizatório, fixando-as sempre aquém do que seria realmente devido para compensar às vítimas os danos sofridos.

VII – ELEMENTOS DA REPARAÇÃO

7.1 Da noção de Reparação

A reparação do dano, dentro da ótica de que toda a lesão aos interesses de uma pessoa, advinda de ato ilícito, deve ser objeto de proteção, atende a uma exigência de ordem social decorrente da responsabilidade civil.

O restabelecimento, da ordem jurídica violada pela ação do agente, é feito pela ação do magistrado que equacionará o dano causado com a reparação a ser feita. Para tanto, faz-se necessário que o juiz utilize seu *arbitrum judicis* ao fixar a pena indenizatória.

Entretanto, conforme o apresentado nos capítulos anteriores, a reparação do dano moral nem sempre foi aceita pela doutrina. São numerosas as objeções à reparabilidade do dano moral, contudo, podemos resumi-las em dois argumentos substanciais ⁴⁴: a) a lesão do dano moral é de difícil avaliação, por este motivo, não pode ser, a reparação, equivalente à lesão sofrida; b) como não se pode avaliar o dano moral em espécie, a sua reparação implicaria em excessivo arbítrio do magistrado.

Evidentemente que não se pretende pagar a dor sofrida com a reparação, mas proporcionar alívio aos males sofridos pela vítima.

Para Clayton REIS o dano deve ser reparado, não importando para isso, a dificuldade na sua avaliação, ou incertezas de ordem legislativa. Nenhum desses argumentos são suficientes a ponto de justificar ausência de uma prestação jurisdicional efetiva.⁴⁵

A reparação sempre será considerada como uma forma de compensação, ou mesmo uma pena para conter a ação lesiva do agente causador.

A reparação dos danos morais exerce uma função diferente dos danos materiais, segundo Carlos Alberto BITTAR. Os danos materiais reportam-se à recomposição do patrimônio do ofendido, conforme o disposto no art. 1.059 do Código Civil. Já nos danos morais, a indenização procura oferecer compensação à

⁴⁴ VALLER, Wladimir. Obra citada, p. 43

⁴⁵ REIS, Clayton. Obra citada, p. 61

vítima atenuando seu sofrimento, e também sanção ao ofensor para que não volte a praticar atos lesivos a outras pessoas.⁴⁶

Segundo nosso entendimento, a verba indenizatória deve exercer uma satisfação à vítima e, punir o ofensor, dissuadindo-o da prática de novos atos ilícitos. A indenização tem como objetivo satisfazer a vítima pelo dano que sofreu, sendo que a idéia de sanção e equivalência são secundárias.

7.2. Da responsabilidade do Magistrado

O art. 126 do CPC e o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, informam que na ocorrência de lacuna na lei o juiz deverá utilizar-se da analogia, costumes e princípios gerais do direito. Na aplicação da lei o magistrado deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum a que a lei se dirige.

O magistrado aplica ao caso concreto às normas de direito, resolvendo o litígio, utilizando-se dos instrumentos que as normas legais lhe conferem. Deve-se entender que o juiz não pode ser escravo da lei, tem o direito de decidir por equidade, ou mesmo utilizando-se moderadamente de princípios de razoabilidade. Todavia, o magistrado não poderá ir contra o estabelecido em lei, utilizando-se da analogia, equidade e dos princípios de direito, nos casos de omissão da lei, conforme o estabelecido no art. 4ª da Lei de Introdução ao Código Civil atual.

No tocante aos danos extrapatrimoniais, ao decidir, o juiz deverá levar em conta critérios axiológicos. Clayton REIS nos traz que a solução do confronto de interesses das partes que está sob julgamento do magistrado, deverá ser equacionado dentro de parâmetros legais e axiológicos⁴⁷. O juiz deverá sempre se valer de princípios éticos ao proferir a sentença, compreendendo para tanto o verdadeiro sentido dos fatos e das pessoas.

O magistrado é o único legitimado a aferir, a partir de seu convencimento, a extensão da lesão e o valor cabível que a esta corresponda. E,

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais: a questão da fixação do valor.** caderno de doutrina, Tribuna da Magistratura, julho de 1996, p. 35

⁴⁷ REIS, Clayton. Obra citada, p. 71

conforme bem recomenda o Colendo Superior Tribunal de Justiça, “[...] deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade e equidade, atento à realidade e às peculiaridades de cada caso concreto [...]”⁴⁸.

A atuação do magistrado na fixação do quantum indenizatório é extremamente importante, devendo ser realizada de forma consciente e responsável.

A jurisprudência deverá ser o elemento balizador na quantificação dos danos morais.

7.3. Fatores que Interferem na Reparação

O arbitramento do valor da indenização, na questão de danos extrapatrimoniais, é muito difícil, tendo em vista que os fatores que interferem no arbitramento são exclusivamente subjetivos. A grande questão neste aspecto é como quantificar o dano extrapatrimonial.

Na reparação dos danos morais, torna-se impróprio a aplicação dos princípios que regem a reparação, pois não se pode aplicar o princípio da reparação integral, tendo em vista a falta de elementos para equacionar o valor agredido e o *quantum* insatisfatório.⁴⁹

Entretanto, alguns elementos devem ser considerados quando da reparação: a repercussão do ilícito no meio social, a intensidade da angústia sofrida pela vítima, e a situação patrimonial do ofensor e da vítima⁵⁰.

⁴⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Ementa: Civil e processual civil. Indenização. Dano moral e material. Matéria de prova. Dissídio não comprovado. Princípio da identidade física do juiz. Exceções do art. 132 do CPC. I - Se o acórdão recorrido, com base nas provas carreadas aos autos, reconheceu a culpa dos prepostos da empresa-ré para a ocorrência do evento danoso que vitimou o pai e marido das autoras, tal assertiva não pode ser revista em sede de Especial, por expressa vedação da Súmula 7/STJ. II - Na fixação do dano moral, deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade e equidade, atento à realidade e às peculiaridades de cada caso concreto. Dissídio jurisprudencial não demonstrado, quanto ao ponto, ante a semelhança das hipóteses em confronto. III - Transferido o juiz que concluiu a instrução do processo, desvincula-se do feito. Inteligência do art. 132 do CPC, em sua nova redação. IV - Recurso não conhecido. REsp 137.482. Relator: Waldemar Zweither. Data do julgamento: 18.8.1998. DJ de 14.9.98, p. 55.

⁴⁹ SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**, p. 185.

⁵⁰ REIS, Clayton. Obra citada, p. 74

Como já tratado anteriormente o papel do magistrado é de extrema relevância quanto à avaliação das circunstâncias que concorreram para o dano. Além do mais, a equivalência do ressarcimento ao dano ocasionado nunca será exata.

Ives Gandra MARTINS em artigo publicado na Folha de São Paulo, do dia 12/09/97, página 03, Caderno 1, intitulado “Poder Judiciário e Imprensa”, traz que o Judiciário deveria aplicar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade a determinar a indenização por danos morais, a fim de evitar a impunidade para os que praticam o ato lesivo e, igualmente desestimular o enriquecimento ilícito.

Neste aspecto convém lembrar a orientação firmada pelos Tribunais de Alçada do país no IX Encontro de Tribunais de Alçada do Brasil nos dias 29 e 30 de agosto de 1997:

“DANO MORAL: 1- O dano moral e o dano estético não se acumulam, porque ou o dano estético importa em dano material ou está compreendido no dano moral (unânime). 2 – A indenização por danos morais deve dar-se caráter exclusivamente compensatório (por maioria). 3 – na fixação do dano moral, deverá o juiz, atendendo-se ao nexo de causalidade inscrito no art. 1.060 do CCB, levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do ‘quantum’, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado (unânime).”

Mais uma vez confirma-se a efetiva participação do magistrado que deverá aliar sua sensibilidade à sua performance técnico-profissional para adequar a pretensão almejada pela vítima como o dano sofrido, dentro das regras do direito.

7.4. As Funções da Reparação

Neste aspecto a indenização desempenha três papéis: pena, satisfação e equivalência. Sendo que se pode afirmar que a norma legal quis impingir as seguintes funções à reparação: reparar o dano, punir e educar o ofensor.

7.4.1 Da Função Compensatória

No caso de danos imateriais, a indenização é uma forma de compensar a vítima pela lesão causada pelo ofensor. Grande parte dos doutrinadores pátrios vêm adotando a tese compensatória, tendo em vista a impossibilidade de reparação do dano extrapatrimonial. A tese de compensação visa dar conforto psicológico à vítima, atenuando sua dor. A jurisprudência é predominante ao vir decidindo que na reparação por danos morais, visa-se antes a compensação. No dano patrimonial a reposição em espécie ou dinheiro é no valor equivalente ao dano sofrido. A função compensatória oferece aprazimento à consciência de justiça e à personalidade do lesado.⁵¹

7.4.2 Da Função Punitiva

Em uma sociedade como a atual, onde o consumo é incentivado, a diminuição ou perda do patrimônio constitui grande sofrimento ao ofensor e, por isso, a fixação de uma verba indenizatória representa uma idéia de punição.

A idéia de pena como indenização tem sua origem desde o Código de Hamurabi. No direito romano, encontramos o sentido subjetivo da lesão sofrida pela vítima que leva à atribuição de uma pena ao ofensor. No direito pátrio, o entendimento de que a indenização do dano moral é pena, não é pacífica entre os doutrinadores.

Caio Mário da Silva PEREIRA⁵² admite a função punitiva da indenização, ao mesmo tempo em que afirma a existência de um sentido compensatório.

José de Aguiar DIAS⁵³ reconhece a existência da pena privada em nossa legislação em alguns dispositivos, como por exemplo, nos casos em que se impõe ao autor da ofensa a multa criminal, além da indenização. Entretanto, para

⁵¹ REIS, Clayton. Obra citada p. 18

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 60

⁵³ DIAS, José de Aguiar. Obra citada, p. 734

ele, a real intenção do legislador é reparar o dano do que punir o ofensor, por este motivo a natureza jurídica da indenização é compensatória.

Maria Helena DINIZ⁵⁴ e Carlos Alberto BITTAR⁵⁵, filiam-se à corrente doutrinária que atribui um caráter dúplice à indenização pelo dano extrapatrimonial. Afirmam que a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória.

O conceito de indenização adotado pela nossa legislação é o mais amplo possível no interesse do lesionado, conforme o artigo 948 do Código Civil, ou seja, a indenização prevista abrange a fixação de um valor punitivo.

Yussef Said CAHALI preconiza que a sanção do dano moral não significa a indenização simplesmente, pois a indenização significa a eliminação do prejuízo e das suas conseqüências. No dano extrapatrimonial a reparação ocorre com o pagamento de certa quantia em dinheiro que tem dupla função, agravar o patrimônio do ofensor e compensar em dinheiro o ofendido.⁵⁶

Esse caráter punitivo é bastante perceptível quando se analisa o Código Nacional de Trânsito, onde é visível o caráter punitivo da verba indenizatória.

À medida que a verba compensatória satisfaz integralmente a pretensão almejada pela vítima em face da lesão sofrida, penaliza integralmente o transgressor. Comprova-se o caráter duplo da indenização de ressarcimento-prevenção, pois amplia o sentido dado pelo legislador ao condenar o ofensor ao pagamento de uma soma em dinheiro, compensa a vítima pela dor sofrida e reprime a ação do ofensor.⁵⁷

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 79

⁵⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Obra citada, p. 220

⁵⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.42.

⁵⁷ REIS, Clayton. Obra citada p. 87

7.4.3 Da Função Social

O homem que causa dano a outrem não prejudica somente a este, mas à ordem social⁵⁸. Toda e qualquer ofensa aos padrões valorativos da pessoa refletem de forma imediata na sociedade. O equilíbrio social encontra-se presente na responsabilidade civil, em especial nos danos morais.

A função social da responsabilidade civil é adotada na Inglaterra onde é chamada de *theory of deterrence*, que é a idéia de dissuasão, ou seja, o processo de desmotivação do lesionador.

A condenação tem como um dos objetivos desenvolver no ofensor um processo de conscientização exercendo papel inibidor da prática de novos atos ilícitos, produzindo reflexos no contexto social.

A reparação dos danos morais cumpre uma relevante função no contexto social. A dissuasão que decorre da condenação do ofensor é inegável, pois o subordina à censura pública e penaliza-o em seu patrimônio.

⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XV, 2ª edição, Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 42.

VIII – QUANTUM INDENIZATÓRIO

Existe uma grande dificuldade em realizar uma compensação que corresponda ao dano extrapatrimonial sofrido. Entretanto, tal argumento não é suficiente a ponto de que se admita que o dano fique sem reparação.

A grande disparidade nos critérios de avaliação dos danos extrapatrimoniais torna urgente a necessidade de adoção de critérios na fixação do *quantum* indenizatório.

8.1. Evolução da fixação do *quantum* indenizatório

Analisando o dano moral no mundo, historicamente, Sérgio Pinheiro MARÇAL⁵⁹, afirma existir três estágios na fixação do *quantum* indenizatório:

- a) Como primeiro estágio, temos o fato da indenização ser uma imposição meramente formal, onde valoriza-se o aspecto moral da indenização. Os tribunais franceses, nos primórdios da adoção da tese de reparabilidade dos danos morais, adotavam a indenização equivalente a um franco, valor simbólico, onde era desprezado o conteúdo econômico da indenização;
- b) No segundo estágio, passou-se ao entendimento de que a indenização não poderia ser tão irrisória, inexpressiva economicamente, mas, de igual forma, deveria ser evitado que alcançasse cifra capaz de se traduzir em fonte de enriquecimento ilícito. Podemos enquadrar o Brasil, neste segundo estágio.
- c) O terceiro estágio, tal como afirma o autor citado, é o da exacerbação da condenação, onde é enaltecido o caráter punitivo da reparação, tal qual se observa nas *punitive damages* do direito norte-americano.

⁵⁹ MARÇAL, Sérgio Pinheiro. **Reparação de danos morais – teoria do valor do desestímulo.** Jornal Síntese nº 7 – SET/97, p. 10

8.2. Sistemas de quantificação do dano moral

Não é pacífico o entendimento doutrinário acerca do modo pelo qual o dano moral deva ser quantificado, ou liquidado, ou arbitrado. Discute-se doutrinariamente, qual o meio de se quantificar o dano moral utilizado no Brasil. No estudo apresentado por José Wellington Medeiros de ARAÚJO⁶⁰, é classificado em dois sistemas de quantificação do dano moral: 1) sistema aberto e; 2) sistema tarifário.

8.2.1. Sistema Aberto

No sistema aberto, é atribuída ao Juiz, a competência para estabelecer o valor indenizatório, de forma subjetiva e correspondente à possível satisfação da lesão experimentada pela parte. O magistrado utilizará seu raciocínio e bom senso ao estabelecer o *quantum* indenizatório, avaliando a extensão do dano e sua repercussão no meio social, bem como a situação econômica do ofensor e da vítima. Verifica-se que são critérios subjetivos a serem levados em consideração.

Os adeptos do sistema aberto, tais como Maria Helena DINIZ⁶¹, José de Aguiar DIAS⁶², Carlos MAXIMILIANO⁶³, Yussef Said CAHALI⁶⁴, acreditam que a quantificação do dano moral deva ficar a cargo do arbítrio do magistrado, justamente por ser da própria essência do dano moral, a subjetividade deste. Não existe a possibilidade de tarifar a dor, segundo esses autores, razão esta pela qual, a fixação do *quantum* indenizatório deva ficar sob a responsabilidade do magistrado, que utilizará critérios subjetivos para avaliar a extensão do dano e o valor de sua conseqüente reparação.

⁶⁰ ARAÚJO, José Wellington Medeiros de. **O Dano Moral e Sua Avaliação**. Distrito Federal, Universidade Católica de Brasília, 2001, p. 36

⁶¹ DINIZ, obra citada, p. 132

⁶² DIAS, José de Aguiar. Obra citada, ps. 765-787

⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 57

⁶⁴ CAHALI, Yussef Said. Obra citada, p. 173

8.2.2. Sistema Tarifário

O sistema tarifário admite que o valor da indenização se encontra predeterminado. Cabe ao Magistrado aplicá-lo ao caso concreto, atentando para os limites fixados em lei, considerando as peculiaridades de cada situação. Apesar da maioria dos magistrados utilizarem o sistema aberto, o sistema tarifário encontra amparo legal, sendo que os limites para indenização encontram-se estabelecidos em nosso ordenamento⁶⁵.

8.3. A Questão do arbítrio do Juiz em face dos sistemas aberto e tarifário

No Brasil, atualmente, ainda se discute doutrinariamente se o valor da indenização deve respeitar limites mínimo e máximo fixados legalmente (sistema tarifário), ou deve ser entregue ao arbítrio prudente do Magistrado (sistema aberto), a este cabendo estimar livremente o *quantum*, verificadas as particularidades do caso concreto.

Aqueles que adotam sistema aberto, tais como Maria Helena DINIZ⁶⁶, José de Aguiar DIAS⁶⁷, Carlos MAXIMILIANO⁶⁸, Yussef Said CAHALI⁶⁹, em que a fixação do *quantum* indenizatório deve ser entregue ao arbítrio do juiz fundamentam-se no fato de que a Constituição Federal de 1988 revogou os limites estabelecidos no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) e na Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), que estabelecem limites para a fixação do dano moral que oscilam entre 5 a 200 salários mínimo.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que a Constituição Federal não recepcionou a responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa, conforme trecho da ementa de teor seguinte: “[...] I – A responsabilidade

⁶⁵ Artigos 49 e 60 do Código Penal, e artigos 1550 e 1547 do Código Civil

⁶⁶ DINIZ, obra citada, p. 132

⁶⁷ DIAS, José de Aguiar. Obra citada, ps. 765-787

⁶⁸ MAXIMILIANO, Carlos. Obra citada, p. 57

⁶⁹ CAHALI, Yussef Said. Obra citada, p. 173

tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, restando revogada a norma limitadora (art. da Lei 5.250/67), pelo texto constitucional. [...]”.⁷⁰

Uma parte da doutrina se inclina na direção defendida por José de Aguiar DIAS⁷¹, que afirma ser a impossibilidade matemática exata de avaliação um benefício para a vítima, porque o fato de não ser possível estabelecer o equivalente exato do dano, o arbítrio é da essência do dano moral. Esse posicionamento doutrinário acredita que o *quantum* indenizatório, a título de dano moral, deve ficar ao livre arbítrio do Magistrado, único legitimado a aferir, a partir de seu convencimento e tirocínio, a extensão da lesão e o valor cabível que a esta corresponda. E, conforme bem recomenda o Colendo Superior Tribunal de Justiça, “[...] deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade e eqüidade, atento à realidade e às peculiaridades de cada caso concreto [...]”.⁷²

Vários juristas se posicionam neste sentido, Yussef Said CAHALI acredita que o fato do juiz estar investido da atividade judicante, já é motivo para presumir-se o seu bom senso, experiência e moderação que o habilitam a

⁷⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. Ementa: REsp nº 85.019/RJ. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Notícia jornalística. Dano moral. Revogação da indenização tarifada pela Constituição de 1988. Precedentes. Ajuizamento da ação civil contra a empresa jornalística. Lei 5.250/67, art. 29. Extinção do direito de resposta. Ausência de prejuízo. Nulidade não reconhecida. Recurso parcialmente acolhido. I - A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, restando revogada a norma limitadora (art. da Lei 5.250/67), pelo texto constitucional II - Em obséquio ao princípio da instrumentalidade das formas, que caracteriza o processo civil moderno, não deve declarar nulidade processual que a lei não haja expressamente cominado, quando a parte que a argui não demonstra a ocorrência de qualquer prejuízo processual, em concreto. REsp. 74.446/RJ. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do julgamento: 2.6.1998. DJ de 14.9.1998, p. 61.

⁷¹ DIAS, José de Aguiar. Obra citada, p. 785

⁷² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Ementa: Civil e processual civil. Indenização. Dano moral e material. Matéria de prova. Dissídio não comprovado. Princípio da identidade física do juiz. Exceções do art. 132 do CPC. I - Se o acórdão recorrido, com base nas provas carreadas aos autos, reconheceu a culpa dos prepostos da empresa-ré para a ocorrência do evento danoso que vitimou o pai e marido das autoras, tal assertiva não pode ser revista em sede de Especial, por expressa vedação da Súmula 7/STJ. II - Na fixação do dano moral, deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade e eqüidade, atento à realidade e às peculiaridades de cada caso concreto. Dissídio jurisprudencial não demonstrado, quanto ao ponto, ante a semelhança das hipóteses em confronto. III - Transferido o juiz que concluiu a instrução do processo, desvincula-se do feito. Inteligência do art. 132 do CPC, em sua nova redação. IV - Recurso não conhecido. REsp 137.482. Relator: Waldemar Zweither. Data do julgamento: 18.8.1998. DJ de 14.9.98, p. 55.

desvencilhar-se das dificuldades de identificar na dor a existência do dano moral para a procedência da ação e a fixação do *quantum* da condenação.⁷³

Para Carlos MAXIMILIANO, a função do juiz como intérprete e aplicador da lei é vasta, justamente pelo fato da lei regular os assuntos de maneira ampla, fixando princípios fecundos em conseqüências, não sendo possível estabelecer para cada situação concreta uma regra específica. Por este motivo, a lei formula princípios, devendo o magistrado generalizar a idéia e adequá-la aos fatos concretos.⁷⁴

Os partidários do sistema aberto, como por exemplo os autores citados acima, afirmam que a utilização de limites legais seria o mesmo que tarifar a dor. Afirmam veementemente: que não se pode utilizar uma tabela diante da aflição humana; que os interesses de cada pessoa são distintos, sendo diversos os efeitos dos danos causados; que a dosimetria representaria uma limitação a direitos “por baixo”.

O posicionamento daqueles que admitem o sistema aberto, não parece o mais acertado uma vez que, se o sofrimento moral não tem preço, é discriminatório o requisito que determina, na apuração do *quantum* indenizatório, levar-se em conta a posição social e política do ofendido. É um critério muito discutível e injusto.

Diante deste impasse, autores nacionais como João CASILLO⁷⁵, Clayton REIS⁷⁶, Araken de ASSIS⁷⁷, José Ignácio BOTELHO⁷⁸ e Humberto THEODORO JÚNIOR, vêm professando a necessidade da adoção de critérios matemáticos, mediante a utilização de tabelas que propiciará situações de igualdade na aferição do *quantum* indenizatório, o chamado sistema tarifário.

⁷³ CAHALI, Yussef Said. Obra citada, p.173.

⁷⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 57.

⁷⁵ CASILLO, João. Obra citada, ps. 95-110

⁷⁶ REIS, Clayton. Obra citada, ps. 121-164

⁷⁷ ASSIS, Araken de. **Indenização do Dano Moral**. Palestra proferida, em 11.4.1997, no Simpósio "Direito Civil: Responsabilidade Civil e Família", realizado em Canela - RS, pela Editora Síntese. RJ nº 236 - JUN/97, p. 5.

⁷⁸ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Dano moral na Lei de Imprensa**. RJ nº 251 – SET/98, p. 149

Entre os que defendem a imposição de limites legais, encontra-se Humberto THEODORO JÚNIOR que sugere a utilização, com base na analogia, o art. 49 e seguintes da Lei de Imprensa, sendo possível a utilização dos dados constantes no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº4.117/62).⁷⁹

Também incorpora a defesa da fixação dos limites legais, José Ignácio Botelho de MESQUITA, que afirma ser um falso problema a dificuldade em estabelecer a indenização por dano moral. Cabe ao legislador estabelecer os limites mínimo e máximo das penas a serem impostas, uma vez que este é o papel do legislador e, para isto, nunca teve dificuldades tendo em vista o Código Penal. Quando a lei estabelece os limites da pena, ao magistrado não existe dificuldade em aplicá-la da melhor maneira possível.⁸⁰

João CASILLO é de opinião que se deve buscar, através de vários métodos de cálculos e tabelas, não apenas uma maneira justa de calcular a indenização devida pelo causador do dano à pessoa, mas acima de tudo a obtenção de uma orientação uniforme para distribuição da justiça se faça dentro de um pressuposto fundamental: igualdade de critérios no tratamento de interesses diversos.⁸¹

Além do mais, os critérios para fixação dos limites da indenização encontram-se estabelecidos em nossa legislação nos artigos 49 e 60 do Código Penal e artigos 1.550 e 1.547 do Código Civil Brasileiro.

Clayton REIS estabelece um sistema de cálculos baseado no artigo 49 do Código Penal. Segundo o citado artigo, a multa máxima prevista para pena corresponde a 360 dias-multa, sendo o valor máximo do dia-multa correspondente a cinco salários mínimos, resultando em $360 \times 5 = 1.800$ salários mínimo. O artigo 60 § 1º informa que a multa poderá ser aumentada até o triplo se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada ao máximo. Diante deste fato temos que o triplo de 1.800 é 5.400 salários mínimo, que é a multa máxima a ser aplicada em âmbito penal.

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade civil – danos morais e patrimoniais – acidente no trabalho – ato de preposto**. ST nº 84 - JUN/96, p.7.

⁸⁰ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Obra citada, p. 149.

⁸¹ CASILLO, João. Obra citada, p. 105

Como no Código Penal já existe o valor máximo da pena fixado em 5.400 salários mínimo, e como artigo 1.547, parágrafo único do Código Civil prevê, no âmbito civil, o dobro da pena pecuniária criminal, chega-se ao limite de 10.800 salários mínimo.

Dessa forma, a medida adequada para a fixação do *quantum* indenizatório é o salário mínimo, sendo o limite máximo para sua fixação de 10.800 salários mínimo.

8.4. In dubio pro creditoris

Na fixação do valor da indenização o juiz deve procurar compatibilizar o *quantum debeat* à realidade de cada situação.

Assim como deve existir a preocupação de impedir que o pedido de indenização se transforme em fonte de enriquecimento ilícito, há o art. 948 do Código Civil, que determina que havendo dúvida na fixação da indenização deve prevalecer o valor mais favorável ao lesado.

Segundo entendimento de Clayton REIS, o pagamento da indenização é de natureza essencialmente compensatória, nos casos de dano moral, por tais motivos deverá ser a mais favorável possível ao lesado.⁸²

Na dúvida, a vítima deve ser favorecida, tendo em vista que quem assumiu os riscos foi o ofensor, quando praticou o ato ilícito, dolosa ou culposamente, originando o dano. Não se pode admitir que a vítima receba algum tipo de ônus decorrente do ato praticado pelo ofensor.

⁸² REIS, Clayton. Obra citada, p. 133

IX – PROPOSTAS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

A utilização de tabelas ou de quaisquer outros critérios objetivos para fixação da indenização não exclui a relevância do magistrado, uma vez que será ele quem irá mensurar todos os elementos da atividade danosa.

Neste capítulo serão apresentadas algumas propostas para quantificação do dano moral, através da fixação de limites máximo e mínimo para o *quantum* indenizatório.

9.1. Proposta de ROSICLÉIA GRUBER

Rosicléia GRUBER em sua monografia “O Conceito de Direito e de Prejuízo no Ato Ilícito e a Sua Aplicação Sistemática na Desmistificação do Dano Moral e seu *Quantum* Indenizatório” propõe a utilização do parâmetro disposto no Código de Defesa do Consumidor estabelecido no artigo 79:

“Art. 79 – O valor da fiança, nas infrações de que trata este Código, será fixado pelo juiz, ou pela autoridade que presidir o Inquérito, entre cem e duzentas mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou índice equivalente que venha substituí-lo.

Parágrafo único – Se assim recomendar a situação econômica ou indiciado o réu, a fiança poderá ser:

- a) reduzida até a metade de seu valor mínimo.
- b) Aumentada pelo juiz até vinte vezes.”

O valor do BTN, ao tempo de sua extinção em 15/02/91 era Cr\$126,86. O valor do salário mínimo era de Cr\$15.895,46. Estabelecendo-se um paralelo tem-se que o valor do salário mínimo equivalia a 125,299 BTN's. Transformando estas equivalências para o *quantum* fixado pelo legislador para a fiança temos os limites de 0,7981 a 1.596,10 salários mínimo (SM).

9.1.2. Delitos Contra a Vida

O limite da indenização é de 1.596,10 SM, podendo ser aumentado em até 20 vezes, de acordo com a situação financeira do ofensor, podendo chegar a 31.922 SM.

9.1.3. Delitos Contra a Integridade Física

Para adequar o *quantum* da indenização divide-se o limite máximo da indenização (1.596,10 SM) pelo número de meses existentes em 30 anos, ou seja, 360 meses.

$$1.596,10 \div 360 = 4,43 \text{ SM para cada mês da pena}$$

$$4,43 \times 12 = 53,196 \text{ SM para cada ano da pena}$$

O cálculo deve ser feito tomando-se por base a pena máxima prevista. De acordo com a incapacidade gerada, se permanente ou temporária, e o grau da incapacidade.

A. Incapacidade Permanente

a.1. Incapacidade Permanente Total: a indenização deve dobrar ao resultado apurado com base no tempo da pena fixada para o delito.

a.2. Incapacidade Permanente Parcial: toma-se o valor apurado com base no tempo da pena fixada e divide por 10, o resultado deve ser multiplicado por 2 se o grau da incapacidade for de 20%, por 3 se o grau da incapacidade for de 30%, e assim sucessivamente.

Exemplo: Lesão Corporal de Natureza Grave (art. 129, § 1º - pena máxima de 8 anos), incapacidade de 20%.

$$53,196 \times 8 = 425,568 \text{ SM}$$

$$425,568 \div 10 = 42,556 \rightarrow 42,556 \times 2 = 85,112 \text{ SM}$$

Para se chegar ao *quantum* da indenização, soma-se o primeiro resultado ao segundo:

$$425,568 + 85,112 = 510,680 \text{ SM (valor da indenização)}$$

B. Incapacidade Temporária

Além da indenização calculada conforme o tempo da pena máxima prevista para o crime, deve-se somar o tempo da incapacidade multiplicado pelo valor/mês (4,42 SM), dividindo-se por 10 e multiplicando-se o resultado pelo percentual da incapacidade.

Exemplo: Lesão Corporal de Natureza Grave (art. 129, § 1º, pena máxima de 8 anos) – Incapacidade Temporária de 20% durante 2 meses:

$$53,196 \times 8 = \mathbf{425,568}$$

$$4,43 \times 2 = 8,860 \quad \rightarrow \quad 8,860 \div 10 = 0,886 \quad \rightarrow \quad 0,886 \times 2 = \mathbf{1,772}$$

$$425,568 + 1,772 = \mathbf{427,340 \text{ SM}} \text{ (valor da indenização)}$$

9.1.4. Crimes Contra a Liberdade de Locomoção

São os crimes previstos na Seção I do Capítulo VI do Código Penal. Neste caso, além da indenização calculada conforme o tempo da pena prevista para o crime, deve-se somar o resultado da multiplicação do valor/mês (4,43 SM/mês) pelo tempo de privação de liberdade.

Exemplo: Vítima mantida em cárcere privado por 2 meses (art. 148 do CP, pena máxima de 3 anos)

$$53,196 \times 3 = \mathbf{159,588}$$

$$4,43 \times 2 = \mathbf{8,86}$$

$$159,588 + 8,86 = \mathbf{168,448} \text{ (valor da indenização)}$$

9.1.5. Demais Delitos

Em todos os demais delitos, tais como aqueles contra Integridade Psíquica do indivíduo, deve ser utilizado o mesmo critério dos casos referentes aos delitos contra a Integridade Física.

9.2. Proposta de JOÃO CASILLO

João CASILLO em seu livro “Dano à Pessoa e Sua Indenização”, já citado nesta monografia, propõe a adoção de critérios adotados na doutrina estrangeira.

Segundo este professor, é muito razoável que sejam aceitos os índices percentuais de avaliação, como por exemplo, percentual de incapacidade, grau de sofrimento em função da intensidade da dor, e outros que são comuns ao ser humano, por serem percentuais sempre de aplicação proporcional.

Quando se tratar de números absolutos, principalmente os monetários, há sempre que se impor uma adaptação, não apenas cambial mas dentro do contexto de cada padrão de vida, diferente em cada país.

A solução seria servir-se de um valor que tende a exprimir necessidades parecidas em todos os países, como por exemplo o salário mínimo ou seu equivalente. Tomando-se cuidado quanto à desvalorização da moeda no país do qual é trazido o caso concreto para comparação. Atualizado o valor verifica-se o percentual em relação ao salário mínimo do país estrangeiro à época do dano. Este percentual deverá ser multiplicado pelo salário mínimo à época do dano. Devendo ocorrer nova correção (com base salarial) até a época do efetivo pagamento da indenização.

Exemplo: Caso Hyde X Thameside Área Health Authority

Data da decisão: 30/10/79 Valor da Indenização: £ 200.000

Dano idêntico no Brasil em 30/11/81.

1. Atualizar o valor da moeda estrangeira para a data do dano:
2. Verificar à época do dano qual o salário mínimo médio ou seu correspondente na Inglaterra. Assim, a indenização indicava um certo número de salários mínimos.
3. Verificar a seguir, à época do dano, o salário mínimo na região onde ocorreu o evento danoso.
4. A indenização corresponde a um referencial representado por certo número de salários mínimos que deverá ser transformado para o Brasil.

5. A partir desta data, o valor já encontrado em moeda nacional deverá ser corrigido até a data do efetivo pagamento.

Evidentemente será difícil encontrar casos idênticos na jurisprudência estrangeira. O estudo do caso pelo magistrado, a comparação das circunstâncias de cada situação, levará à decisão mais justa.

9.3. Proposta de MÁRCIO RIBEIRO – Fator Reparatório Moral - FRM

Esta proposta foi apresentada por MÁRCIO RIBEIRO em sua monografia *Valoração do Dano Moral*, ele utiliza os critérios dispostos no Código Penal, artigos 49, 59 e 60 a respeito da teleologia da pena de multa.

O artigo 49 estabelece que a multa deverá ser calculada em dias-multa, sendo que o valor do dia-multa não pode ser inferior a um trigésimo do salário mínimo e nem superior a 5 vezes esse salário. O artigo 59 estabelece critérios para aplicação da pena e o artigo 60 dispõe que a pena de multa pode ser aumentada até o triplo em virtude da situação econômica do réu.

Desta forma, por analogia, na valoração do dano moral devem ser considerados os seguintes aspectos: • a situação econômica do causador do dano; • seu grau de dolo ou culpa; • se é reincidente em atos ilícitos similares; • sua conduta, frente ao lesado, após o ato ilícito; • as conseqüências do ato ilícito; • a situação econômica do lesado e sua conduta, à época do fato.

Nunca perder de vista que, neste caso de indenização, prevalecerá sempre o valor mais favorável ao lesado, a teor das previsões do art. 948 do Código Civil.

Após esta análise e por seu resultado, obtém-se, por analogia ao dia-multa penal, o FATOR REPARATÓRIO MORAL - FRM, unidade pecuniária calcada em critérios objetivos-subjetivos, pela qual se indenizará o dano moral.

São estes os limites da fixação do *quantum*: mínimo de 10 e máximo de 360 FRM. Sendo que dez dias é a pena mínima a ser cominada e 360 equivale ao número de meses em trinta anos, que é o equivalente a pena máxima permitida em nosso ordenamento jurídico. Com mais amplitude que o dia-multa penal - que é

calculado apenas em função do salário-mínimo, o FRM pode ser baseado em dois parâmetros:

- a) quando o ato ilícito causador do dano estiver diretamente ligado a valores (cheque sem fundo - seu valor; corte indevido de energia elétrica - o valor da conta; obra de arte destruída - seu valor estimado, etc.) deve-se considerar este valor de referência;
- b) quando o ato ilícito não possuir vinculação direta com valores (morte ou aleijão em acidente, erro médico, troca de bebês em maternidade, promessa de casamento, contaminação em transfusão de sangue, etc.) deve-se considerar o valor do salário-mínimo como referência.

O valor do FRM, seguindo na analogia, neste caso, não poderá ser inferior a um trigésimo do valor de referência em que se baseia, nem superior a cinco vezes esse valor. Aplicando estes princípios, chegaremos ao quantum devido pelo causador do dano moral. E este efeito patrimonial face ao causador do dano, indiscutivelmente, trará ao lesado, com mais vigor, a certeza de realização de justiça, o conforto psicológico de que o mal praticado foi realmente reparado.

O que se deve enfatizar, necessariamente, é o equilíbrio correlativo entre o valor da indenização e o patrimônio do causador do dano.

Exemplo: Um grande banco, por sua própria iniciativa, abre conta-corrente e posteriormente, por telefone, comunica ao cliente, o qual manifesta prontamente sua discordância com a operação que não solicitara. Sem que este sequer se dirija à agência do banco, um talão de cheques emitido é furtado e completamente utilizado na praça. A soma dos cheques falsificados importa em R\$ 5.000,00.

Estes fatos são causa direta e exclusiva de inclusão do cliente em cadastros negativos por todo o país, sua perda total de crédito, sua indevida e constrangedora investigação policial, seguida de desequilíbrio psicossomático, etc. O banco, ciente de sua responsabilidade, não desencadeia nenhuma atitude tendente a reparar os danos que diretamente causou ao lesado.

Da análise dos fatos, está inequivocamente caracterizada a culpa em elevado grau do banco e as graves conseqüências para o lesado. Ainda, o banco não providenciou nenhuma ação tendente a efetivamente reparar os danos,

embora possua sólida situação econômica, o que possibilita e exige uma reparação compatível com seu patrimônio, a qual terá como efeito secundário seu caráter educativo e preventivo à prática de atos similares.

Finalmente, o lesado não contribuiu em nada para a ocorrência do fato danoso, vez que não solicitou ou autorizou a abertura da conta e sequer compareceu à agência do banco.

O FRM pode ser fixado de 1/30 até 5 vezes o valor da soma dos cheques emitidos pelos delinqüentes. Diante dos fatos é adequada sua fixação em 2 vezes o valor dos cheques em questão, ou seja, $FRM = 2 \times R\$ 5.000,00 = R\$ 10.000,00$. O quantum da indenização pode ser fixado, por analogia, e por exclusiva e prudente avaliação do magistrado, de 10 FRM a 360 FRM.

Diante das condições econômicas do banco, responsável pela reparação do dano moral, e a necessidade de que a condenação da indenização, como efeito secundário da sentença, lhe cause o necessário efeito pedagógico em sua política de tratamento aos clientes, é imperioso que seja fixado o quantum indenizatório de no mínimo 250 FRM, ou seja, R\$ 2.500.000,00. Este valor, será capaz de propiciar ao lesado condições de superar o trauma moral sofrido, encontrando no conforto material motivos para esquecer as dores e angústias experimentadas e, irá refletir no patrimônio do banco, que certamente buscará meios de evitar reincidências do fato danoso ocorrido.

X – PROPOSTA DE CLAYTON REIS

A proposta apresentada por Clayton REIS em seu livro *Avaliação do Dano Moral*, utiliza parâmetros do Código Civil e Penal, dispostos nos artigos 49, 59 e 60 Código Penal e artigos 1.550 e 1.547 no Código Civil.

A proposta sugerida neste trabalho como sendo a mais completa e seguramente a que estabelece de forma mais justa os critérios para fixação do *quantum* indenizatório, é esta apresentada por Clayton REIS. Será apresentada de forma minuciosa onde poderá ser analisada adequadamente.

Além dos motivos já apresentados, acreditamos esta proposta ser a mais adequada para a fixação do *quantum* indenizatório por utilizar apenas os critérios estabelecidos em lei, sem usar outros tipos de critérios, na doutrina ou por analogia.

O artigo 49 do Código Penal dispõe que a multa máxima corresponderá a 360 dias-multa. E o valor máximo do dia-multa, segundo acentua o § 1º, daquele artigo, corresponde a cinco salários mínimo resultando, portanto, $360 \times 5 = 1.800$ salários mínimo. Todavia o art. 60 § 1º do CP salienta que a pena de multa pode ser aumentada até o triplo em virtude da situação econômica do réu. Desta forma, resulta que a multa máxima do CP para qualquer delito será de 5.400 salários mínimos.

O artigo 1.547 do Código Civil prevê que, no âmbito civil, a multa será o dobro da criminal, aonde facilmente chega-se ao limite de 10.800 salários mínimo. Partindo-se do limite máximo fixado de 10.800 SM, não haverá dificuldades no estabelecimento de padrões que sejam mais compatíveis com cada situação.

Os danos morais atingem os direitos da personalidade, que uma vez lesionados causam transtornos que repercutem na esfera material e imaterial da vítima.

A uniformização da pena pode ser alcançada através da adoção de parâmetros flexíveis para que o magistrado, através de limites fixados, adote o valor que seja mais compatível com a realidade em cada situação.

Os danos morais, para fixação de valores, podem ser classificados da seguinte forma:

- a) danos morais decorrentes da ação física: são lesões físicas que repercutem imediatamente em seu espírito. Exemplos: acidentes de trânsito; imperícias médico-odontológicas; agressões físicas através de instrumentos ou meios capazes de gerar ferimentos; acidentes de trabalho; etc.
- b) danos morais decorrentes da ação psíquica: são lesões à honra, à privacidade, à liberdade, direito à imagem, direito à consideração social, jazigo de família, abalo de crédito, extravio de bagagem, e outros.

10.1. Danos morais decorrentes de ação física

I. Lesão física transitória/leve (ferimentos): refere-se a danos leves, de pequena repercussão, não admitindo indenizações excessivas. Mínimo – 10 salários mínimos. Máximo – 100 salários mínimos

II. Lesão física permanente/grave (aleijão): normalmente relativa na perda de membro que acarreta deformidade definitiva e profundo abalo emocional à vítima. Mínimo – 100 salários mínimos. Máximo – 300 salários mínimos

III. Lesão física gravíssima (morte): trata-se da morte da vítima o que proporciona aos parentes da vítima direito à indenização, uma vez que a perda de um parente ocasiona grave abalo psíquico com repercussão por toda a vida dos herdeiros. Mínimo – 300 salários mínimos. Máximo – 10.800 salários mínimos

10.2. Danos morais decorrentes de atos/fatos

I. Lesão psíquica leve: é aquela de pequena monta que não chega a lesionar a intimidade da vítima. Mínimo – 5 salários mínimos. Máximo – 50 salários mínimos.

II. Lesão psíquica grave: a lesão causa um abalo significativo na intimidade das pessoas. A gravidade do dano, em alguns casos, deve ser atribuída à

repercussão do fato no meio social. Mínimo – 50 salários mínimos. Máximo – 500 salários mínimos

IV. Lesão psíquica gravíssima: é aquela em que a culpa grave do ofensor é equivalente ao dolo atingindo de maneira profunda a personalidade da vítima. Mínimo – 500 salários mínimos. Máximo – 3.600 salários mínimos.

10.3. Equação para Cálculo do Dano Moral

Com os critérios objetivos apontados pode ser construída uma equação para a efetivação do cálculo na fixação do *quantum* indenizatório:

$$VI = \frac{SE(v) + (MD)^2 - QE(r)}{SE(r)}$$

Elementos da equação: VI – Valor da Indenização SE(v) – Situação Econômica da Vítima
MD – Magnitude do Dano SE(r) – Situação Econômica do Réu
QE – Quociente de Entendimento

TABELA DE VALORES

Situação Econômica do Réu SE (r)	Situação Econômica da Vítima SE (v)
Péssima: 90 – 100	Péssima: 800 – 1.000
Ruim: 70 – 80	Ruim: 1001 – 1.200
Razoável: 50 – 60	Razoável: 1.201 – 1.400
Boa: 30 – 40	Ótima: 1.401 – 1600
Excelente: 1 – 20	Excelente: 1.601 – 1.800
Magnitude do Dano MD	Quociente de Entendimento do Lesionador QE
Levíssimo: 0 – 25	Inferior: 700 – 1.000
Leve: 26 – 50	Médio: 500 – 700
Grave: 51 – 75	Elevado: 300 – 100
Gravíssimo: 76 – 100	Superior: 100 – 0

A magnitude do dano é a intensidade da lesão sofrida pela vítima, que o magistrado deverá ponderar e avaliar. O quociente de entendimento do lesionador mede seu grau de compreensão do ato lesivo, sendo proporcional ao seu nível social, educacional, religioso. É o exato e preciso entendimento que todos devem possuir, do seu dever moral perante seu semelhante.

XI – CONCLUSÃO

Atualmente não há o que se questionar no tocante à indenização dos danos morais. A Constituição Federal de 1988 colocou um ponto final nesta discussão.

Havendo dano, a vítima merece indenização, sendo esta a mais ampla possível, devendo compensar os danos sofridos, punir o ofensor e, ter ainda, um caráter pedagógico desestimulando a prática de atos ilícitos.

Existe divergência doutrinária quanto à nomenclatura danos morais, sendo que para alguns o mais correto seria a denominação danos extrapatrimoniais e, para outros, danos imateriais. Entretanto, a grande maioria dos doutrinadores e a jurisprudência adotaram a denominação danos morais, sem grandes discussões a respeito.

A grande questão doutrinária a respeito de danos morais está centrada em seu *quantum* indenizatório. Estando a discussão polarizada em duas opiniões:

1. a quantificação dos danos morais deve ficar ao livre arbítrio do juiz, que se utilizará de critérios subjetivos para sua fixação, sem ficar adstrito a limites legais.
2. a quantificação deve obedecer a critérios objetivos com limites pré-fixados em lei, cabendo ao magistrado o arbítrio de majorar os percentuais já estabelecidos de acordo com o caso concreto.

Foram apresentadas neste trabalho algumas propostas que buscam soluções para o problema da quantificação do dano moral. Cada uma das propostas utiliza-se de critérios já estabelecidos na legislação pátria, exceto a de João CASILLO, que propõe a utilização da doutrina estrangeira como parâmetro para fixação da indenização dos danos morais.

A proposta mais consistente e coerente é a apresentada por Clayton REIS, baseada nos limites fixados no Código Penal e no Código Civil Brasileiro. Nesta proposta todos os elementos caracterizadores do dano são considerados, cabendo ao magistrado avaliar a extensão de cada elemento e sua repercussão.

Concluindo, torna-se urgente e necessária a adoção de critérios na aplicação das indenizações nos danos morais a fim de uniformizar as jurisprudências a respeito deste tema, pois caso se deixe ao arbítrio dos magistrados poderão ocorrer discrepâncias onde quem teve seu crédito abalado por uma informação falsa receberá muito mais do que quem teve a perda de um membro de seu corpo incapacitando-o para o trabalho. Tais discrepâncias têm acontecido em razão da falta de utilização de critérios objetivos que balizariam as decisões dos magistrados sem lhes tolher a capacidade de decidir.

XII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Publicada na RJ nº 231 - JAN/97.
2. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Vol. II.
3. AMARAL, Sylvania Maria Mendonça do. **Prisão Ilegal: a responsabilidade civil do Estado e o decorrente dever de indenizar pelos danos morais. Quantificação dos valores indenizatórios**. In: Jus Navigandi, nº 51 (internet) <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2273> (capturado em 25/10/01).
4. ARAÚJO, José Wellington Medeiros de. **O Dano Moral e Sua Avaliação**. Distrito Federal, Universidade Católica de Brasília, 2001.
5. BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Vol. 1. Ed. Histórica, 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
6. BITTAR, Carlos Alberto. **Danos morais: critérios para a sua fixação**. Boletim IOB nº 15/93.
7. _____. **Reparação civil por danos morais**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
8. BREBBIA, Roberto. **El daño moral**. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires: 1950.
9. CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
10. CASILLO, João. **Dano à Pessoa e sua Indenização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
11. CARNEIRO, Maria Francisca. **Avaliação do Dano Moral e Discurso Jurídico**. Tese, UFPR, 1998.
12. CHAVES, Antonio. **Responsabilidade civil – atualização em matéria de responsabilidade por danos morais**. Revista Jurídica nº 231 – JAN/97.
13. DEDA, Artur Oscar Oliveira. **Dano Moral - Reparação**, in Enciclopédia Saraiva de Direito, Vol. 22.
14. DIAS, Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. Vol. I e II.
15. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.
16. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

17. FRANÇA, Rubens Limongi. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Vol. 33.
18. GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
19. GONZAGA, Vair. **Da Indenização**. São Paulo, De Direito, 1997.
20. GRUBER, Rosicléia. **O Conceito de direito e de prejuízo no ato ilícito e a sua aplicação sistemática na desmistificação do dano moral e seu *quantum indenizatório***. Paraná, UFPR, 1995.
21. MARÇAL, Sérgio Pinheiro. **Reparação de Danos Morais – Teoria do Valor do Desestímulo**. Jornal Síntese n° 7 – Set/97.
22. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
23. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Dano moral na Lei de Imprensa**. RJ n° 251 – SET/98.
24. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XV e XXVI, 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.
25. NUNES, Luiz Antônio Rizzato; CALDEIRA, Mirella D'Angelo. **O dano moral e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1999.
26. OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano Moral Proteção Jurídica da Consciência**. 2ª edição. São Paulo: Editora de Direito, 2001.
27. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
28. REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. São Paulo: Forense, 1999.
29. RIBEIRO, Márcio. **Valoração do Dano Moral**. Goiânia: Revista da OAB/Goiás Ano XII n° 36 (capturado na internet em 05/08/02) Site da OAB de Goiás <http://oab-go.com.br/revista/36/juridico5.htm>
30. RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1977.
31. SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 2ª. ed. São Paulo: Lejus, 1999.
32. SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade civil: teoria e prática das ações**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
33. STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
34. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
35. VALLER, Wladimir. **A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: E. V. Editora, 1997.

36. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade civil – danos morais e patrimoniais – acidente no trabalho – ato de preposto.** ST nº 84 - JUN/96.
37. WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Obrigações e Contratos.** 11ª edição. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1994