

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC/SP

IEDA UEMA FONTES

A fixação do *quantum debeat* na reparação do dano moral e a indenização tarifada

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

IEDA UEMA FONTES

**A FIXAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR* NA REPARAÇÃO DO
DANO MORAL E A INDENIZAÇÃO TARIFADA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Civil, na área de concentração do Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Pugliesi.

SÃO PAULO

2009

Banca Examinadora:

Dedico este trabalho ao meu pai e à minha mãe, razão da minha existência. A Edu Pupo. E às minhas primas irmãs Keili e Lie.

AGRADECIMENTOS

A Iedo Leite Fontes e Helena Uema, meus amados pais, por me terem dado uma formação moral, que tem como princípio maior o respeito ao ser humano. A eles, mais uma vez, dedico inteiramente este trabalho.

Ao Dr. José Carlos Vilibor, com profundo sentimento de gratidão, agradeço a confiança.

Ao meu núcleo familiar mais próximo; agradeço à minha tia Kei Uema e pela acolhida nesta cidade e às minhas primas-irmãs Lie Uema do Carmo, Keili Vilibor pela revisão deste trabalho.

Ao meu Eduardo Ferreira Pupo, por ter sido tão companheiro e tão paciente nesse momento tão importante da minha vida.

A Francisco César Gonçalves, pela solidariedade e acolhimento, minha eterna gratidão. A Gustavo Moura, pela excelente convivência. Aos amigos Thiago e Renata, pelo carinho e imenso apoio.

Ao professor Márcio Pugliesi, pela dedicação e, principalmente, pelo seu exemplo.

Ao professor Geílson Salomão, pelo incentivo. A Alberto Morelli pela amizade e pelo apoio incondicional. A Ruy, Rafael e Rosana, pelo excelente trabalho desenvolvido na secretaria do programa do mestrado em Direito. À Raquel e ao Dalmo, por tudo.

À Rosinha, pela torcida; à Maria Elizabeth, pela alegria que me proporcionou durante essa longa jornada, ao meu querido Lucas de Araújo, pelo carinho e pelo apoio; ao meu amado Tudo, que tanto me protegeu durante as horas de estudo; à Rita de Cássia (Cassinha) *in memoriam*, uma das pessoas mais sábias que conheci, minhas saudades eternas; à pequena Julieta por ter me contagiado como o seu incessante entusiasmo pela vida, e, por fim, ao Freud, por ter sentado à mesa comigo no último dia de revisão deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho trata da problemática da fixação do *quantum debeat* em ações de indenização por danos morais. Buscou-se analisar como são estabelecidos esses valores no ordenamento jurídico brasileiro, quais as controvérsias em relação à fixação desses valores e quais as potenciais implicações, caso o Projeto de Lei nº 7.124/02 – que propõe uma tarifação legal para as reparações por danos morais, em particular por morte – seja aprovado e comece a vigorar. Assim, para que fosse possível uma análise mais aprofundada dessa temática, realizou-se uma vasta pesquisa na literatura e na jurisprudência nacional, a fim de se analisar conceitos sobre o dano moral e, mais especificamente, sobre os parâmetros para a fixação do *quantum debeat*. Procedeu-se também a uma vasta pesquisa na literatura e na jurisprudência estrangeira, para averiguar como a questão da fixação do *quantum* se apresenta em determinados ordenamentos jurídicos estrangeiros. Verificou-se, no Brasil, a falta de uniformidade em decisões prolatadas em ações de indenização por danos morais, com tratamentos marcadamente desiguais para casos análogos. Concluiu-se, conseqüentemente, que, caso a tarifação proposta no Projeto de Lei nº 7.124/02 seja tornada lei, seus impactos constituirão uma afronta ao princípio da reparação integral e não alcançarão a eliminação de decisões incongruentes em face de danos semelhantes. Este tabelamento, se aprovado, ao mesmo tempo em que servirá de parâmetro para as decisões judiciais, constituirá um óbice à realização plena do princípio da *restitutio in integrum*.

Palavras-chaves: dano moral, *quantum debeat*, tarifação, Projeto de Lei

ABSTRACT

The present work tackles the issue of determining the *quantum debeatur* in moral hazard indemnification lawsuits. It aims at examining how such amounts are fixed pursuant to the Brazilian legal system, what are the controversies in respect of the settling of such amounts and the possible implications in case the Bill of Law 7.124/02 – which defines a table of indemnification amounts for moral hazard, specially as regards death – is approved. Therefore, in order to examine this issue vertically, a thorough research has been implemented in the Brazilian legal doctrine and jurisprudence, to assess how the concept of moral damage is constructed and more specifically the parameters to define the *quantum debeatur*. In addition, the legal doctrine and jurisprudence of foreign legislations have also been examined, to investigate how the determination of the *quantum* is made abroad. In Brazil, there is a lack of consistency in judicial decisions regarding moral damages indemnification lawsuits, with verdicts clearly unequal for similar situations. The conclusion is that, if the table of indemnification amounts contained in Bill of Law 7.124/02 is enacted, its impacts will be against the principle of total compensation and will not eliminate the different decisions existing for similar cases. The application of a table of amounts, if approved, while at the same time shall serve as a guide for judicial decisions, will also be an obstacle to the full compliance of the *restitutio in integrum* principle.

Key-words: moral damages, *quantum debeatur*, determinig, Bill of Law.

ÍNDICE ANALÍTICO

RESUMO	6
ABSTRACT.....	7
ÍNDICE ANALÍTICO	8
1 DANO MORAL	11
1.1 Conceito de dano moral	14
1.2 Dano moral direto e indireto.....	22
1.3 Dano moral puro e impuro	23
1.4 Dano moral objetivo e subjetivo	23
1.5 Natureza jurídica da reparação por danos morais.....	24
1.6 O fundamento da reparação por danos morais.....	28
1.7 Formas de reparação por danos morais.....	29
2 O DANO MORAL NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO.....	32
2.1 O dano moral no Brasil.....	32
2.2 O dano moral no direito comparado.....	36
2.2.1 França.....	40
2.2.2 Itália.....	43
2.2.3 Portugal.....	45
2.2.4 Argentina	49
2.2.5 Espanha	51
2.2.6 Alemanha.....	52
2.2.7 Suíça	53
2.2.8 Polônia	55
2.2.9 Inglaterra.....	57
2.2.10 Estados Unidos da América.....	59
3 A PROBLEMÁTICA DA FIXAÇÃO DO QUANTUM NOS CASOS DE DANO MORAL E A TARIFAÇÃO LEGAL (PROJETO DE LEI Nº 7.124/2002).....	61
3.1 Os princípios da <i>restitutio in integrum</i> e da preocupação prioritária com a vítima 61	
3.2 O posicionamento da jurisprudência e o valor da reparação no direito brasileiro.....	64
3.3 Critérios apontados pela doutrina para a fixação do valor indenizatório.....	71
3.4 O arbitramento judicial.....	79
3.5 A tarifação legal do valor do dano moral	82
3.5.1 A tarifação legal anterior à Constituição Federal de 1988.....	82
3.5.2 Outras modalidades de tarifação legal vigentes no ordenamento jurídico pátrio 84	
3.5.3 A problemática da tarifação legal e o Projeto de Lei nº 7.124/2002.....	87
4 CONCLUSÃO.....	94
BIBLIOGRAFIA	96
ANEXOS	104
Projeto de Lei nº 7.124/02 e Relatório do Deputado Ney Lopes.....	104

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a problemática da mensuração do *quantum debeatur* e as possíveis conseqüências que podem resultar caso seja aprovado o Projeto de Lei nº 7.124/02 que propõe a tarifação da indenização.

A fim de possibilitar esta análise, este trabalho dividir-se-á em três capítulos.

No capítulo I, mais precisamente no subcapítulo 1, realizar-se-á a delimitação do termo dano moral, por meio de um levantamento realizado na doutrina pátria e estrangeira acerca do conceito de dano moral. Em seguida, do subcapítulo 1.1 ao 1.4, proceder-se-á ao estudo de alguns conceitos relativos ao dano moral, importantes para a delimitação do conceito principal, quais sejam: dano moral direto e indireto, puro e impuro, objetivo e subjetivo.

Na seqüência, dos subcapítulos 1.5 ao 1.7, analisar-se-ão aspectos importantes do dano moral para a compreensão do dano moral, como sua natureza jurídica, o fundamento de sua reparação e as forma de reparar este tipo de dano.

No segundo capítulo, construir-se-á, no subcapítulo 2.1, um panorama sobre o dano moral no Brasil. Examinar-se-ão, para tanto, as legislações esparsas anteriores à Constituição de 1988 que trataram diretamente do tema, algumas inclusive estabelecendo critérios e tetos para a fixação do dano moral, os comandos previstos na Constituição, como também os artigos estabelecidos no Código Civil.

A partir dos subcapítulos 2.2 até o 2.10, será realizado um diagnóstico a fim de verificar o *modus operandi* da reparação de danos morais em outros países. Objetiva-se, com o estudo a operacionalização da questão do dano moral em países como França, Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, Argentina, Suíça, Polônia, Inglaterra e Estados Unidos, entender como a indenização ocorre nesses países, para obter-se uma melhor compreensão dessa questão.

No terceiro e último capítulo, analisar-se-á a problemática da fixação do *quantum debeat* nos casos de dano moral e a tarifação legal proposta no Projeto de Lei 7.124/02.

No subcapítulo 3.1, verificar-se-á a possibilidade da aplicação dos princípios da *restitutio in integrum* e da preocupação prioritária com a vítima, nas decisões relativas às ações de danos morais.

No subcapítulo 3.2, far-se-á um estudo do posicionamento da jurisprudência e o valor da reparação no direito brasileiro no que concerne às indenizações por danos morais. No subcapítulo 3.3, os critérios apontados pela doutrina para a fixação dos valores indenizatórios.

No subcapítulo 3.4, analisar-se-á a questão do papel do juiz no arbitramento dos danos morais. E, por fim, no subcapítulo 3.5 examinar-se-á a problemática da tarifação legal.

1 DANO MORAL

Preliminarmente, é importante lembrar que fixar uma indenização por danos morais significa estabelecer montante referente à dor sofrida pelo lesado. Importa, em certa medida, estabelecer valor para elementos que, a princípio, não se podem quantificar monetariamente.

Esse debate sobre a quantificação de determinados elementos tem crescido nos meios acadêmicos. Autores americanos como Marta M. Ertman e Joan C. Williams¹ têm contribuído para a discussão, alertando para o fato de que determinados elementos, que antes estavam fora do mercado, hoje em dia, podem ser precificados, tornando-se uma mercadoria.

¹ “Most people think that something – parenthood, human body parts and people and people to name a few – are not for sale. However, despite legal prohibitions, people routinely buy and sell all these things. Three times in the past three years, New York Times Sunday magazine cover story documents thriving international markets on parenthood, kidneys and young women. The most legal of this market is the one in which American parents pay to adopt third world children, believing the children to be either abandoned or orphaned, when in fact brokers often bribe, coerce or trick birth mother in to give up their children. This market could be described as a gray market. The markets of kidneys and sexual slave, in contrast, are black markets. Despite legal and cultural condemnation, traffickers purchase and resell kidneys. They also purchase, trick or abduct girls and young women from impoverished areas of Mexico or Eastern Europe, and after “break in them,” force them to engage in as many twenty five minutes sessions of a sex day, result in a profit of, \$20,000- \$30,000 a week. Less obvious examples of things routinely sold included religious standing (through regular monetary payments to a church) and racial identity (through things like FUBU clothing which is made by and signals identity, the African Americans Community) Is everything for sale? Or is there a realm of sacred things and relationships outside de market? “Commodification” is the term scholars use to describe the process of something become understood as a commodity, as well as, the state of affairs of this has taken place. Marta M. ERTMAN; Joan C. WILLIAMS, **Rethinking Commodification Cases and Readings in Law and Culture**, p. 1: “Muitas pessoas acham que as coisas – paternidade, partes do corpo humano e pessoas para dizer algumas – não estão à venda. Todavia, apesar das proibições legais, as pessoas rotineiramente compram e vendem todas essas coisas. Por três vezes nos últimos três anos, a capa da revista de domingo do *New York Times* era sobre o mercado internacional de paternidade, fígado e mulheres jovens. O mais legal de tais mercados é aquele nos quais pais americanos adotam crianças do terceiro mundo, acreditando que tais crianças tenham sido abandonadas ou sejam órfãs, quando na verdade intermediários sempre corrompem, coagem ou enganam a mãe real para dar as próprias crianças. Esse mercado pode ser descrito como um mercado cinza. O mercado de fígado e escravidão sexual, em contraste, compõem o mercado negro. Apesar da condenação legal e cultural, o tráfico adquire e revende fígados. Eles também compram, enganam ou abduzem garotas e mulheres jovens de áreas pobres do México ou da Europa oriental e, depois de “convencê-las”, forçam-nas a incorrer em mais de quinze ou vinte sessões de intercurso sexual por dia, resultando em lucro de US\$20,000 a US\$30,000 por semana. Exemplos menos óbvios de coisas rotineiramente vendidas incluem posicionamento religioso (por meio de contribuições pecuniárias regulares) e identidade racial (por meio de coisas como roupas da marca FUBU que é feita e vendida com sinais identificando a comunidade Afro-Americana). Está tudo à venda? Ou existe um espaço de coisas sagradas e relações fora do mercado? “Comodificação” é a expressão que os acadêmicos usam para descrever o processo pelo qual algo é entendido como uma *commodity*, bem como o estado das coisas nos quais isso tenha ocorrido.” (Tradução nossa)

O Judiciário tem a difícil tarefa de acompanhar a realidade, oferecendo respostas às demandas da sociedade. Assim, é obrigado a estabelecer valor, por meio de decisões judiciais, para danos relativos à honra, ao sofrimento, à integridade física, à vida, entre outros, os quais, deve-se dizer, não guardam qualquer equivalência com o dinheiro.

Para ilustrar a complexidade de alguns casos que se apresentam ao Judiciário, analisaremos um caso emblemático, real, que teve muita repercussão na mídia:

Marcos Mariano da Silva, ex-mecânico, desempregado, foi preso injustamente por um crime que não cometeu, passando dezenove anos no presídio Aníbal Bruno, em Recife, Pernambuco. Lá, contraiu tuberculose, ficou cego (tendo sido atingido por uma bomba de gás, durante uma rebelião), sendo, posteriormente, abandonado pela esposa e pelos filhos.

Mariano foi preso em 1976, passou seis anos na cadeia até o verdadeiro culpado pelo crime de que era acusado (homicídio) ter sido preso. Seu pesadelo, porém, não tinha terminado: três anos depois, ao ser parado numa blitz, um policial civil o reconheceu e, pensando tratar-se de um foragido, o prendeu.

O juiz, a quem a prisão fora comunicada, sem verificar sua situação, mandou-o de volta ao presídio. Resultado: passou mais treze anos atrás das grades. No dia 19 de outubro de 2006, o Superior Tribunal de Justiça, julgando o caso, reconheceu tratar-se do mais grave atentado à dignidade humana já acontecido na sociedade brasileira.

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco fixou a indenização no valor de R\$ 356.000,00 (trezentos e cinquenta e seis mil reais), tendo o Superior Tribunal de Justiça majorado o valor, fixando a indenização por danos morais e materiais no valor de R\$ 2.000 000 000 (dois milhões de reais)².

Ponderou o Ministro Luiz Fux, relator do processo:

Deveras a dignidade humana retrata-se, na visão kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para

² Este processo de indenização arrastou-se por mais de dez anos.

o exercício de sua dignidade se tudo quanto experimentou foi uma “morte em vida”, que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana?³

O Ministro Teori Zavaschi lamentou: “Esse homem morreu e assistiu sua morte no cárcere”. A Ministra Denise Arruda diagnosticou: “Mostra simplesmente uma falha generalizada do Poder Executivo, do Ministério Público e do Poder Judiciário”. O Ministro Luiz Fux arrematou a questão afirmando que “este foi o mais grave atentado à violação da dignidade humana já visto na sociedade brasileira”⁴.

Analisando o caso de Marcos Mariano da Silva, pergunta-se: os dois milhões concedidos a título de indenização por danos morais e materiais reparam os danos sofridos pela vítima? Quanto vale a vida de um ser humano?

Em termos gerais, o objeto desta dissertação é a análise da fixação do *quantum debeat* nas ações por dano moral. Discute-se, neste trabalho, qual o meio mais adequado para se conceder à vítima a reparação a que faz *jus*. Apreciar-se-á, portanto, qual o *modus* mais eficaz para reparar o dano. Deixar que o juiz arbitre o valor, ou estabelecer um teto fixo para as indenizações por danos morais?⁵

Importante ressaltar que a reparação por danos morais, ao contrário da indenização⁶, não tem o condão de recompor a situação anterior ao dano. Desnecessário esclarecer que, quando se trata dessa espécie de dano, a dor sofrida, por mais alta que seja a indenização, jamais reparará a lesão, ainda mais quando a dor advém da perda de um ente querido, por exemplo.

Muito embora todos os tipos de dano tenham suas especificidades, o dano moral decorrente do evento de morte é uma espécie muito delicada, pois trata do bem maior, que é a vida.

³ STJ, Resp 802.435, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 19/10/06, DJ 30/10/06.

⁴ www.stj.gov.br/portal_stj/.

⁵ Nehemias MELO cita as palavras de Arnaldo MARMITT: “Repugna coisificar a pessoa, reduzi-la a simples referencial econômico, a uma cifra pecuniária. A perda da vida, como sendo o mais grave dos danos, deve ser indenizado o mais integral possível”. MARMITT apud Nehemias MELO, **Dano Moral**, p. 147.

⁶ Muito embora indenização seja o termo utilizado pela Constituição Federal e pelo Código Civil, tecnicamente o termo que melhor traduz a entrega de um valor em razão da dor sofrida pela perda de um ente querido é reparação, já que é impossível o retorno ao *status quo ante*. A reparação funciona apenas como um lenitivo.

A vida é um bem juridicamente protegido, inviolável e indisponível, fora do comércio, não sendo possível atribuir valor pecuniário. No entanto, ao judiciário cabe a tarefa de quantificar o valor da lesão oriunda das ações de reparação que chegam para sua apreciação. Convém observar que nos casos de dor pela perda da vida de um ente querido, ainda que não haja equivalência entre a dor sofrida e o dinheiro, cabe ao Judiciário, ao pronunciar-se, fixar um valor para essa espécie de dano.

Neste primeiro capítulo, serão apresentados diversos conceitos de dano moral elaborados pelas doutrinas brasileira e estrangeira, para, em seguida, analisar outros conceitos decorrentes dessa espécie de dano como: direto e indireto, puro e impuro, objetivo e subjetivo.

Ultrapassada a etapa de delimitação conceitual, analisar-se-á, neste mesmo capítulo, a natureza jurídica do dano moral, o fundamento de sua reparação e as espécies de reparação.

1.1 Conceito de dano moral

O dano moral é, indubitavelmente, um dos temas mais discutidos no âmbito da responsabilidade civil. É um tema que suscita questionamentos desde a sua própria terminologia, culminando sua complexidade com problemática da fixação do *quantum debeatur*.

Antes de analisar a definição jurídica de dano moral, é importante lembrar que a própria aceção do termo foi cunhada de diferentes formas em vários países. Wilson Melo da Silva informa que, na França, Henri Mazeaud empregava a expressão *préjudice moral*; Plaignol, *dommage moral*; Eugene Jarra, *dommages moraux*; Roger Nelson, *droits extrapatrimoniaux*; A. Sudart, *dommages-intérêts* e Achard, *tort moral*.

Na Itália, também havia dissenso no que se refere ao termo. Para autores como Gabba, Chirone, Coviello, a denominação adequada era o *danno morale*; Misseneo e Merkel utilizavam *danno inmaterial*, e Alfredo Minozzi empregava o termo *danno non patrimoniale*. Alguns doutrinadores de língua

espanhola, como Santiago Gomes Salisaches e Arturo Acunã Anzorena⁷, expressam *daños morales*.

Houve, como se observa das inúmeras nomenclaturas sugeridas para o termo, um dissenso quanto a sua acepção. Para os autores franceses, tratava-se de um prejuízo imposto, para outros, de um dano ou de um direito. Para os italianos, consistia em um dano imaterial; outros afirmavam ser o dano moral, um dano não-patrimonial.

Percebe-se que, na doutrina estrangeira, o termo dano moral sugeriu várias acepções, no Brasil, essa discussão nunca assumiu grandes proporções, sendo a terminologia dano moral utilizada pela grande maioria dos doutrinadores.

Ultrapassados tais aspectos referentes à imprecisão doutrinária do termo dano moral, passar-se-á à delimitação conceitual do termo.

Inicialmente, cumpre destacar que até a promulgação da Constituição Federal de 1988 havia uma grande celeuma acerca do cabimento ou não da reparabilidade do dano moral. Havendo sobre a admissibilidade ou não do dano moral, duas correntes, a negativista e a positivista⁸.

Com disposição expressa na Carta Magna, no art. 5º, V e X, cessa, definitivamente, a discussão sobre a reparabilidade ou não do dano moral⁹. O texto constitucional albergou o instituto da indenização por danos morais, encerrando, definitivamente, toda e qualquer discussão sobre a sua reparabilidade.

No que diz respeito ao conceito de dano moral, observa-se, no entanto, que muito embora a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional tenham disciplinado a reparação por danos morais, ainda não há, no ordenamento jurídico pátrio vigente, uma delimitação conceitual sobre o tema¹⁰.

⁷ Wilson Melo da SILVA, **O Dano Moral e sua Reparação**, p. 2.

⁸ A primeira defendia a impossibilidade de se admitir o dano moral, posto que seria absurdo a estipulação de um preço para o dano moral. Para os positivistas, ainda que não fosse possível estabelecer equivalência entre o dano e o dinheiro, o lesado faria jus a uma reparação.

⁹ **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**, p. 23: “Art.5º [...], inciso V- É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem; X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação”. Cf. Yussef Said CAHALI, **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial, Constituição Federal**. (RT-MINI CÓDIGOS).

¹⁰ O Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional de n. 7.124/2002, de autoria do Senador José Carlos VALADARES, traz uma proposta de definição legal para o dano moral, 1: “Art.1º.

Em razão dessa lacuna na codificação, é necessário um exame na doutrina pátria e estrangeira, a fim de se conhecer e analisar esse instituto tão polêmico, que extrapola os muros do Judiciário¹¹.

Com o intuito de expor uma definição do termo dano moral, apresentam-se várias definições encontradas na doutrina acerca de tal conceito. Como será visto, no decorrer deste item, diversas são as conceituações formuladas pelos doutrinadores.

O conceito de dano moral traz-se, *ab initio*, o conceito clássico delineado por Wilson de Melo e Silva, que define o dano moral como as lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico¹².

Na doutrina, numerosas conceituações surgiram, sendo importante para este trabalho elencar as mais relevantes. O professor Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, a respeito da elevação do dano moral ao patamar constitucional, assim se posicionou:

Nosso direito caminha no sentido da prevalência dos valores existenciais, por determinação expressa dos artigos 1º, 3º e 5º do Diploma Maior. Nesta nova ordem constitucional insere-se a reparação por dano moral, diante da notável ênfase dada pelo constituinte às relações jurídicas não patrimoniais, de maneira a garantir os ditames da Carta magna atinentes à dignidade da pessoa humana, o que indica que toda reparação deve ter em conta

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

¹¹ Matérias sobre danos morais são constantemente veiculadas na imprensa nacional. O caso de Marcos Mariano da Silva foi mostrado no Programa Fantástico, da Rede Globo de Televisão, vide p.11. Sobre a repercussão do tema na sociedade, eis as palavras do relator Projeto de Lei 7.124/02, que trata da fixação do valor em ações de danos morais, o Senador Ney LOPES: “(...) A polêmica em torno de sentenças judiciais de altos valores, concedidas por tribunais, encontra suas raízes neste fato. São as chamadas ‘imorais indenizações por dano moral’. Tantas são as manifestações da sociedade que tivemos iniciativas sob a forma de projetos de lei, que estão sendo por mim relatados, por distribuição da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados. Tratam-se, *in casu*, do PL 7.124/02 e seus apensos, PL 1.914/03 e PL 1.443/03. Todos dispõem sobre danos morais e sua reparação, objetivando delimitar possíveis valores em contrapartida a dano moral praticado. **Revista Jurídica Netlegis**, 29 de Agosto de 2006. <http://www.netlegis.com.br>. Acesso: 07 mar. 2009.

¹² Wilson MELO DA SILVA, **O dano moral e sua reparação**, p. 1.

estes princípios dirigidos ao intérprete e ao legislador (...) não sendo mais necessária a demonstração de algum reflexo no patrimônio.¹³

Apesar de dano moral ser um conceito do ramo do direito civil, é importante situá-lo conceitualmente dentro do direito constitucional.

Do que se infere que o conceito de dano moral está intimamente ligado ao conceito de dignidade humana¹⁴. Importante lembrar que a dignidade humana foi elevada a fundamento básico do Estado brasileiro¹⁵.

Ao pesquisar tanto a doutrina pátria, quanto a estrangeira, percebe-se que sobre o termo “dano moral” há inúmeras e diversificadas definições. Possivelmente, isso ocorra por falta de disposição legal que o defina.

Essa polissemia do vocábulo dá-se pelo fato de o dano moral tratar de aspectos da subjetividade humana. Essa dificuldade conceitual, certamente, não se encerra no âmbito doutrinário. Como se verá no capítulo III, essa dificuldade, por se tratar de um tema permeado por aspectos extremamente subjetivos, prolonga seus desdobramentos principalmente no que se refere à própria mensuração do *quantum* indenizatório.

A professora Tereza Ancona Lopez traz, em sua obra, o significado da palavra dano:

Etimologicamente, “dano” vem de demere, que significa tirar, apoucar, diminuir. A idéia de dano surge das modificações do estado de bem-estar da pessoa, que vêm em seguida à diminuição ou perda de qualquer de seus bens originários ou derivados extrapatrimoniais ou patrimoniais.¹⁶

¹³ Carlos Edison do Rego MONTEIRO FILHO, **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**, p. 161.

¹⁴ Maria Celina Bodin de MORAIS, **Danos à Pessoa Humana**, p. 85, define a dignidade humana por meio de um conceito negativo: “será desumano, isto é, contrário a dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”.

¹⁵ **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**, p. 21: “Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”. III – a dignidade da pessoa humana.

¹⁶ Tereza Ancona LOPEZ, **O dano estético**, p.20.

A fim de iniciar uma breve análise do instituto do dano moral, traz-se a definição do dicionário de De Plácido da Silva¹⁷, que define o dano moral da seguinte forma: “Assim se diz da ofensa ou violação que não vem ferir os bens patrimoniais, propriamente ditos, de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua pessoa ou à sua família”.

Corroborando tal entendimento, Marcus Cláudio Acquaviva assim define o dano moral é: “Prejuízo de ordem não patrimonial, suscetível de indenização. Esta espécie de dano lesiona, principalmente, a intimidade, a honra e bom nome do indivíduo ou de sua família”¹⁸.

Essas definições, constantes em importantes dicionários jurídicos, indicam que, basicamente, o dano moral compreende os danos que afetam o íntimo das pessoas, seu âmago, sua estrutura psicológica.

Em sua obra, *O imoral nas Indenizações por Danos Morais*, preleciona J.J. Calmon de Passos:

O elemento central do conceito de dano moral é justamente a existência de um prejuízo, perda ou desfalque, quer em termos de patrimônio, quer porque inerente ao seu corpo ou à sua personalidade. Danos morais representam perda naquela dimensão do existir especificamente humano, todo ele constituído do sentido e da significação que emprestamos ao nosso agir, algo que se situa não nas coisas nem na materialidade de nosso corpo, mas na dimensão da nossa subjetividade.¹⁹

Muito embora J.J. Calmon de Passos não considere que os danos causados na materialidade do corpo humano como dano moral, sabe-se que o dano estético, por exemplo, pode ensejar danos morais. Pois, nesse caso, haverá certamente abalo psíquico.

Sob outro ponto de vista, Antônio Chaves²⁰ traz a seguinte definição, enquadrando dentro do conceito de dano moral a dor física: “Dano moral é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão

¹⁷ De Plácido da SILVA, **Vocabulário Jurídico**, p. 3.

¹⁸ Marcos Cláudio AQUAVIVA, **Dicionário Jurídico Aquaviva**, p. 422.

¹⁹ J.J. Calmon de PASSOS, **O imoral nas Indenizações por Dano Moral**, Bahia: Ver. jus navegandi. 2002, <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2989>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

²⁰ ANTONIO CHAVES, **Responsabilidade Civil**, p. 607.

patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação como denomina Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material.

Na lição de Orlando Soares:

O conceito de dano moral diz respeito à ofensa ou violação que não fere propriamente os bens patrimoniais de uma pessoa – o ofendido –, mas os seus bens de ordem moral; tais como os que se referem à sua liberdade, honra (à sua pessoa ou à sua família), compreendendo-se na idéia de honra o que concerne à fama, reputação, conceito social, estima dos outros.²¹

Antônio Elias de Queiroga traz em sua obra os ensinamentos de Agostinho Alvim, segundo o qual: “o dano moral é o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua seu patrimônio”²².

Pontes de Miranda preleciona que:

A expressão dano moral tem concorrido para graves confusões, bem como a expressão alemã *schmerzensgeld* (dinheiro de dor). Às vezes, os escritores e juízes empregam a expressão dano moral em sentido amplíssimo (dano à normalidade da vida de relação, dano moral estrito, que é o dano à reputação, dano que não é qualquer dos anteriores, mas também não ofende o patrimônio, como o da dor sofrida, o de destruição de bem sem qualquer valor patrimonial ou de valor patrimonial ínfimo). Aí, dano moral seria dano não patrimonial. Outros têm como dano não patrimonial. Outros têm como dano moral o dano à normalidade da vida de relação, o dano que faz baixar o moral da pessoa, e o dano à reputação. Finalmente, há o senso estrito de dano moral: o dano à reputação.²³

Numa forma bastante generalista de conceituar o dano moral, Savatier, em sua obra, *Traité de la Responsabilité Civile*, resume essa espécie de dano como sendo: “Qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”²⁴.

²¹ Orlando SOARES apud Rodrigo Mendes DELGADO, **O Valor do Dano Moral – Como chegar até ele**, p. 112.

²² Antônio Elias de QUEIROGA, **Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil**, p. 38–39.

²³ Pontes de MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, XXXVI, §3.107, p. 30-31.

²⁴ SAVATIER, **Traité de la Responsabilité Civile**, p. 54.

Com acuidade bastante peculiar, aduz Carlos Alberto Bittar, que os danos morais qualificam-se “em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador” ²⁵.

Humberto Theodoro Junior salienta que:

[...] de maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua. ²⁶

Alfredo Minozzi, doutrinador italiano, apregoa que:

[...] o dano moral não é dinheiro, nem a coisa comercialmente traduzida em dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado. ²⁷

Da definição de Alfredo Minozzi, pode-se concluir o quanto é complexa a tarefa de quantificar algo que não é passível de mensuração pecuniária.

Houve, durante certo período, uma celeuma na doutrina quanto ao termo dano extrapatrimonial.

Sobre o assunto, Aparecida I. Amarante, trazendo a colação o pensamento de Biagio, esclarece que: “Prefere Biagio Brugui a denominação dano moral àquela de dano não patrimonial²⁸, entendendo-se que patrimonial e moral são dois aspectos de um mesmo conceito: o patrimônio de alguém compreende todos os seus bens, inclusive os imateriais” ²⁹.

Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

²⁵ Carlos Alberto BITTAR, **Reparação Civil Por Danos Morais**, p. 45.

²⁶ Humberto TEODORO JUNIOR, **Dano Moral**, p. 2.

²⁷ “(...)Il contenuto di questi danni non è il danaro, nè una cosa commercialmente riducibile in danaro, ma il dolore, lo spavento, l'emozione, l'onta, lo strazio fisico o morale, in generale una dolorosa sensazione provata della persona, attribuendo alla parola dolore il più large significato”. Alfredo MINOZZI, **Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)**, p. 25.

²⁸ Diferentemente de MINOZZI, que, como se verá mais adiante, adota o termo dano não patrimonial.

²⁹ Biagi BRUGI apud Aparecida AMARANTE, **Responsabilidade Civil por Dano à Honra**, p. 239.

O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica. Qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse; por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é ao caráter de sua repercussão sobre o lesando, pois somente desse modo se poderá falar em dano.³⁰

Preleciona Youssef Said Cahali:

[...] tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrada, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.³¹

Maria Celina Bodin de Moraes assim entende:

Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita do seu patrimônio material, originam angustia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhes sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, outrossim, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.³²

³⁰ Maria Helena DINIZ, **Curso de direito Civil Brasileiro**, p. 92.

³¹ Youssef Said CAHALI, **Dano Moral**, p. 20.

³² Maria Celina Bodin de MORAES, **Danos à Pessoa Humana**, p. 157.

Importante a afirmativa da autora no sentido de não se confundir dano moral, que é a dor, o sofrimento, decorrentes de uma conduta lesiva, de um simples contratempo que possa vir a ocorrer no dia-a-dia. Este é uníssono na doutrina e na jurisprudência. Ultrapassada a etapa de conceituação do instituto do dano moral, faz-se necessária a delimitação de outros conceitos correlacionados, importantes para a compreensão desse instituto.

1.2 Dano moral direto e indireto

Diz-se que o dano moral é direto quando a lesão atinge um interesse que visa à satisfação (ou gozo) de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como vida, integridade corporal, liberdade, honra, decoro, intimidade, sentimentos afetivos, própria imagem) ou nos atributos da pessoa (nome, capacidade e estado de família). No indireto, há lesão a um interesse patrimonial, tendo como consequência prejuízo a interesse não patrimonial, exemplo clássico a perda de um bem de grande valor afetivo³³.

Maria Helena Diniz, ao se posicionar sobre a existência de danos morais diretos e indiretos, ensina que:

O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF 88, art.1º, III).

O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. Perda de uma coisa com valor afetivo, ou seja, de um anel de noivado.³⁴

³³ Cf. Nora Magnólia Costa ROTANDARO, Indenização Por Dano Moral: Parâmetros, **Revista do Tribunal Regional do Trabalho**, p.121.

³⁴ Maria Helena DINIZ, **Curso de direito Civil Brasileiro**, p. 94-95.

1.3 Dano moral puro e impuro

Houve, na doutrina, uma discussão acerca da possibilidade de denominação de danos morais puros e impuros.

Carlos Alberto Bittar afirma que “os danos morais podem ser puros ou reflexos, ou seja, oriundos de atentados a elementos patrimoniais, como ocorre na perda de objeto de estimação em decorrência de furto ou de roubo”³⁵.

Para Wilson Melo da Silva³⁶, os danos morais, ou são puros, ou não são danos morais, pois os reflexos patrimoniais dos danos morais, ou danos morais indiretos, não passam de danos materiais comuns.

Importante mencionar que essa é uma discussão de cunho meramente acadêmico, sendo definitivamente superada com o advento da Constituição Federal de 1988, quando o dano moral passou a receber tratamento autônomo, sendo considerado sempre puro, dissociado do dano material.

1.4 Dano moral objetivo e subjetivo

Os irmãos Mazeaud, ao analisar os danos morais, subdividiram-nos em duas categorias:

1) os que afetam a parte social do patrimônio moral, como as ofensas à consideração social que podem sofrer as pessoas naturais e as pessoas jurídicas; e 2) os que atingem a parte afetiva do patrimônio moral, alcançando o indivíduo em suas afeições (dor sentimental) e que somente as pessoas naturais podem sofrer. A primeira categoria corresponderia ao dano moral objetivo e a segunda, ao dano moral subjetivo.³⁷

Miguel Reale, ao se referir aos danos morais, classificou-os da seguinte forma:

[...] danos morais objetivos são aqueles que se referem aos direitos da personalidade. Os danos morais subjetivos se correlacionariam

³⁵ Carlos Alberto BITTAR, **Reparação Civil Por Danos Morais**, p. 278.

³⁶ Wilson MELO DA SILVA, **O dano moral e sua reparação**, p. 14.

³⁷ Henri MAZEAUD; León MAZEAUD, **Traité Théorique e Pratique de la Responsabilité Civil Delictuelle e Contractuelle**, t. I, p.319.

com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor e sofrimento intransferíveis.³⁸

Ressalte-se que essa distinção doutrinária também construída no meio acadêmico, na prática, não gera nenhum efeito para fins de reparação por danos morais.

1.5 Natureza jurídica da reparação por danos morais

Outro aspecto relativo ao dano moral exaustivamente debatido na doutrina é a natureza jurídica de sua reparação. Qual seria a natureza jurídica deste tipo de reparação, teria essa um caráter satisfativo ou compensatório, punitivo ou um misto dos dois aspectos?

Roberto Brebbia³⁹ assevera que uma indenização pode desempenhar três funções: a compensação, a satisfação e a punição. Sendo compensação, quando o dano puder ser avaliado de maneira aproximadamente exata. Satisfação, quando essa valoração não for possível. E punição, quando não se busca compensar o prejudicado e sim impor uma penalidade pela infração da norma legal.

Para o autor, existe a possibilidade de compensar os danos morais. Como será visto mais adiante, a função compensação não é realizável em razão da dificuldade de avaliar o dano de forma aproximada ou exata.

Assim, para aqueles defensores da natureza de *satisfativa* da reparação por danos morais⁴⁰ é impossível que a indenização tenha função reparatória ou *compensatória*, por não ser possível a equivalência direta em dinheiro, já que se trata de matéria não mensurável economicamente.

Assim, a indenização por dano moral teria um caráter exclusivamente satisfatório. Tendo o dinheiro o condão de atenuar a perda sofrida com a aquisição de outras satisfações.

³⁸ Miguel REALE, O dano moral no direito brasileiro, In: Maria Celina Bodim de MORAES, **Temas de Direito Positivo**, s.d..

³⁹ Cf. Roberto BREBBIA, **El Daño Moral**, p. 60.

⁴⁰ Cf. Sergio SEVERO, **Os danos extrapatrimoniais**, p.86.

Há autores, no entanto, que defendem que a reparação por danos morais tem o caráter de compensação⁴¹.

O caráter satisfativo da composição do prejuízo moral é revelado pela busca da efetiva reparação dos padecimentos amargados pela vítima, ou, ao menos, pela minimização destes, uma vez que o intento precípua do aspecto satisfatório da reparação moral é "dar à vítima um meio adequado para fazer desaparecer, ou, pelo menos, para neutralizar ou, sequer seja, para atenuar seus efeitos"⁴².

Conquanto a quantia recebida pelo lesado jamais tenha o condão de reparar verdadeiramente o dano, esta não tem outra função que não a de servir como instrumento capaz de proporcionar ao lesado certa satisfação/compensação, atuando como um pretenso lenitivo da dor. Observe-se, no entanto, que é comum a utilização dos termos *satisfação* e *compensação* como se sinônimos fossem⁴³.

Há, ainda, no que se refere à natureza jurídica da reparação por danos morais, autores⁴⁴ que defendem a prevalência do caráter punitivo da reparação, entre eles, Carlos Alberto Bittar, que assim assevera:

Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceite o comportamento assumido ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.⁴⁵

Américo Luís da Silva⁴⁶ assevera que o ofensor tem que encarar uma pena pecuniária como exemplo marcante, como uma diminuição importante do seu

⁴¹ Cf. Wilson MELO DA SILVA, Giorgi DEMONGUE, Alberto TRABUCHI.

⁴² Antonio Jeová dos SANTOS, **Dano moral indenizável**, p. 56.

⁴³ Alcino de Paula SALAZAR, **Reparação do dano moral**, p. 142: "Na base do primeiro (ponto de vista) está a idéia da satisfação, da compensação dada à vítima, da reparação pura, como também tem sido designada".

⁴⁴ Cf. CHIRONE, HENOCH, AGUAR, PESSINA, ZANARDELLI.

⁴⁵ Carlos Alberto BITTAR, **Reparação Civil Por Danos Morais**.

⁴⁶ Cf. Luis da AMÉRICO, **O dano moral e a sua reparação civil**.

patrimônio material, em decorrência do ato ilícito, de nada valendo a condenação, se for para pagamento de quantias pequenas ou irrisórias.

Mesmo sem haver qualquer previsão legal que disponha sobre a natureza punitiva da reparação por danos morais, a jurisprudência vem se pronunciando pelo reconhecimento da função punitiva.

Maria Celina Bodim de Moraes⁴⁷, trazendo à colação o julgado do Superior Tribunal de Justiça⁴⁸, alerta-nos que o STJ vem fazendo referência à fixação proporcional ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, o que, segundo a autora, constituem critérios de punição em si mesmos. Informa ainda que há no acórdão a indicação expressa à necessidade de “desestimular o ofensor a repetir o ato”⁴⁹.

Há, por fim, autores para os quais a natureza jurídica da indenização por danos morais é mista, ou híbrida. Maria Helena Diniz, por exemplo, assevera que:

[...] a reparação pecuniária dos danos morais é um misto de pena e de satisfação compensatória. Não se pode negar sua função penal: a) *penal*, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga o ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual, não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às conseqüências de seu ato por não ser reparáveis; b) *satisfatória ou compensatória*, pois como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranqüilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte seu sofrimento.⁵⁰

E prossegue:

⁴⁷ Maria Celina Bodin de MORAIS, **Danos à Pessoa Humana**, p. 225.

⁴⁸ REsp. 246.258, 4ª Turma, julg. Em 18.04.2000 e publ.no DJ de 07.08.2000, v.u.

⁴⁹ Resp. 246.258, 4ª Turma, julg. Em 18.;04.2000 e publ. No DJ de 07.08.2000, v. u.

⁵⁰ Maria Helena DINIZ, **Curso de direito Civil Brasileiro**, p. 108.

A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade, etc.⁵¹

Independentemente, de ter a natureza jurídica caráter satisfativo, compensatório ou punitivo, durante este trabalho, verificou-se, na doutrina pesquisada, que é consenso entre os autores a idéia de que a reparação deve ser o mais ampla possível, a fim de atenuar, ao máximo, o sofrimento da vítima.

Conclui-se, pelo exposto até aqui, que para garantir a eficácia da reparação por danos morais é necessário que esta possua, ao mesmo tempo, um caráter punitivo e compensatório. Sendo o primeiro aplicado com o objetivo de desestimular o lesante à prática de novos atos lesivos e o segundo para cumprir a finalidade da reparação, que é a mais ampla possível.

É inegável que sua natureza exerce função dúplice porque, de fato, constitui uma sanção imposta ao ofensor e também tem a função compensatória/satisfatória porque é uma forma de atenuar a ofensa sofrida, proporcionando uma vantagem ao ofendido que poderá, com a soma de dinheiro recebida, atenuar o seu sofrimento.

É importante ressaltar que tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 6.960/02, que pretende alterar inúmeros artigos do Novo Código Civil e que acrescenta parágrafo ao art. 944 (dentro do capítulo *Da Indenização*, correspondente aos arts. 1.537 a 1.553 do antigo código civil) do novo diploma, estabelecendo que: “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”⁵².

Caso esse Projeto de Lei seja aprovado, não restará mais dúvida quanto à natureza jurídica da indenização por danos morais.

⁵¹ Maria Helena DINIZ, **Curso de direito Civil Brasileiro**, p. 109.

⁵² Projeto de Lei nº 6.960/02. www.camara.gov.br. (O grifo é nosso)

1.6 O fundamento da reparação por danos morais

Como preleciona Antonio Jeová dos Santos: “seria escandaloso que alguém causasse dano a outrem e não sofresse nenhum tipo de sanção; não pagasse pelo dano inferido”⁵³.

Nessa mesma linha, posiciona-se João Casillo: “uma vez verificada a existência do dano, e sendo alguém responsável pela lesão de direito ocorrida, há que se buscar uma solução para o evento danoso” para que assim se componha “a ordem que foi quebrada, o direito que foi ofendido”⁵⁴.

Ressalte-se que os fundamentos do dever de indenizar em razão de dano moral estão estabelecidos na Constituição Federal, mais precisamente nos art.5º, incisos V e X, que dispõem sobre a sua reparação plena; e o art.1º, III, que eleva a dignidade humana a fundamento do Estado de Direito.

Tendo em vista a elevação do dano moral ao patamar constitucional, imprescindível trazer à baila a lição de José Afonso da Silva:

A eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspira a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando põe como fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento, é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio de ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí a sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda vida nacional.⁵⁵

O atual Código Civil inseriu genérica previsão do dano moral, em seu art. 186, referido ao anterior art. 159, que menciona que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Essa orientação segue ainda a determinação do Código Napoleônico de 1804, conforme explicitado no segundo capítulo deste trabalho.

⁵³ Antonio Jeová dos SANTOS, **Dano Moral Indenizável**, p.62.

⁵⁴ João CASILLO, *Dano moral e sua indenização*, p.77.

⁵⁵ José Afonso da SILVA, *A dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*, **Revista de direito Administrativo**.

Os fundamentos legais serão examinados com mais profundidade no subcapítulo 1.1 do capítulo II, intitulado O dano moral no Brasil.

1.7 Formas de reparação por danos morais

Para analisar as formas de reparação existentes no ordenamento jurídico pátrio, é importante verificar alguns elementos. Por exemplo, os danos materiais são ressarcíveis. Ou seja, é possível o retorno ao estado anterior ao dano, ao *status quo ante*. No que concerne aos danos morais, no entanto, esse retorno à situação inicial não ocorre.

Diante da impossibilidade de trazer as situações ao seu estado anterior, busca-se uma maneira de abrandar a dor sofrida, utilizando-se, para tanto, do instituto da reparação.

Felipe Braga Neto assim se posiciona acerca da inviabilidade de retorno ao estado anterior, quando se trata de danos morais:

A indenização (...) serve apenas para compensar a vítima, não fazendo, contudo, que as coisas voltem a ser o que eram. Uma lesão à honra, por exemplo. Digamos que certo aluno de direito seja apontado, pela polícia e pelos jornais, como autor de uma série de estupros que vem assustando a cidade. Descoberto, depois de algum tempo, o equívoco da falsa imputação, tal bem jurídico – a honra – estará inevitavelmente atingido, ainda que existam desmentidos posteriores. A indenização, nesse caso, será compensatória, não ressarcitória⁵⁶.

Há duas espécies de reparação: reparação natural e reparação pelo equivalente pecuniário. Esta última é a entrega de montante em pecúnia como tentativa de satisfazer o lesado. A reparação natural é a que tem o condão de restaurar os fatos, dando a impressão de que o fato lesivo não tivesse ocorrido.

De acordo com a lição de Pontes de Miranda⁵⁷, esse fenômeno é denominado de repriminação, que significa a reparação específica, direta,

⁵⁶ FELIPE BRAGA NETO, **Responsabilidade civil**, p. 19.

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, t.LIV, § 5.574, p.288.

consistente no refazimento da situação lesada em sua integralidade, como se nada houvesse acontecido.

No que concerne à reparação por danos morais, o ideal seria que a ofensa fosse reparada *in natura*, isto é, que a situação pudesse ser reparada devolvendo a situação ao seu *statu quo ante*. Essa seria a situação ideal.

Dessa forma, quando se trata reparação de danos morais, ainda que tenham sido positivados artigos que prevejam expressamente um meio de tentar “consertar” determinada situação, como prevêm os artigos 29 e 30 da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250-1967)⁵⁸; o art. 108 da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9610-1998)⁵⁹, estes, ainda que aplicados, não têm o condão de desfazer o evento lesivo e seus efeitos.

No entanto, há autores, como Carlos Alberto Bittar⁶⁰, que defendem a possibilidade da aplicação da reparação natural, tal entendimento baseia-se nos dispositivos da Lei de Imprensa, que prevê a retratação, a retificação da notícia injuriosa e a divulgação imediata da resposta; e na Lei de Direitos Autorais, que estabelece a republicação do material com a indicação expressa do nome do autor. Ainda que estas legislações estabeleçam meios para refazer determinadas situações, o retorno ao *status quo ante* é impossível.

Será que diante da inexistência do retorno ao estado anterior é possível se refazer a ordem sócio-jurídica lesada? Não restará ao lesado nenhum

⁵⁸ <http://www.presidencia.gov.br/legislacao>: “Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem direito a resposta ou retificação.

Art. 30. O direito de resposta consiste em: I – Na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dia normais.

II- na transmissão da resposta ou da retificação do ofendido, na mesma emissora e no mesmo programa e horário em que foi divulgada a transmissão que lhe deu causa; ou

III- a transmissão da resposta ou da retificação do ofendido, pela agência de notícias, a todos os meios de informação e divulgação a que foi transmitida a notícia que lhe deu causa. (...)”.

⁵⁹ **Ibid.**: “Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma: I – tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três anos consecutivos; II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas, em jornal de grande circulação, do domicílio do autor, do intérprete e do editor ou produtor. III – tratando-se de outra utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.”

⁶⁰ Carlos Alberto BITTAR, **Reparação Civil Por Danos Morais**, p. 35.

resquício de constrangimento? O ideal seria unir dois aspectos: a retratação como forma de reconstruir a situação anterior e a aplicação de uma indenização em pecúnia.

Apesar de não existir qualquer equivalência entre o dano moral e o dinheiro, a espécie de reparação mais comum é a que é realizada por meio da entrega de determinada quantia ao lesado. Tal montante teria a função de neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza, angústia; proporcionando uma razoável satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer, que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento.

Rubens Limongi França ensina que “muito embora a indenização em dinheiro não tenha o poder de desfazer a perturbação causada pelo dano moral, é certo que diminui seus efeitos pela aquisição de outros bens” ⁶¹.

O dinheiro seria tão somente um lenitivo, que facilitaria a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao lesado uma compensação por seus sofrimentos. A discussão sobre o montante das indenizações e a eficácia desta espécie de reparação será realizada no terceiro capítulo.

O próximo capítulo tem por escopo analisar como se apresenta a problemática da reparação dos danos morais em outros países. O estudo de legislações como as da França, Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, Argentina, Suíça, Polônia, Inglaterra e dos Estados Unidos ajudará a compreender melhor essa questão no Brasil.

⁶¹ Rubens Limongi FRANÇA, A Reparação do dano moral, **Revista dos Tribunais**.

2 O DANO MORAL NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

2.1 O dano moral no Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro, o reconhecimento do instituto do dano moral passou por um longo processo: durante longos anos, a maioria das cortes de justiça, escusaram-se na aceitação dos danos morais, sob o pretexto da ausência de legislação reguladora, ou ainda, em virtude da dificuldade na aferição do *pretium dolores*.

O Código Civil de 1916 não estabelecia expressamente em seus artigos a reparação por danos morais. Como se analisará no próximo item, essa ausência de disposição expressa em relação à reparabilidade dos danos morais era uma decorrência da legislação francesa, que também influenciou fortemente outros países europeus como Itália, Portugal e Espanha. A reparação, no Brasil, durante muito tempo, teve como base civilista os artigos 159⁶² e 76⁶³, do referido diploma.

Não obstante a lacuna no Código Civil 1916, em muitas legislações infraconstitucionais específicas já se encontrava estabelecida a indenização por danos morais. A Lei dos Transportes Ferroviários (Decreto nº 1.681-1912), Código brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.172-62), o Código Eleitoral (Lei nº 4.737-65), Lei de Imprensa (Lei nº 5.250-67), a antiga Lei de Direitos Autorais (Lei nº 5.899-73).

A Lei dos Transportes Ferroviários⁶⁴ é considerada por muitos autores, segundo atesta Nehemias Domingos de Melo⁶⁵, o marco histórico do

⁶² <http://www.presidencia.gov.br/legislacao>: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

⁶³ **Ibid.**: “Art. 76. Para propor, ou contestar ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo Único. O dano moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.”

⁶⁴ **Ibid.**: “Art. 21. “no caso de lesão corpórea ou deformante, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com tratamentos, e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.”

⁶⁵ Cf. Nehemias Domingos de MELO, **Dano Moral**, p.52.

reconhecimento do dano moral no direito brasileiro. Ela estabelece que cabe ao julgador arbitrar a indenização que julgar conveniente.

O código brasileiro de Telecomunicações, no artigo. 84⁶⁶, dispôs sobre o montante da indenização por danos morais. O Código Eleitoral estabeleceu em seu artigo 243⁶⁷, IX, §2º a indenização por danos morais. O artigo 53⁶⁸ e o artigo 49⁶⁹ da Lei de Imprensa previram critérios para a reparação.

Em 1967, o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado a respeito da indenização de cunho não material em razão da morte de filho menor, editando a primeira súmula relativa aos danos morais:

Súmula 491 do STF: “É indenizável o acidente que cause morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”⁷⁰.

Posteriormente, o Supremo Tribunal de Justiça editou algumas súmulas referentes à matéria, contribuindo, assim, para a consolidação do dano moral no ordenamento jurídico pátrio:

Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”⁷¹.

⁶⁶ <http://www.presidencia.gov.br/legislacao>: “Art. 84 – Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa.

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

⁶⁷ **Ibid.**: “Art. 243. Não será tolerada propaganda: (...)

IX- que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exercem atividade pública. § 2º No que couber, aplicar-se-ão, na reparação do dano moral, referido parágrafo anterior, os arts. 81 a 88 da Lei nº4117, de 27 de agosto de 1962.”

⁶⁸ **Ibid.**: “Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação de dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza, a repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II – a intensidade do dolo (ou grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação);

III – a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos em lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.”

⁶⁹ **Ibid.**: “Art. 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direitos, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I – Os **danos morais** e materiais, nos casos previstos no art. 16, II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúria.” (O grifo é nosso).

⁷⁰ www.stj.gov.br.

⁷¹ **Ibid.**

Súmula 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”⁷².

Depois da promulgação da Constituição Federal, outras legislações específicas dispuseram sobre danos morais: O Estatuto da Criança e do Adolescente⁷³ (Lei nº 8.069-90); o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078-90)⁷⁴; a nova Lei de Direitos Autorais⁷⁵ (Lei nº 9.610-98); a Lei dos Arquivos Públicos⁷⁶ (Lei nº 8.159-91) e a Lei do Planejamento Familiar⁷⁷ (Lei nº 9263-96).

Com a Constituição da República, que previu explicitamente a representação à reparação do dano moral no art. 5º, V e X, não há mais discussão acerca da reparabilidade ou não do dano moral.

A perda de um ente querido gera, portanto, sem dúvida, dano moral, que, aliás, segundo a jurisprudência do STJ, nem precisa ser provado. Decorre da ordem natural das coisas: “O deferimento da indenização por dano moral sofrido com a morte do marido e do pai dos autores independe de prova do efetivo sofrimento, que decorre da natureza das coisas”⁷⁸.

O Código Civil de 2002 estabelece a reparação do dano moral expressamente através do disposto no Artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. A previsão contida na legislação civilista, prevendo expressamente o dano moral, representa para a legislação pátria um avanço”⁷⁹.

No entanto, a legislação regrediu ao deixar de positivar o princípio da preocupação prioritária com a vítima. O código de 1916 dispunha, no artigo 948, que

⁷² www.stj.gov.br.

⁷³ <http://www.presidencia.gov.br/legislacao>: “Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facilitar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

⁷⁴ *Ibid.*: “Art. 6º, VI : “São direitos básicos do consumidor: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

⁷⁵ *Ibid.*: “Art.27.Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.”

⁷⁶ *Ibid.*: “Art.6º Fica resguardado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação de sigilo, sem prejuízo das ações penal, civil, e administrativa.”

⁷⁷ *Ibid.*: “Art. 21. Os agentes do ilícito e, se for o caso, as instituições a que pertençam ficam obrigadas a reparar os danos morais e materiais decorrentes de esterilização não autorizada na forma desta Lei, observados, nesse caso, o disposto nos arts. 159, 1.518 e 1.521 e seu parágrafo único do Código Civil, combinados com o art.63 do Código de Processo Penal.”

⁷⁸ STJ, REsp 153.155, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., j.10.12.97, DJ 16.03.98.

⁷⁹ **CÓDIGO CIVIL**, art. 186, p. 254.

nas indenizações por fato ilícito, prevaleceria o valor mais favorável ao lesado, no entanto, no código civil em vigor esse dispositivo não encontra correspondência.

No Brasil, quando a reparação do dano moral ainda não estava positivada na Constituição Federal nem na legislação civil, o Superior Tribunal de Justiça, em 1966, já se posicionava a favor da concessão da reparação por danos morais.

Clayton Reis, ao citar Silvio Rodrigues, afirma que:

[...] no que concerne à posição da jurisprudência brasileira em relação à ressarcibilidade do dano moral, poder-se-ia afirmar que até há uns 25 anos eram escassíssimas, se é que existentes, as decisões de tribunais superiores, admitindo a indenização do dano moral.⁸⁰

Felipe P. Braga Neto esclarece que:

[...] o dano moral é categoria cuja construção é fundamentalmente jurisprudencial. Quem quiser conhecê-lo deve ir aos julgados, e não às leis. Estas dizem pouco, e não poderiam na verdade, dizer muito sem prejudicar sua natural evolução. Aliás, à jurisprudência devemos alguns dos mais notáveis passos que demos nos últimos séculos – teoria do abuso do direito, responsabilidade objetiva do Estado, além da própria reparação por danos morais⁸¹.

O voto do Ministro Aliomar Baleeiro pode ser considerado como um marco, no que se refere ao reconhecimento do dano moral no Brasil. O Recurso Extraordinário nº 59940, julgado em 26-04-1966 constitui verdadeira pedra de toque de todas as decisões subseqüentes. Eis o julgado:

O homem normal, que constitui família, não obedece apenas ao princípio filosófico do sexo, mas busca satisfações espirituais e psicológicas, que o lar e os filhos proporcionam ao longo da vida e até pela impressão que se perpetua neles [...] Se o responsável pelo homicídio lhe frustra a expectativa e a satisfação atual, deve reparação, ainda que seja a indenização de tudo quanto

⁸⁰ Silvio RODRIGUES apud Clayton REIS, **Avaliação do Dano Moral**, p. 19.

⁸¹ FELIPE BRAGA, **Responsabilidade Civil**, p. 14.

despenderam para um fim lícito malgrado pelo dolo ou culpa do ofensor. Perderam, no mínimo, tudo quanto investiram na criação e educação dos filhos, e que se converteu em frustração pela culpa do réu”.⁸²

Adéqua-se perfeitamente à realidade brasileira a lição do doutrinador Uruguayo Jorge Gamarra: “No existe más el problema de la resarcibilidad del daño moral, sino el problema de cómo se repara”⁸³.

Outros aspectos relativos ao dano moral no Brasil serão analisados de forma mais aprofundada no capítulo III, nos itens deste capítulo serão discutidos temas como: critérios para mensuração do dano moral, o arbitramento judicial, alguns princípios referentes à matéria e, por fim, o objetivo central deste trabalho que é a fixação do *quatum debeat* e a problemática da tarifação do dano moral.

2.2 O dano moral no direito comparado

Por se tratar, o presente trabalho, de uma análise acerca do dano moral e a problemática da sua quantificação em face do Projeto de Lei nº 7.124/02, faz-se necessária, para que se produza um exame mais consistente sobre o tema, a realização de um breve estudo sobre como esta temática se apresenta em outros ordenamentos jurídicos.

Para tanto, utilizar-se-á como método o do direito comparado, a fim de verificar as diferenças e similitudes existentes entre o a legislação cível que regulamenta a indenização por danos morais e como ela se estabelece em outros países.

Há, na doutrina, inúmeros conceitos de direito comparado. Fortunato Azulay faz referência às palavras do professor Rouast, que define o direito comparado como “o ramo do direito que tem por objeto a aproximação científica das instituições jurídicas e das regras de direito dos diversos países”⁸⁴.

⁸² www.stj.gov.br.

⁸³ Não existe mais o problema da resarcibilidade do dano moral, mas o problema de como se repara. (Tradução nossa). Jorge GAMARRA, **La cuantificación monetaria del dano moral**.

⁸⁴ Fortunato AZULAY, **Os Fundamentos do Direito Comparado**, p. 44.

Ainda no que se refere à definição do termo direito comparado, Azulay traz em sua obra, a definição do professor japonês Naojiro Sujiyama, que, segundo o autor, é um dos maiores pesquisadores da matéria:

O direito comparado consiste em comprovar positivamente, por meios determinados e com objeto fixo, o que há de particular e de comum entre dois ou vários direitos nacionais ou supra-nacionais, tomados nos mais amplo sentido da palavra.⁸⁵

O termo direito comparado tem dois significados: micro-comparação e macro-comparação, conforme João de Castro Mendes:

[...] à comparação de ordens jurídicas na sua totalidade, destacando-se entre elas semelhanças e diferenças, pode dar-se o nome de macro-comparação. O direito comparado abrange igualmente, porém, a comparação de institutos ou figuras jurídicas particularidades integradas em ordens jurídicas diferentes – por exemplo, analisar o regime de erro nos direitos alemão e francês, a responsabilidade civil nos direitos europeus. Então temos a micro-comparação.⁸⁶

São inúmeras as funções do estudo comparativo. Lino de Moraes Leme, citando Clóvis Beviláqua, enumera as seguintes vantagens do estudo do Direito pelo método comparativo:

a) para a ciência, que conhecerá o modo como se opera evolução no Direito, verificará que se trata de um fenômeno social, a demonstrar a identidade da natureza que determina, por toda parte, certa ordem de necessidades semelhantes e os modos semelhantes de satisfazê-las, a para com as divergências, que mostram que o que há de substancialmente diferente entre vários Direitos; b) para o legislador, que assim se abebera da lição fecunda da experiência secular dos homens e dos povos, com os subsídios da estatística e da história; c) para o juiz, que terá, dessa forma, um conhecimento melhor das leis pátrias e um meio para suprir-lhes as lacunas e deficiências.⁸⁷

⁸⁵ Fortunato AZULAY, **Os Fundamentos do Direito Comparado**, p.45.

⁸⁶ João de Castro MENDES, **Direito Comparado**.

⁸⁷ Clóvis BEVILÁQUA apud Lino de Moraes LEME, **Direito Civil Comparado**, p.46.

O jurista francês, René David, ao analisar o método, aponta outras utilidades advindas da análise comparada de ordenamentos jurídicos, afirmando que:

Não é só reservado ao legislador o poder de utilizar o direito comparado para aperfeiçoar o direito. Idêntica possibilidade está aberta à doutrina e à jurisprudência. A lei pode perfeitamente ter um caráter nacional; o direito, este jamais se identifica efectivamente com a lei. A ciência do direito tem, pela sua própria natureza de ciência, um caráter transnacional.⁸⁸

A razão de este capítulo integrar a presente dissertação é que, por meio do confronto de sistemas jurídicos distintos, pode resultar numa melhor compreensão dos institutos existentes em nosso direito. Outro aspecto fundamental é verificar se as legislações estrangeiras influenciaram o ordenamento jurídico pátrio; é importante para conhecer as origens do direito brasileiro.

Lino de Moraes Leme assevera que “a função prática desse estudo não deve ser compreendida no conceito, pois não estamos definindo uma arte. Cabe aos cientistas, aos legisladores, aos juristas, aos economistas, aproveitar os estudos feitos, para as finalidades que se proponham”⁸⁹.

René David afirma que “o direito comparado é útil para ter um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para melhorá-lo”⁹⁰.

Certamente, observar outros ordenamentos jurídicos trará a este trabalho uma visão mais sistêmica do instituto da reparação por danos morais, possibilitando uma melhor compreensão desta espécie de reparação e, quem sabe, constituindo-se em fonte para auxiliar a repensar alguns questionamentos. Hodiernamente, com a realidade da globalização, confrontar ordenamentos jurídicos parece indispensável para entendermos a sociedade, dando respostas às suas demandas.

Neste estudo sobre a problemática da quantificação do dano moral, a escolha dos ordenamentos jurídicos estrangeiros a serem analisados de forma

⁸⁸ René DAVID, **Os Grandes Sistemas Jurídicos do Direito Contemporâneo**, p. 28.

⁸⁹ Lino de Moraes LEME, **Direito Civil Comparado**, p. 39.

⁹⁰ René DAVID, **Os Grandes Sistemas Jurídicos do Direito Contemporâneo**, p. 28.

comparada é de suma importância. Observe-se, no entanto, que não haveria sentido na comparação se a escolha dos países tivesse ocorrido de modo aleatório. Assim, os paradigmas utilizados têm uma justificativa para a sua eleição. Para isso, buscou-se na doutrina brasileira e argentina fundamentos que abalzassem a seleção de países aqui apresentada.

Guido Fernando Silva Soares lembra que os sistemas jurídicos do mundo podem ser agrupados em quatro grandes famílias:

1ª) o sistema romano-germânico, denominado de *civil law*, no qual se encontra o direito brasileiro; 2ª) o sistema do *common law*; 3ª) o sistema dos direitos socialistas, adotado anteriormente à ex-URSS; 4ª) as concepções de ordem social e do direito, tais como o direito muçulmano, o judaico e o da África, de forte componente religioso, que mesclam elementos do sistema da *civil law* (como Israel e Líbano) e da *common law* (como Índia e Paquistão)⁹¹.

Tal distinção é importante, pois é fundamental analisar separadamente os sistemas jurídicos para fazer qualquer espécie de comparação entre eles. De maneira mais específica e aprofundada, o doutrinador argentino Roberto H. Brebbia ensina que:

Tendo em conta a extensão qualitativa acordada no princípio que ordena a reparação dos danos morais, os sistemas jurídicos forenses podem ser classificados em quatro grupos diversos:

A) No primeiro grupo situamos os países cujas legislações consagraram de maneira ampla e geral o princípio do ressarcimento aos danos morais. Por sua vez, as mesmas são suscetíveis de uma subclassificação, segundo admitam a procedência da reparação somente no campo da responsabilidade aquiliana ou também, no terreno da responsabilidade contratual. França e Suíça devem ser consideradas como os países protótipos do último subgrupo; a maioria das nações latino-americanas, do primeiro grupo.

B) No segundo grupo reunimos aqueles sistemas de direito que admitem o princípio da indenização dos danos morais unicamente em certas hipóteses taxativamente determinadas. Na cabeça deste grupo situamos a legislação alemã, que tanta influência teve sobre a codificação efetuada por outros países no primeiro quarto do século.

(corrigi essa citação porque me pareceram erros de digitação, mas se forem erros do Brebbia devem ser mantidos.)

⁹¹ Guido Fernandes SOARES, Common Law, introdução ao direito dos EUA, **Revista dos Tribunais**, p. 25-26.

C) O terceiro grupo é formado pelo direito anglo-americano, de características especialíssimas que os separam nitidamente dos sistemas dos países codificados.

D) O quarto grupo é integrado por países como Rússia e Hungria, em suas codificações parecem ignorar o princípio da reparação dos danos morais, ainda quando os textos, por sua latitude não os prescrevem de forma expressa^{92, 93}.

Dessa forma, por uma questão metodológica, e para melhor analisar a problemática da fixação dos *quantum* indenizatórios oriundos de ações de reparação do dano moral, resolvemos analisar as legislações dos seguintes países: França, Itália, Portugal, Alemanha, Argentina, Suíça, Polônia - países que adotam o sistema do *civil Law* - e Inglaterra e Estados Unidos - *common law*. Cada um desses países pertence a um dos quatro grupos apontados pelo doutrinador argentino.

No entanto, por razões óbvias, foram excluídos deste trabalho os países pertencentes ao quarto grupo, por se tratarem de países que não contemplam, em seus ordenamentos jurídicos, o princípio da reparação por danos morais, ainda que não haja legislação que disponha em contrário.

2.2.1 França

Segundo a classificação de Brebbia⁹⁴, a França encontra-se no primeiro grupo, o dos países cujos ordenamentos jurídicos prevêm de maneira

⁹² Roberto BREBBIA, **El dano moral**, nota 89 (Tradução nossa): “Teniendo en cuenta la extensión cualitativa acordada al principio que ordena la reparación de los daños morales, los sistemas jurídicos foráneos pueden ser clasificados en cuatro grupos diversos:

A) En el *primer grupo* situamos a los países cuyas legislaciones consgran de manera amplia y general el principio del resarcimiento de los agravios morales. A su vez, lãs mismas son susceptibles de una subclasificación, según admitam la procedencia de la reparación *solamente em el campo de la responsabilidad aquiliana* o también, *en el terreno de la responsabilidad contractual*. Francia y Suiza deben ser considerados como los países protótipos del último sub- grupo; la mayoría de las naciones latino-americanas, del primero.

B) En el *segundo grupo* reunimos aquellos sistemas de derecho que admiten el principio de la indemnización de los daños morales *únicamente em ciertas hipótesis taxativamente determinadas*. A la cabeza de este grupo situamos la legislación alemana, que tanta influencia tuviera sobre la codificación efectuada por otros países em lel primer cuarto de siglo.

C) El *tercer grupo* se halla formado por el derecho anglo-norteamericano, de caracteres especialísimos que lo separan netamente de los sistemas de los países codificados.

D) El *cuarto grupo* se integra con países que, como Rusia y Hungria, em sus codificaciones parecen ignorar el principio de la reparación de los daños morales, aún cuando los textos, por su latitud, no los proscriban em forma expresa”. (Tradução nossa)

⁹³ **Ibid.**, p. 119-120.

⁹⁴ **Ibid.**, p.120, nota 90.

ampla e geral o princípio do ressarcimento aos danos morais. Para o autor, esse país pertence ao subgrupo “a”, ou seja, ao grupo de países que estabelecem a reparação apenas em caso de responsabilidade contratual.

O Código Civil Francês, mais conhecido como Código Napoleônico, em vigor desde 1804, prescreve em seu artigo 1.382: *“Tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”*⁹⁵.

Houve na França enorme celeuma no que diz respeito à interpretação desse artigo, havendo várias críticas acerca de sua redação.

Em que pesem posicionamentos divergentes, a maioria dos doutrinadores afirma que a disposição legal contida nesse artigo é ampla e genérica, autorizando a reparação tanto de danos patrimoniais, quanto extrapatrimoniais. Foi exatamente assentada nesse entendimento que uma parte considerável de doutrinadores franceses encontrou alicerce para fundamentar e sedimentar a idéia da possibilidade de concessão de reparação por dano moral.

No que concerne à sedimentação de tal instituto na França, é importante destacar o relevante papel desempenhado pela doutrina e pela jurisprudência, pois, com base no resultados de julgados e construções doutrinárias, supriram-se, naquele país, as omissões do texto legal, não deixando margem de dúvida quanto ao cabimento da reparabilidade do dano moral.

Caio Mário da Silva Pereira⁹⁶, a fim de demonstrar o papel da doutrina francesa, cita De Page, um dos defensores da reparação do dano moral, que preconiza que o disposto no art.1.382 abrange todos os gêneros de danos.

Trazendo a lição desse importante doutrinador francês, fica demonstrada que a reparação do dano moral encontra suporte na teoria geral da reparação em direito francês.

Atualmente, nos tribunais daquele país, não há dúvidas acerca do ressarcimento de danos morais. Coube à doutrina francesa a tarefa da construção

⁹⁵ “Todo e qualquer feito do homem, que cause a outrem um dano, obriga-o pela falta que causou a repará-la” (tradução livre).

⁹⁶ Cf. Henri De PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, In: Caio Mario da Silva PEREIRA, **Responsabilidade Civil**, p. 54.

de uma teoria que se fundamenta para a reparação do dano moral diante da inexistência de uma legislação que estabeleça de forma expressa o dano moral.

Sobre a interpretação do artigo 1.832, também se posiciona Américo Luís Martins da Silva: “podemos ser induzidos a entender o termo *dano* ou *damage* em sentido amplo, abrangendo irrestritamente a totalidade dos bens, tanto os materiais (patrimoniais) como os imateriais (não patrimoniais)”⁹⁷.

Ultrapassada a discussão sobre a interpretação do artigo 1832, outra questão crucial surge quando se trata de danos morais, a mensuração do *quantum*. Na legislação francesa, assim como no Brasil, não há fixação de critérios para indenização por danos morais.

Já em 1943, Alcino de Paula Salazar apontava as oscilações referentes aos valores das indenizações por danos morais concedidas pelos tribunais franceses:

[...] essa orientação jurisprudencial, ou seja, a que autoriza a indenização por danos extrapatrimoniais, na França, não tem obedecido a critérios de certa coerência e uniformidade, dando lugar a exageros que têm sido severamente criticados, quer quanto à estimação do valor da indenização quer com relação do interesse afetado. [...] O Tribunal de Paris concedeu indenização de 100.000 francos pelo prejuízo moral causado aos pais pela morte de um filho; o Tribunal do Senna, a de 120.000 pelo prejuízo estético consistente em cicatrizes; o de Pau, a de 20.000 aos pais pela perda de uma criança de 4 anos⁹⁸.

Estabelecendo um paralelo com o ordenamento jurídico pátrio, pode-se dizer que o dispositivo do art. 159 do Código Civil de 1916 se assemelhava, de certa forma, ao artigo 1.382 do código francês de 1804.

Desse breve estudo sobre a legislação francesa, conclui-se que, no que se refere à quantificação do dano moral, a problemática aferição do *quantum* gera inúmeras controvérsias e dificuldades no ordenamento jurídico francês, como ocorre também no ordenamento jurídico pátrio.

⁹⁷ Américo Luís Martins da SILVA, **O dano moral e a sua reparação civil**, p. 106-107.

⁹⁸ Alcino de Paula SALAZAR, **Reparação do dano moral**, p. 103.

Observe-se por fim que, assim como no direito brasileiro, no francês, não há sistema tarifário para a quantificação do dano moral, sendo o arbitramento realizado pelo Judiciário.

2.2.2 Itália

Na Itália, o Código de 1865, em seu art. 1.151⁹⁹, continha uma previsão genérica a respeito do ressarcimento do dano causado por ato ilícito, seguindo, dessa forma, princípios bastante similares aos estabelecidos no art. 1382 do Código Civil francês.

Para Brebbia¹⁰⁰, o artigo 1.151 do Código Italiano de 1865 constituía uma reprodução exata do artigo 1.382 do Código francês.

Assim como na doutrina francesa, entre os doutrinadores italianos também houve muita celeuma no que concerne a interpretação desse artigo. Segundo Brebbia, o dispositivo constante do código de 1865, “*fue matéria de árdua discusión, tanto em la doctrina com em la jurisprudência, si tal disposición y otras complementarias consagraban el principio de la reparación de los agravios morales y la extension acordada al mismo*”¹⁰¹.

Em 1930, começou a vigorar na Itália o novo Código Penal, dispondo no art. 185¹⁰² sobre a obrigação de reparação de danos patrimoniais e não patrimoniais oriundos de qualquer delito.

Houve, em razão da vigência desse novo diploma legal, uma interpretação conjunta do código civil e do código penal por parte da doutrina italiana, de acordo com os ensinamentos de Américo Luis Martins da Silva¹⁰³,

⁹⁹ “Art. 1551- Qualum que fatto dell’uomo che arrecadanno ad altri, obbliga quello per colpa del quase à avvenuto a risarcire il danno”. “Artigo 1551 – Qualquer fato que haja causado dano a outrem, obriga aquele que o provocou a ressarcir o dano” (tradução livre).

¹⁰⁰ Roberto BREBBIA, **El dano moral**, p. 160.

¹⁰¹ « GABBA, PACCHIONI Y CHIRONI, obs. cit., fuerom los principales opositores al principio de ressarcimento de los daños morales em el derecho italiano. Minozzi y Giorgi, obs. Cits. Se destacaron entre los sostenedores de la teoría de la reparación pecuniária de esta categoría de agravios”. **Ibid.**, p.160.

¹⁰² Código Penal: “Art.185 – Ognireato, che obbia cagionato um danno patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”. “Artigo 185 – Cada crime que haja causado um dano patrimonial, obriga o culpado ao ressarcimento e as pessoas que, consoante as normas civis, devem responder por fatos causados por ele” (Tradução nossa).

¹⁰³ Américo Luís Martins da SILVA, **O dano moral e a sua reparação civil**, p. 102

resultando, assim, numa regra ampla de que os danos morais seriam sempre reparáveis, fossem eles resultantes, ou não, de delitos penais ou ilícitos civis.

Em 1942, inspirado na legislação alemã, época do nazi-facismo, passou a vigorar o novo Código Civil Italiano, trazendo nova regulamentação sobre a matéria, o Art. 2.059 - “o dano não patrimonial deve ser ressarcido só nos casos determinados pela lei”¹⁰⁴.

Depreende-se do novo código que houve uma nítida restrição ao instituto da reparação civil no que diz respeito ao dano não patrimonial, limitando a reparação aos casos expressamente previstos em lei. Clayton Reis afirma, com propriedade, que houve, sem dúvida alguma, um retrocesso na legislação italiana¹⁰⁵.

Wilson Melo da Silva também comunga dessa idéia ao afirmar que houve com o advento do Código Civil de 1942, na Itália, antes um retrocesso que, propriamente, um avanço¹⁰⁶.

Não obstante o estabelecido no Código Civil italiano vigente, a doutrina e a jurisprudência vêm, reiteradamente, trazendo o seu rolo compressor contra a limitação contida código¹⁰⁷.

Estabelecendo um paralelo entre o direito italiano e o brasileiro, verifica-se que, muito embora o código de 1942 tenha tentado restringir as indenizações por danos morais, hodiernamente, na rotina dos tribunais daquele país, assim como ocorre hoje no Brasil, não há questionamentos acerca da possibilidade ou não de indenizar danos morais, qualquer que seja a espécie do dano.

Diferentemente da Itália, no Brasil não há um artigo na legislação que restrinja a reparação por danos morais. À semelhança da legislação brasileira, na Itália, não há critérios nem teto legal para fixação do *quantum debeatur*.

Felipe P. Braga Netto cita um julgado italiano:

Na Itália, em 27 de novembro de 2000, dois sujeitos que haviam sido presos em flagrante ao tentar furtar uma moto foram condenados pelo Tribunal de Milão, em âmbito cível, não apenas à

¹⁰⁴ Art. 2.059. “Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.”

¹⁰⁵ Clayton REIS, **Avaliação do Dano Moral**, p.28.

¹⁰⁶ Wilson MELO DA SILVA, **O dano moral e a sua reparação**, p.74.

¹⁰⁷ Augusto ZENUN, **Dano moral e Sua Reparação**, p. 22.

reparação dos danos patrimoniais causados, mas também à reparação do ‘dano moral afetivo’, decorrente, nos termos do julgado, do fato de existir intenso vínculo afetivo entre a vítima e o objeto, já que a moto era nova e havia sido adquirida com o primeiro salário do seu proprietário. Criticamente batizada de “dano da moto nova”, a nova espécie de dano converteu-se, na ótica comparatista, em advertência aos limites da responsabilidade civil brasileira, (RTDC, v.22, p. 60, abr.-jun 2005) ¹⁰⁸

Junto ao exposto no capítulo anterior, o fato de a moto roubada ter sido comprada com o primeiro salário do lesado não constitui, por si só, danos morais, pois nesse caso há um prejuízo material, facilmente indenizável. O “dano da moto nova” constitui um exemplo de que também na jurisprudência italiana ainda há equívocos relativos à interpretação do instituto do dano moral.

Estabelecendo um paralelo com o ordenamento jurídico pátrio, pode-se dizer que o dispositivo do artigo 159 do Código Civil de 1916 se assemelhava, de certa forma, ao artigo 1.151 do código italiano que, por sua vez, era uma decorrência da legislação francesa.

No entanto, no Brasil, o Código Civil em vigor estabelece no artigo 186 a indenização por dano moral de forma expressa, determinando que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” ¹⁰⁹.

2.2.3 Portugal

Diferentemente dos códigos Italiano e francês, a legislação portuguesa, desde o código de 1867, já previa expressamente a possibilidade da reparação dos danos morais. Muito similar às codificações francesas e italianas, o Código Civil português de 1867 estabelecia uma sanção para aquele que causasse prejuízo a outrem, *in verbis*: Art.2.361 “Todo aquele que viola ou ofende direitos de

¹⁰⁸ Felipe BRAGA NETTO, **Responsabilidade Civil**, p. 25.

¹⁰⁹ Cf. Yussef Said CAHALI, **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial, Constituição Federal**. (RT-MINI CÓDIGOS), p. 254.

outrem, constitui-se na obrigação de indenizar o lesado, por todos os prejuízos que lhe causa”¹¹⁰.

O art. 2.383 do mesmo Código estabelecia de forma expressa a possibilidade de reparação em caso de danos não materiais, destoando da do disposto em outros códigos europeus, *in verbis*: “Os prejuízos que derivam da ofensa de direitos primitivos, podem dizer respeito à personalidade física, ou à personalidade moral; os prejuízos relativos aos direitos adquiridos referem-se aos interesses materiais expressos”.

O Código de Processo Penal de 1929 estatua no art. 34§ 2º que: “o juiz condenará o réu a pagar uma indenização que abrangerá o dano material e moral causado pelo crime, atendendo, no cálculo da reparação, à gravidade da infração e à situação econômica e social do ofendido”¹¹¹.

Assim, com a corroboração do dispositivo do código de Processo Penal, pode-se afirmar que predominou a tese da plena reparação, entendendo-se que as hipóteses legais contidas no Código Civil cuidavam das exceções à regra geral e não dos casos taxativos.

Em 1938, em pleno regime ditatorial, a reparação por danos morais foi elevada a nível constitucional no art.8º n. 17, relativo aos “direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses”¹¹².

Em 1967, começa a vigorar o novo Código Civil Português instituído pelo Decreto-Lei n.47.344, de 25.11.1966. Este código disciplinou os direitos da personalidade.¹¹³

De forma ampla e genérica o art. 483 do novel diploma legal dispõe que: “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação”¹¹⁴.

¹¹⁰ **CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS DE 1867.**

¹¹¹ **Ibid.**

¹¹² “17º. – O direito de toda reparação de toda a lesão efetiva conforme dispuser em lei, podendo esta, quanto a lesões de ordem moral, prescrever que a reparação seja pecuniária”.

¹¹³ Art. 70. “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

¹¹⁴ **CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS, art. 483.**

Especialmente ao dispor dos danos morais, aos quais denomina de danos não patrimoniais, e dos critérios para sua quantificação, preceitua nos arts. 496 e 494 o seguinte:

Art. 496. 1. Na fixação de imndenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

2. Por morte da vítima, o direito à imndenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

3.O montante da imndenização será fixado equitativamente pelo Tribunal tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstancias referidas no art. 494,no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a imndenização nos termos do número anterior.¹¹⁵

No direito lusitano, indubitável é a possibilidade de se obter reparação por danos morais. O artigo 562 prevê que se deve reconstituir a situação preexistente ao evento danoso¹¹⁶. Uma semelhança, como se verificará mais adiante, com a legislação alemã.

No ordenamento jurídico português, há um termo, no que se refere ao montante indenizatório, que merece destaque – a equidade. Mais de um artigo, nesse mesmo Código se refere à equidade como parâmetro de concessão de indenização por danos, sejam patrimoniais ou não patrimoniais. O art. 494 estabelece que a indenização deve ser arbitrada com equidade¹¹⁷.

O ordenamento jurídico brasileiro não faz menção à palavra equidade no que concerne à mensuração pecuniária dos danos morais.

¹¹⁵ **CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS**, art. 494-496.

¹¹⁶ “Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não tivesse verificado o evento que obriga a reparação”.

¹¹⁷ “Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indenização ser fixada, equitativamente, em montante superior ao que corresponderia aos danos causados, desde o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstancias do caso o justifiquem”.

No mesmo sentido, o art. 655, 3, estabelece que “Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver provados”¹¹⁸.

Numa demonstração da importância da matéria naquele ordenamento jurídico, e como expressão do seu amplo ressarcimento, o Código Civil Português trata da excepcional hipótese de incremento da indenização por danos morais mesmo depois do ajuizamento da ação, admitindo a possibilidade de sua elevação no curso do processo. Assim dispõe o art. 569:

[...] quem exigir a indenização não necessita indicar a importância exata em que avalia os danos, nem o fato de ter pedido determinado quantitativo o impede, no decurso da ação, de reclamar quantia mais elevada, se o processo vier a revelar danos superiores aos que foram inicialmente previstos.¹¹⁹

Depreende-se do Código Civil Português que há uma previsão para a satisfação do prejuízo tanto material, quanto moral da possibilidade da reparação integral, ou seja, da reconstituição do estado anterior ao evento danoso.

Verifica-se, em mais de um artigo do texto legal, que não havendo a possibilidade supracitada, dever-se-á proceder a uma indenização baseada na equidade.

Das previsões legais contidas no ordenamento jurídico português, verifica-se que a aferição do *quantum debeat* – sempre atrelada à idéia da gravidade do prejuízo – é arbitrada pelo poder judiciário, não existindo também a figura da tarifação legal.

A doutrina portuguesa, assim como a brasileira¹²⁰, aponta a necessidade da fixação de critérios para o arbitramento judicial.

Assevera o português Antonio dos Santos Abrantes que:

[...] não se encontram na lei positiva parâmetros objectivos para sua quantificação, tendo o legislador remetido para os tribunais essa

¹¹⁸ **CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS**, art. 655.

¹¹⁹ **Ibid.**, art. 569.

¹²⁰ Esta questão é analisada no subcapítulo 3.3 do capítulo III.

tarefa com recurso às regras de equidade. Após um longo período marcado pela atribuição de indenizações reduzidas, que, na análise de Menezes Cordeiros, constitui uma 'página negra, na nossa jurisprudência', a jurisprudência vem revelando uma maior aproximação aos quantitativos socialmente reputados 'justos'¹²¹.

Importante ressaltar que o ordenamento jurídico português foi um dos ordenamentos que mais dispôs sobre reparação do dano moral.

2.2.4 Argentina

Na Argentina também não há dúvidas a respeito da indenizabilidade dos danos morais. O artigo 1.078 do Código Civil argentino consagrou a reparação por dano moral, oriundo de qualquer classe de ato ilícito, e tem a seguinte redação:

A obrigação de ressarcir o dano causado por ilícitos compreende, além da indenização de perdas e danos, a reparação do dano moral ocasionado à vítima. A ação de indenização do dano moral só competirá ao danificado direto; si do fato houver resultado a morte da vítima unicamente terá ação dos herdeiros necessários¹²².

Maria Francisca Carneiro cita Roberto H. Brebbia, afirmando que a definição do montante da indenização por dano moral deve levar em conta dois aspectos, a saber:

a) O primeiro trata da gravidade objetiva do dano. Significa avaliar a extensão e profundidade da lesão, em seus aspectos concretos: tempo para a cura e recuperação, intenção do agente, meios empregados, sequelas deixadas, conseqüências de ordem material etc.

B) O segundo leva em consideração a personalidade, extremamente importante, pois os danos morais nascem da lesão sofrida no componente psico-espiritual do prejudicado¹²³.

¹²¹ António dos Santos Abrantes GERALDES, Imndenização dos danos reflexos, In: **Temas de Responsabilidade Civil**, p. 23-24.

¹²² **CÓDIGO CIVIL ARGENTINO**: "La obligación de resarcir el daño causado por los ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral solo competirá al damnificado directo; si el hecho hubiere resultado la muerte de la víctima únicamente tendrá acción los herderos forzosos". (Tradução nossa)

¹²³ BREBBIA apud Maria Francisca CARNEIRO, Método de valuacion del daño moral, p. 69: "a) El primero trata de la gravedad objetiva del daño. Significa valuar la extensión y profundidad de la

A autora acrescenta aos aspectos mencionados por Brebbia alguns outros, à semelhança do entendimento que vem sendo sedimentado por parte da jurisprudência e doutrina brasileiras, quais sejam:

- a) A situação familiar e social da vítima: os vínculos familiares de maior ou menor grau do prejudicado com os membros de um grupo biológico, posição e função exercidas nesse grupo, a fortiori, o conceito e reputação social da vítima, fator muito importante, especialmente nos casos de ataque à honra ou à honestidade.
- b) A receptividade particular da vítima: a respeito de uma condição fisiológica específica do indivíduo, o mesmo sobre a estrutura psicológica nos casos da personalidade que faz o sujeito menos vulnerável, suscetível, resistente a esta ou aquela forma de dor.
- c) A gravidade da falta cometida: deve repercutir o montante da reparação e uma medida equivalente à gravidade e extensão na qual se incorrido. A gravidade da falta pode, ao mesmo tempo, determinar a dimensão e constituir a pauta do prejuízo.
- d) A personalidade do autor do ato ilícito: assim como ocorre no direito penal, os antecedentes e um suposto grau de “periculosidade” do agente, assim como as características de sus índole, repercutem significativamente para efetivar o montante da indenização devida à vítima do dano moral”¹²⁴.

Os aspectos aqui apontados serão analisados com profundidade no capítulo próprio, no item 3.3 critérios para a fixação do *quatum debeat*, no capítulo III intitulado A Problemática da Indenização e da Fixação do *Quantum Indenizatório* e a tarifação legal.

Importante, neste momento, é que na doutrina argentina, assim como na brasileira, há várias proposições de critérios para auxiliar na aferição do *quantum debeat*.

lesión, en sus aspectos concretos: tiempo para la cura y recuperación, intencionalidad del agente, medios empleados, secuelas dejadas, consecuencias de orden material, etcétera.

b) El segundo lleva em consideración la personalidad, extremadamente importante, pues los daños morales nacen de la lesión sufrida em el componente psíquico-espiritual del perjudicado” (Tradução Nossa)

¹²⁴ Maria Francisca CARNEIRO, **A avaliação do dano moral e o discurso jurídico**, p. 69.

2.2.5 Espanha

Do disposto no art. 1.092, do Código Civil espanhol de 1889, depreende-se que este ordenamento jurídico foi muito influenciado pelo Código Napoleônico, seguindo as mesmas diretrizes naquele estabelecidas: *“El que por acción o omisión causa dano a outro, inteveniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*¹²⁵.

Assim como acontecia nas legislações francesas e italianas, a previsão legal do art. 1.092 também era revestida de caráter genérico, o que também resultou em polêmica sobre a indenizabilidade do dano moral, posto que não havia previsão expressa em lei.

Autores como Wilson de Melo e Silva¹²⁶, Clayton Reis¹²⁷, entre outros, informam que houve, por parte dos tribunais espanhóis, certa resistência para admitir a possibilidade de indenização por danos morais. No entanto, foi, segundo os autores, que, após debates ocorridos nas cortes de justiça espanholas, a tese da reparação prosperou, não havendo hodiernamente qualquer dúvida sobre a sua consolidação.

Clayton Reis¹²⁸ preceitua que na Espanha, assim como no Brasil e em outros países, a construção pretoriana foi decisiva na elaboração e aceitação da compensação dos danos extrapatrimoniais.

O tema da quantificação do dano moral, assim como na Argentina e no Brasil, suscita discussões doutrinárias. Jaime Santos Briz aponta alguns critérios para a fixação do valor indenizatório: *“la indemnización no podrá ser nunca excusa para el enriquecimiento ilícito del perjudicado”*¹²⁹.

Como se verá adiante, uma parte considerável da doutrina brasileira também se posiciona contra o enriquecimento ilícito.

Outra semelhança com direito brasileiro é que o direito espanhol também deixa por conta do julgador o encargo da quantificação dos danos morais. A

¹²⁵ CÓDIGO CIVIL ESPANHOL DE 1889, art. 1.092.

¹²⁶ Wilson MELO DA SILVA, **O dano moral e a sua reparação**, p. 194.

¹²⁷ Clayton REIS, **Avaliação do Dano Moral**, p. 34.

¹²⁸ Cf. **Ibid.**, p. 35.

¹²⁹ “A indenização não poderá ser nunca uma desculpa para o enriquecimento ilícito do prejudicado”. Jaime dos Santos BRIZ, **La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho Processal**, p. 132.

legislação espanhola, tal como a brasileira, não fornece critérios objetivos para a fixação do *quantum debeatur*.

2.2.6 Alemanha

Em 1900, começou a vigorar o BGB, o *Bürgerliches Gesetzbuch*, ou Código Civil Alemão, que unificou a legislação daquele país.

O art. 253: “*Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden*”¹³⁰.

Wilson Melo da Silva, citando o doutrinador Fischer, aduz que os números fixados em lei para a indenização em dinheiro são poucos e que estes se encontram nos §§ 847 e 1300, daquele código.

O § 847 do BGB prescreve:

Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, das er durch Vertrag anerkannt oder das er rechtshängig geworden ist.

*Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt wird.*¹³¹

E o art. 1.300 do mesmo estatuto dispõe:

Hat eine unbescholtene Verlobte ihrem Verlobtem die Beiwohnung gestattet, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 1298 oder des § 1299 vorliegen, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

¹³⁰ CÓDIGO CIVIL ALEMÃO, art. 253.

¹³¹ FISCHER apud Wilson MELO DA SILVA, *O dano moral e a sua reparação*, p.54.

*Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, dass er durch Vertrag anerkannt oder das ser rechtshängig geworden ist.*¹³²

Essas são as hipóteses previstas nos §§ 847 e 1300 do *Bürgerliches Gesetzbuch*.

Para o Wilson, o rol taxativo do *BGB* é arbitrário e ilógico. De acordo com os ensinamentos do doutrinador italiano Gabba¹³³, deveriam ser admitidos ou todos os casos de indenização ou nenhum deles. O doutrinador francês, também citado por Wilson, afirma que não há nessa codificação um critério justificador para a exclusão dos demais casos de danos morais.

No entanto, nesse ordenamento jurídico está previsto o princípio da *restitutio in integrum* consagrado expressamente no art. 249 do Código Civil alemão, com a seguinte redação: “*Quem deve perdas e danos é obrigatório a restabelecer a situação que teria existido se o prejuízo decorrente do ato ilícito não tivesse ocorrido*”¹³⁴.

Conclui-se que o *Bürgerliches Gesetzbuch* estabelece uma legislação casuística, não dispondo regras gerais e irrestritas acerca da reparação dos danos morais.

2.2.7 Suíça

É consenso entre importantes doutrinadores brasileiros e estrangeiros que é no Direito suíço que o instituto do dano moral é melhor regulado¹³⁵.

A indenização por dano moral já se encontrava codificada na Suíça no Código Civil de 1907 e no Código Federal de Obrigações desde 1911.

Informa Américo Luis Martins da Silva que a 2ª alínea do artigo 28 do Código Civil suíço de 1907 dispõe que:

¹³² **CÓDIGO CIVIL ALEMÃO**, art. 1.300..

¹³³ GABBA APUD Wilson MELO DA SILVA, **O dano moral e a sua reparação**, p. 56.

¹³⁴ **CÓDIGO CIVIL ALEMÃO**, art. 249.

¹³⁵ Cf. Wilson MELO DA SILVA, **O dano moral e a sua reparação**, p. 82, Alcino de Paula SALAZAR, Alcino de Paula SALAZAR, **Reparação do dano moral**, p. 106; Roberto BREBBIA, **El dano moral**, p. 74.

[...] aquele que sofrer atentado ilícito em seus interesses pessoais pode requerer ao juiz para o fazer cessar. Uma ação por perdas e danos ou de pagamento de uma soma em dinheiro a título de reparação moral não pode ser tentada fora dos casos previstos pela lei.¹³⁶

Alcino de Paula Salazar¹³⁷ informa que dispendo primeiramente quanto aos casos de homicídio e lesões corporais, prescreve o Código das Obrigações, no art. 47: *“Le juge em tenant compte de circonstances particulières, allouer à la victime de lésions corporelles, ou, en cas de mort d’homme, à la famille, une indemnité equitable à titre de réparation morale”*¹³⁸.

E no art. 49, sem esse caráter facultativo e limitado, assim ampliou a regra:

*Celui qui subit une atteinte dans ses intérêts et en outre une somme d’argent, à titre de raparation morale, lorsque celle-ci est justifiée par la gravité particulière du préjudice subi et de la faute. Le juge peut substituer ou ajouter à l’allocation de cette indemnité un autre mode de réparation.*¹³⁹

Américo Luis Martins da Silva acrescenta que a segunda parte desse dispositivo dispõe que “o juiz pode aumentar ou substituir a gratificação dessa indenização por outro modo de reparação”¹⁴⁰.

Ensina Brebbia que:

*[...]la legislación Suiza, en lo referente a la matéria que tratamos, debe ser considerada como la más completa de todas. En este país, el principio amplio de resarcimiento de los daños morales no constituye una creación pretoriana de la jurisprudência, sino que se halla consagrado directamente en textos legales expresos y categóricos que evitan toda duda al intérprete*¹⁴¹.

¹³⁶ Américo Luís Martins da SILVA, **O dano moral e a sua reparação civil**, p. 121.

¹³⁷ Alcino da Paula SALAZAR, **Reparação do dano moral**, p. 107.

¹³⁸ Art. 47. “O Juiz levando em conta as circunstâncias particulares, à vítima de lesões corporais, ou, em caso de morte do homem, a família receberia uma indenização proporcional a título de reparação moral. (Tradução Nossa)

¹³⁹ “Art. 49 Aquele que é atingido em seus interesses e recebe por outro lado uma soma em dinheiro, quando esta é justificada pela gravidade especialmente pelo prejuízo sofrido. O Juiz pode substituir ou acrescentar à aplicação desta indenização um outro modo de reparação.” (Tradução Nossa)

¹⁴⁰ Américo Luís Martins da SILVA, **O dano moral e a sua reparação civil**, p. 121.

¹⁴¹ Roberto BREBBIA, **El dano moral**, p.128.

Conclui Wilson Melo da Silva que se se considerar que, de fato e de direito, os danos patrimoniais, justificadores da reparação, se circunscrevem quase apenas a danos à pessoa física do lesado ou aos seus interesses pessoais, isto é, aos seus sentimentos, afeições e a todos os demais atributos naturais de sua própria personalidade, não há exagero algum ao se dizer que a tese da reparação dos bens morais se encontra, na Suíça, no estado da mais plena floração.¹⁴²

Não há no ordenamento jurídico suíço, nem de modo geral, nem para os casos expressamente previstos naquela legislação, uma tarifação preestabelecida para a indenização de danos morais, ficando a cargo de o juiz decidir sobre o *quantum* indenizatório.

2.2.8 Polônia

Inicialmente, na Polônia, a idéia de dano moral estava ligada à lesão corporal, ataque à saúde ou à morte. Examinando o tema, Brebbia faz uma análise dos dispositivos correlatos a esse conceito inicial de reparação por dano moral estabelecido no Código de Obrigações de 1934:

El Código de las Obligaciones de Polonia, puesto em vigor el 1º julio de 1934, concede a la reparación de los agravios morales em los mismos casos que el C. Civil Chino: el de lesiones corporales o ataques a la salud (art. 165); y el de muerte (art. 166).

*En ambos os casos se establece la obligación de pagar la víctima directa o a los familiares una suma en adecuada em concepto de satisfacción por el perjuicio moral sufrido; a la vez que se faculta a los damnificados a exigir que la indemnización sea abonada directamente a la institución que los mismos designem.*¹⁴³

Para Eugène Jarra, no ordenamento jurídico polonês, o princípio da reparabilidade do dano moral é acolhido sem quaisquer reservas, já que constitui matéria de direito expresso.¹⁴⁴

¹⁴² Wilson MELO DA SILVA, **O dano moral e a sua reparação**, p. 225.

¹⁴³ Roberto H. BREBBIA, **El daño moral**, p. 160.

¹⁴⁴ Eugene JARRA, **Les dommages moreaux et lê Code dès Obligations de La Pologne**, p. 150.

De fato, o § 3º. do art.157 do Código de Obrigações Polonês estabelece que “nos casos previstos pela lei, uma pessoa pode demandar, independentemente da reparação do dano material, uma satisfação pelo prejuízo moral”¹⁴⁵.

Sobre o tema, assinala Alcino de Paula Salazar: “dispondo sobre a reparação em geral, no capítulo de atos ilícitos, o legislador polonês distinguiu o dano material do dano moral, este dando lugar a uma satisfação, além da reparação daquele nos casos previstos em lei” ¹⁴⁶.

Há, na legislação polonesa, dois dispositivos legais que não podem deixar de ser analisados. Salazar¹⁴⁷ recorda ainda que, no art. 165, sobre a espécie mais importante prescreve (segundo a tradução do Ministro SIECZKOWOSKY e do professor WASILKOWSKI, com a colaboração de HENRI MAZEAUD (1):

§1º. En cas de lésions corporelles ou de troubles de la santé, de privation de liberté ou d'atteinte à la victime ou à l'institution qu'elle désignera une somme convenable, à titre de satisfaction pour les souffrances physiques et pour le préjudice moral.

*§2º. La dispositon précitée s'applique également lorsqu'une femme, un mineur, ou une personne ne jouissant de la plénitude de ses facultés intellectuelles, a été contrainte par dol, violence, abus d'autorité ou exploitation de sa situation critique à se livrer à un acte de débauche.*¹⁴⁸

Dispõe o art. 166:

*En cas de décès de la victime par suite de lésion corporelle ou de troubles de la santé, le tribunal peut allouer une somme convenable aux membres les plus proches de la famille du défunt ou à l'institution par eux désignée, à titre de satisfaction, pour le préjudice moral qu'ils ont subi.*¹⁴⁹

¹⁴⁵ **CÓDIGO DE OBRIGAÇÕES POLONÊS**, art. 157.

¹⁴⁶ Alcino de Paula SALAZAR, **Reparação do dano moral**, p.112.

¹⁴⁷ **Ibid.**, p.113.

¹⁴⁸ “§1º. Em caso de lesão corporal ou de problemas de saúde, de privação de liberdade ou de atentado à vítima ou à instituição, determinar-se-á um valor convencional, a título de satisfação do sofrimento físico e dos prejuízos morais. §2º. A disposição precedente se aplica igualmente seja a uma mulher, um menor, ou a uma pessoa que não dispõe da plenitude das suas faculdades intelectuais, sempre que tenha sido contraída por dolo, violência, abuso de autoridade ou exploração de situação crítica relacionada a um ato de excesso” (Tradução nossa).

¹⁴⁹ “Em caso de morte da vítima em consequência de lesão corporal ou de problemas de saúde, o Tribunal pode conceder uma soma suficiente aos membros mais próximos da família do finado ou à

Na Polônia, a indenização proveniente de algumas espécies de danos pode ser auferida pela vítima, pela família do defunto, nos casos de morte ou, ainda, pode ser doada a uma instituição. Como se verá no próximo subcapítulo, na Inglaterra e nos Estados Unidos, a indenização, no caso de *exemplary damages*, também pode ser enviada a fundos estatais.

Nas fontes pesquisadas, não há notícias, tanto no direito Suíço, quanto na legislação polonesa, de questionamentos acerca do *quantum* indenizatório. Igualmente ao que ocorre no Brasil, naqueles países, é o Poder Judiciário quem estabelece o *quantum*.

2.2.9 Inglaterra

Na Inglaterra, vige o sistema da *common law*. Não há previsão legal (normas escritas) que preveja a indenizabilidade dos danos morais, sua estrutura jurídica é baseada no direito consuetudinário. Lá existe uma figura jurídica denominada de direito de *torts*, o que, numa tradução aproximada, pode-se chamar de direito do prejuízo ou ofensa.

Ao analisar a figura da indenização por danos morais, Wilson Melo da Silva conclui que:

[...] os anglo-saxões em vez de sancionarem normas fecundas em consequência, das quais, por dedução, se fizessem as aplicações aos casos concretos, preferem partir dos próprios casos concretos. Reúnem em grupos as espécies que lhes parecem semelhantes e, quando chamados a decidir, consultam as coleções-séries dessas espécies análogas. Achando grupo símile, resolvem a pendência de acordo com ele. É o direito consuetudinário agindo em sua plenitude.¹⁵⁰

Para José de Aguiar Dias¹⁵¹, o direito inglês reconhece amplamente a reparação do dano moral, como atesta Mayne, para quem toda e qualquer lesão importa um dano, ainda que patrimonialmente não corresponda à moeda mais

instituição designada por eles, a título de compensação pelo prejuízo moral que eles sofreram.” (Tradução nossa).

¹⁵⁰ Wilson MELO DA SILVA, **O dano moral e a sua reparação**, p. 212-213.

¹⁵¹ José dias de AGUIAR, **Responsabilidade civil**, p. 43-44.

significante. O dano não decorre somente do prejuízo pecuniário, mas também de qualquer ofensa que atinja o homem no seu direito.

Cláudio Antonio Soares Levada.

[...] interessante distinção é feita na “*common law*” do Direito Inglês e norte-americano, em que se apontam “*nominal damages*”, “*compensatory damages*” e “*punitive damages*” – também chamados de “*exemplary damages*”. O primeiro deles com a finalidade de reparar simbolicamente ofensas superficiais, reconhecendo tão somente a existência da tutela jurídica; o segundo com a finalidade de compensar a vítima do mal sofrido, restituindo-a ao estado anterior através de soma em dinheiro fixada de acordo com as peculiaridades do caso concreto; e o terceiro, por fim, com a natureza de punição não apenas para a desagravo da vítima, mas também em face da sociedade em que vive o ofensor, a ponto de lhe ser ordenado, nos Estados Unidos, o pagamento de um valor a fundos estatais cujos recursos reverterão em prol da comunidade – que se considera, em tais casos, diante da gravidade da ofensa, também atingida, caracterizando nitidamente o caráter de pena pública, e não apenas privada, ao autor do dano.¹⁵²

Interessante é a distinção existente, no direito Inglês e norte-americano, pois a classificação está diretamente relacionada ao montante indenizatório. Assim, ao valorar o dano em si, torna-se mais fácil a mensuração do *quantum debeatur*.

Outro aspecto interessante no direito inglês e norte-americano é a existência do “*punitive damages*”, também denominados de “*exemplary damages*”. Analisar-se-á, no capítulo subsequente, um posicionamento da doutrina brasileira¹⁵³, segundo o qual uma pessoa não pode auferir montantes tão vultosos capazes de modificar substancialmente sua condição social.

O direito anglo-americano, por meio de repasse de uma parte do valor a fundos estatais cujos recursos reverterão em prol da comunidade, equaciona a questão do enriquecimento sem causa.

¹⁵² Cláudio Antônio Soares LEVADA, **Natureza e Quantificação do Dano Moral em face da Constituição Federal de 1988**, p. 30.

¹⁵³ Há autores como Maria Helena DINIZ e Rui STOCCO, por exemplo, elencam o enriquecimento sem causa como critério a ser observado pelo magistrado ao proferir a sentença. Vide p. 72-74.

2.2.10 Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos, assim como na Inglaterra, adota-se o sistema da *common law*, não havendo, portanto, previsão legal sobre a possibilidade de indenização por dano moral, ocorrendo, dessa forma, a aplicação do direito consuetudinário.

Muito embora essa temática não se encontre estabelecida em lei, afirma Clayton Reis¹⁵⁴ que o direito americano recepcionou de forma clara e precisa que todo o dano deve ser ressarcido.

Rui Stocco afirma sobre o tema:

Nesse país (EUA), a exacerbação nas pretensões de quem pede – particulares ou consumidores – e a perda do senso de equilíbrio e equidade que devem nortear e orientar na fixação do valor do dano à aquele a quem se pede, contribuíram decisivamente para estabelecer verdadeira *indústria* das indenizações. Essa advertência, com perigo de traslado para o nosso Direito, já havia sido feita por Cláudio Antonio Soares Levada (O perigo da industrialização do dano moral, in *Tribuna da Magistratura*, periódico da Associação Paulista de Magistrados, abril/maio/97, p.13). Tal posicionamento no âmbito jurídico interferiu na sociedade americana como um todo e no comportamento das pessoas, conduzindo-as ao isolamento, a ponto de os pais se recusarem a receber em seus lares colegas de seus filhos, sem que estes portem termos que os isentem de responsabilidade por qualquer acidente que eventualmente ocorra. As escolas recusam-se a dar qualquer remédio ou lenitivo (ainda que uma aspirina) aos seus alunos, com receio de que lhes cause uma reação adversa.¹⁵⁵

Ressalte-se que, nos EUA, a reparação dos danos morais assumiu proporções vultosas, típicas de uma sociedade economicamente rica. A essas indenizações de grande monta denominou-se *smart money*.

Conforme explicitado no subcapítulo anterior, assim como na Inglaterra, nos Estados Unidos é aplicado o *punitive damages*, que funciona como uma sanção ao ofensor.

¹⁵⁴ Clayton REIS, *Avaliação do Dano Moral*, p.43

¹⁵⁵ Mirna CIANCI, *O valor da reparação Moral*, p. 81.

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁵⁶ traz um caso que ilustra bem a que proporções chegam as indenizações por danos morais nos Estados Unidos. Um dos exemplos mais emblemáticos da responsabilidade civil é o da americana Stella Liebeck.

A senhora Liebeck, uma velhinha de 79 anos, comprou um café na rede de lanchonete McDonald's. Ao deixar o *drive-through*, tentou abrir o café dirigindo, derramou a bebida em si mesma, sofrendo queimaduras de segundo e terceiro graus. Por esse fato, a Stella Liebeck recebeu quase três milhões de dólares, sendo o valor decidido pelo Júri Popular¹⁵⁷. Esta é uma especificidade do direito americano, o júri é quem define o montante indenizatório. Muito embora a queimadura tenha ocasionado grandes transtornos, a quantia de quase três milhões de dólares parece exorbitante.

Verifica-se que a dificuldade da mensuração do *quantum debeatur* não é um problema apenas do judiciário brasileiro, mas é uma questão que gera questionamentos nos ordenamentos jurídicos estudados.

¹⁵⁶ Maria Celina Bodin de MORAIS, **Dano à pessoa humana**, p. 229.

¹⁵⁷ Desse montante US\$200 mil por danos compensatórios e US\$ 2, 7 milhões por danos punitivos.

3 A PROBLEMÁTICA DA FIXAÇÃO DO QUANTUM NOS CASOS DE DANO MORAL E A TARIFAÇÃO LEGAL (PROJETO DE LEI Nº 7.124/2002)

Para efeito de um maior aprofundamento da questão, buscar-se-á alcançar os traços essenciais da problemática da mensuração para que se possa obter uma compreensão mais apurada do tema.

3.1 Os princípios da *restitutio in integrum* e da preocupação prioritária com a vítima

Com o advento da Constituição Federal de 1988, encerrou-se, definitivamente, a discussão acerca da admissibilidade ou não da reparação por danos morais. Todavia, outras questões surgiram no que concerne à reparabilidade do dano moral.

Neste trabalho, optou-se por analisar a mensuração do *quantum debeat*, ou seja, analisar a maneira como o dano moral é estabelecido nas decisões judiciais e quais critérios adotados pelas cortes para prolação dessas decisões.

O que significa exatamente analisar de que forma o dano moral é mensurado pelos tribunais? Em nenhuma hipótese pretende-se avaliar se as decisões estabelecem valores “altos” ou “baixos”. Em razão de inexistir equivalência entre sentimento (lesão) e dinheiro (reparação) e também por não haver critérios legais para nortear as decisões judiciais, como proceder a essa avaliação?

Neste capítulo, serão apresentadas algumas decisões, de forma panorâmica, sem a pretensão de abarcar todas as decisões, mas indicando algumas amostras representativas de como se têm comportado os tribunais brasileiros. Observe-se, novamente, que o objetivo central deste trabalho não é verificar se os montantes estabelecidos tem sido satisfatórios ou não.

Pretende-se com este estudo uma verificação da conveniência de adotar um sistema tarifário, no ordenamento jurídico brasileiro, instituindo um teto

legal para as indenizações por dano moral. Quais as conseqüências jurídicas de vincular a atividade judicante a um sistema tarifário?

Para dar início a essa análise, são necessárias algumas incursões acerca de elementos que compõe essa problemática. Serão estudados, inicialmente, os princípios da responsabilidade civil que podem ser aplicados ao dano moral.

O autor Felipe P. Braga Neto enumera como princípios da responsabilidade civil os seguintes: o princípio da irrelevância da culpa para a fixação do valor da indenização; o princípio da essencialidade do dano da reparação integral; o princípio da preocupação prioritária com a vítima; o princípio da equidade; o princípio da solidariedade entre os causadores do dano; e o princípio do ajuste da indenização ao valor suportável pelo responsável¹⁵⁸.

Observe-se que os princípios elencados pelo autor são princípios gerais da responsabilidade civil e nem todos se aplicam ao dano moral, por seu caráter subjetivo, imaterial. Dentre os princípios acima enumerados, pertinente a este trabalho é a análise dos princípios do *restitutio in integrum* e o da preocupação prioritária com a vítima, por guardarem uma correlação direta com a questão da fixação do *quantum* indenizatório.

Maria Helena Diniz destaca a importância do princípio da *restitutio in integrum*, definindo-o como reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma constituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente o modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento¹⁵⁹. Para a autora, esse é um dos mais importantes princípios da responsabilidade civil contemporânea.

Esse princípio está diretamente vinculado à definição do *quantum debeat*. Assim, quando não for possível um retorno a um estado anterior, por meio de uma reconstituição natural, deve-se oferecer à vítima uma reparação que seja a mais satisfatória possível.

Como referido no capítulo anterior, na Alemanha, tal princípio está consagrado no art. 249 do Código Civil Alemão, que prevê que aquele que causou

¹⁵⁸ Cf. Felipe BRAGA NETO, **Responsabilidade civil**, p.105.

¹⁵⁹ MARIA Helena DINIZ, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, p.7.

dano a outrem deve restabelecer tal como se o prejuízo decorrente do ato ilícito não tivesse ocorrido.

Geneviève Viney salienta que o princípio da reparação integral propicia a eficácia da compensação, a sua adaptabilidade e acompanhamento da realidade social, o ajustamento da reparação ao caso concreto, e estabelece um critério objetivo de aferição¹⁶⁰.

Todavia, isso é aplicável apenas à reparação dos danos materiais. Quando se trata de dano moral, a eficácia da compensação não é de fácil verificação, ou seja, o critério objetivo não é passível de aplicação, dado a impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, além da subjetividade da lesão. Não se pode afirmar que o princípio da *restitutio in integrum* é critério objetivo quando se trata de danos morais.

Acerca da dificuldade de se aplicar o princípio da *restitutio in integrum*, Mirna Cianci traz a oportuna lição de Sérgio Severo, que ressalta a impropriedade da aplicação dos princípios que regem a reparação no tocante à satisfação dos danos extrapatrimoniais. Leciona Severo: “Não se pode observar, por exemplo, uma aplicação plena do princípio da reparação integral, pois há no presente caso ‘uma falta de elementos de comunicação entre o valor agredido e o *quantum* satisfatório”¹⁶¹.

No entanto, ainda que não seja possível aplicar plenamente o princípio da reparação integral, deve-se buscar, ao máximo, a satisfação integral da vítima. Dessa forma, apesar de não ser possível a volta ao estado anterior, é fundamental que a reparação seja a mais ampla possível, com o escopo de atenuar, ao máximo, os abalos experimentados pelo lesado.

Há outro princípio da responsabilidade civil que deve ser aplicado quando da reparação dos danos morais: é o princípio da preocupação prioritária com a vítima. Para Felipe P. Braga Neto, esse princípio cristaliza a tendência mundial de não deixar a vítima sem reparação¹⁶². De acordo com os ensinamentos de Tereza

¹⁶⁰ Cf. Geneviève VINEY, *La responsabilité; Effects*, p. 82-83, Sergio SEVERO, **Os danos extrapatrimoniais**, p. 200-201.

¹⁶¹ Mirna CIANCI, **O valor da reparação moral**, p. 77.

¹⁶² Felipe BRAGA NETO, **Responsabilidade civil**, p. 105.

Ancona Lopez, “hoje em dia, a tendência é de favorecer a vítima, que se tornou o centro da responsabilidade civil”¹⁶³.

À luz dessas lições, não se pode dar à vítima valor ínfimo, ou que não corresponda, minimamente, à extensão do dano, pois dessa forma, não houve reparação.

O doutrinador João Casillo corrobora tal entendimento:

[...] ao lado da obrigação de indenização, o causador do dano assume o risco de que, se houver dúvida relativa ao *quantum debeat*, esta deve ser decidida contra ele. Inverter essa afirmativa seria deturpar a própria finalidade da indenização, que deixaria de proteger direitos para acobertar valores¹⁶⁴.

Na verdade, inverter a assertiva acima seria como se o lesado fosse novamente alvo de um novo dano, e o lesante privilegiado, mesmo tendo causado prejuízo a outrem. Constituiria um prêmio ao autor da conduta lesiva. Assim, caso haja dúvida quanto ao montante da indenização, deve-se privilegiar a vítima na fixação da indenização e não o ofensor.

O novo Código Civil prevê expressamente no seu artigo 186, a hipótese de dano moral, o que constitui um avanço na nossa legislação cível. No entanto, regrediu ao deixar de positivar o princípio da preocupação prioritária com a vítima. O Código Civil de 1916 dispunha, no seu artigo 948, que, nas indenizações por fato ilícito, prevaleceria o valor mais favorável ao lesado; no código civil em vigor esse dispositivo não encontra correspondência.

3.2 O posicionamento da jurisprudência e o valor da reparação no direito brasileiro

Para se analisar como o tema da reparação por danos morais vem sendo tratado pelo judiciário brasileiro, optou-se dividir esse estudo em duas etapas: a primeira relativa aos julgados provenientes da primeira instância e dos tribunais

¹⁶³ Tereza Ancona LOPEZ, **O Dano Estético**, p. 119.

¹⁶⁴ João CASILLO, **Dano Moral e sua Indenização**, p.56.

estaduais para, na seqüência, avaliar o posicionamento do Tribunal Superior de Justiça.

Neste momento do estudo, é imprescindível trazer à colação alguns exemplos concretos para que, por meio dessa ilustração, seja possível obter uma compreensão da complexidade e da subjetividade do tema.

Dentre muitos casos existentes na jurisprudência pátria, Mirna Cianci¹⁶⁵, com muita propriedade, oferece um dos exemplos que bem ilustra essa problemática de decisões extremamente discrepantes. Tais julgados refletem a dificuldade do exercício da atividade judicante, sem critérios que norteiem essa atividade. Para tanto, trouxe o episódio denominado “Massacre do Carandiru”¹⁶⁶, que ocasionou a morte de 111 detentos do presídio.

Conforme Cianci, inúmeras ações reparatórias foram movidas pelos familiares dos mortos, sendo certo que as circunstâncias do episódio são idênticas para todos os envolvidos, e as vítimas e familiares tinham condições análogas¹⁶⁷.

A autora adverte que as indenizações concedidas variaram desde o equivalente a 8/30 de um salário mínimo até 500 salários mínimos, sendo todas essas ações julgadas pela Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Frise-se: houve um caso em que sequer foi reconhecido o direito indenizatório.

Ainda que existam situações análogas, dificilmente há situações idênticas, portanto, é mais do que razoável que haja julgados com valores diferentes, condizentes com cada caso concreto e, portanto, variantes.

No entanto, parece pouco razoável a variação entre 8/30 de salários e 500 salários. Ainda menos razoável a negativa da reparação de um dano, sobretudo quando se trata do evento morte. Vale ressaltar que, no exemplo

¹⁶⁵ Mirna CIANCI, **O valor da reparação moral**, p.123.

¹⁶⁶ O massacre, considerado um dos episódios mais sangrentos da história penitenciária mundial, ocorreu em 2/11/1992, em São Paulo.

¹⁶⁷ Mirna CIANCI, **O valor da reparação moral**, p. 124. A exemplo: 8/30 de um salário mínimo: REsp 285.684-SP – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – DJU 17-05-02; 12 salários mínimos: AC 246.297-1/2, de 23-4-96 – Rel. Dês. Corrêa Vianna; 70 salários mínimos: AC 17.243-6/00, de 12/98 – Rel. Jovino de Sylos; 100 salários mínimos: AC 262.804.1/5, de 11-03-97 – Rel. Des. Caduro Padin; 200 salários mínimos: AC 272.243-1/2, de 15-09-97 – Rel.Des. Oliveira Prado; 250 salários mínimos: AC 9659-5/0, de 18-3-98 – Rel. Des. Gonzaga Franceschini; 300 salários mínimos: AC 109.373.5/4-00, de 24-9-01 – Rel. Des. Prado Pereira; 500 salários mínimos: AC 21.561-5/1, de 18-6-98 – Rel. Des. Lineu Peinado.

supracitado, todos os acórdãos são procedentes da mesma câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Como explicar que dentro da mesma câmara haja uma variação de montante tão substancial? E ainda, como se explica a concessão da reparação à determinada família e a negativa à outra que também sofreu a perda de um ente querido? Esse exemplo revela sobremaneira as conseqüências da falta de critérios para o julgamento de ações de indenizações por danos morais.

É importante questionar quais são as razões que levam um mesmo órgão a opinar pela concessão de uma reparação no valor de 500 salários mínimos, em virtude da perda de um ente querido, e o mesmo órgão a negar a reparação, sendo estes casos análogos.

A criação de critérios que norteiem a atividade judicante é apresentada como solução para se fazer cessar a prolação de decisões díspares. Outros defendem a necessidade de se fixar tetos legais para reparação de danos morais como solução para o problema. As duas possibilidades serão analisadas de forma mais detalhada nos próximos subcapítulos.

Ressalte-se, entretanto, que ainda que fosse implementado um sistema tarifário legal, ou que fossem estabelecidos critérios norteadores, a problemática do *quantum* indenizatório poderia subsistir, pois, os dois instrumentos, apresentados como solução, não suprimem a parcela de subjetividade existente na atividade do juiz. A primeira possibilidade oferece um teto e a segunda, parâmetros, no entanto, é o juiz quem avalia os parâmetros e decide qual o valor do montante, mesmo que haja um teto.

Maria Celina Bodim de Moraes¹⁶⁸ traz, em sua obra, outro exemplo importantíssimo para a discussão acerca do *quantum debeat*: o acidente que envolveu o Fokker 100 da TAM¹⁶⁹. Desse acidente resultou a morte de André Luiz Linden, 35 anos, tendo o Tribunal de Justiça de São Paulo atribuído à família a reparação no valor de R\$ 75.000,00. No entanto, à família de José Abu Assali, 45 anos, foi concedida a quantia de R\$ 2.000.000,00. Tem-se, nesse exemplo,

¹⁶⁸ http://veja.abril.com.br/151100/p_061.html. Acesso em: 03 fev 2009.

¹⁶⁹ O acidente ocorreu como o voo 402, deixando 99 mortos, em 1996 na cidade de São Paulo.

novamente, outra amostra de julgados absolutamente discrepantes procedentes de um mesmo Tribunal, do TJ SP. Entre os dois valores há uma variação de 2.000%!

Difícilmente existem tantas variáveis nos casos acima citados que justifiquem valores tão discrepantes. Qual o sentimento de uma família que recebe como reparação pela morte de um ente querido um valor 2.000% inferior à outra que também perdeu o seu no mesmo acidente aéreo?

Já que o Direito busca a pacificação social, há que se questionar se a prestação jurisdicional concedida dessa maneira promove a harmonização da sociedade.

A revista *Veja* noticia que a humilhação pela devolução de um cheque acaba gerando uma ação cuja indenização é mais alta do que a de quem recorreu à Justiça por causa da perda de um filho:

em outubro do ano passado, o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo condenou o Unibanco a pagar uma indenização de 150.000 reais a um cliente porque seu nome foi incluído no SPC indevidamente. Seu talão de cheques havia sido furtado de dentro de uma agência e os ladrões emitiram cheques sem fundos. Detalhe: a vítima é juiz e professor de direito. ‘Colocado na vala comum, seu caso foi analisado com desdém pelo banco’”, escreve o relator do acórdão, desembargador Franco de Godói. Dois meses antes, em agosto, o mesmo tribunal havia julgado o caso de uma mulher cujo filho caiu de um trem da Companhia Brasileira de Trens Urbanos em São Paulo. Valor pago: 30.000 reais – um quinto da indenização do cliente do Unibanco.¹⁷⁰

Quanto vale a honra do juiz de direito e quanto vale a vida de uma criança? É importante questionar se a fixação de um teto legal e/ou a fixação de critérios auxiliares na definição do *quantum debeat* expurgarão do ordenamento jurídico brasileiro decisões tão incongruentes.

Mirna Cianci¹⁷¹ cita, ainda, outro caso bastante interessante, mencionado na obra de Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. O autor cita duas decisões provenientes do mesmo órgão julgador, a 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ocorridas no ano de 1991. A primeira decisão trata da perda de dois filhos menores e a segunda, da perda de dois animais de estimação. Pois bem,

¹⁷⁰ <http://veja.abril.com.br/151100/p_061.htm>. Acesso em: 03 fev 2009.

¹⁷¹ Mirna CIANCI, *O valor da reparação moral*, p.132. (EI 123/91 – AC 3528/90-TJRJ; AC12918/41, 4ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro).

para o primeiro caso, o *quantum* indenizatório foi fixado em 40 salários mínimos e, para o segundo, em 100 salários mínimos.

Quantificar a vida de um ser humano é uma tarefa árdua para o judiciário, mas é fundamental lembrar que ainda que existam critérios ou tarifação, há um elemento importante na atividade judicante, discricionariedade exercida com respeito à pessoa humana. É incompreensível que uma mesma Câmara atribua valores mais altos à perda de um animal de estimação que à perda de um filho.

Em virtude de haver decisões muito discrepantes, umas concedendo valores irrisórios, outras quantias astronômicas, é que o Superior Tribunal de Justiça tem revisto inúmeros julgados, alterando seus valores.

É importante ressaltar que o valor da indenização por danos morais se sujeita ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o *quantum* contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se, manifestamente, exagerado ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei¹⁷².

Nesse mesmo sentido, eis o julgado do Ministro Aldir Passarinho Junior:

Inicialmente registro que esta corte tem exercido controle sobre os valores fixados à título de danos morais, tanto para minimizar a discrepância de decisões proferidas pelos diversos Tribunais do país, como também nos casos em que o respectivo valor for irrisório ou abusivo¹⁷³.

Como afirma Mirna Cianci, por meio de uma revisão de valores reiterada, houve uma certa uniformização nos montantes no que concerne à reparação de danos morais. Dessa forma, foi estabelecido um “sistema tarifário jurisprudencial”¹⁷⁴.

Em qualquer circunstância, a reparação por danos morais deve corresponder a valores adequados, aplicados coerentemente em cada caso

¹⁷² REsp 663.520/MG – Rel. Nancy Andrighi – 3ª Turma – Julgado em 4-8-05 – p. 403.

¹⁷³ STJ, 4ª Turma, AI, 459.601- Ag.Rg. RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 05.12.02, negaram provimento, v.u., DJU 24.03.03, p. 234.

¹⁷⁴ Mirna CIANCI, **O valor da reparação moral**, p. 147-654.

concreto, promovendo assim a realização mais aproximada possível do princípio da reparação integral.

Analisando situação semelhante, Clayton Reis informa que na França e na Inglaterra é utilizado um critério objetivo denominado de *calcul au point* (cálculo ao ponto), que é uma espécie de referência correspondente a casos semelhantes julgados anteriormente¹⁷⁵.

A utilização de parâmetros judiciais para nortear outros julgamentos é um mecanismo que tem sido apresentado como uma possível solução para evitar decisões tão díspares em casos semelhantes.

No Brasil, segundo levantamento realizado por Mirna Cianci¹⁷⁶, é esse o critério que vem sendo adotado, ou seja, o Superior Tribunal de Justiça vem imprimindo severas revisões em muitos julgados. Fazendo alusão ao tema, Clayton Reis cita Jorge Gamarra¹⁷⁷, o qual informa que no Uruguai também é comum a prolação de julgados seguindo orientações pré-existentes. Gamarra indica como vantagem desse sistema de padronização: “a uniformidade jurisprudencial também assegura a paridade de tratamento que devem receber todos os litigantes que se encontram em situações similares”¹⁷⁸.

Maria Celina Bodin de Moraes assim analisa o tema:

[...] o Tribunal ao criar uma espécie de “tabelamento”, com as vantagens de se evitar, por este modo, as disparidades e contradições teleológicas que vêm ocorrendo, mas, por outro lado, impedindo que sejam, devida e efetivamente, salientados os pormenores, os detalhes, as peculiaridades, que distinguem as pessoas e que fazem com que os danos que sofrem sejam, também eles, distintos entre si¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Cf. Clayton REIS, **Avaliação do dano moral**, p.66.

¹⁷⁶ A autora cita mais de 150 julgados, só de decisões judiciais de dano moral por morte. Op cit. 344-413.

¹⁷⁷ Cf. Jorge GAMARRA apud Clayton REIS, **Avaliação do dano moral**, p. 66: “para solución de estos males era menester operar una transformación radical, que acontece con el advenimiento del critério empírico, que cuenta con amplia aceptación en Inglaterra y Francia (en este ultimo país mediante el ‘calcul de point’, ya estudiado en el volume anterior. Si su aparición en el Uruguay puede situarse con precisión en el año de 1980, la jurisprudencia Inglesa ya habia comenzado a adptarlo en los años 1951 e 1953, decidiendo que los juices deve guiarse por las inemnizaciones otorgadas anteriormente en casos similares, por el ‘tandard’ adoptado en el pasado”.

¹⁷⁸ Jorge GAMARRA, La cuantificación montaria del daño moral (estúdio de la jurisprudência uruguaya), **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, p. 162-167. (Tradução nossa).

¹⁷⁹ Maria Celina Bodin de MORAIS, **Dano à pessoa Humana**, p. 294.

Enquanto nas instâncias de primeiro e segundo grau há uma imensidão de decisões extremamente incongruentes, mesmo em situações análogas, no Superior Tribunal de Justiça há uma forte tendência a se promover uma uniformização dos julgados, o que remonta a uma espécie de tarifação jurisprudencial, fenômeno mais freqüente em casos como os de morte ou de abalo de crédito¹⁸⁰.

Pode-se dizer que há uma espécie de controle da quantificação do dano moral pelo Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo-se assim uma “tabela jurisprudencial”. Acerca dessa “uniformização de jurisprudência”, Mirna Cianci trouxe alguns julgados representativos das indenizações decorrentes do evento morte, para os quais o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu valores que variam entre 100 e 500 salários mínimos¹⁸¹.

É fundamental questionar se essa “uniformização de jurisprudência” não provocará um engessamento das decisões judiciais, pois ao estipular um “*standard* jurídico” impede que as circunstâncias de cada caso concreto sejam observadas pelo juiz singular.

Conclui-se que, pela observação de reiterados julgados que conferem valores aproximados a casos análogos entre si, há, nos casos de morte, certa uniformização de jurisprudência, uma tendência a uma limitação de valores no que se refere à reparação por danos morais decorrentes.

Silvio Venosa¹⁸², em crítica ao sistema tarifário, sugere que o balizamento razoável da reparação chegará, com o passar do tempo, constituindo tarefa da jurisprudência, por meio de entendimento uniformizado.

Observe-se, por fim, que com o argumento de se invocar uma certa isonomia, pode-se incorrer no erro de tabelar, de forma rasa, as especificidades de cada caso concreto, provocando uma verdadeira desumanização, ao invés de se distribuir justiça.

Assim, em se tratando de dano moral, em respeito ao princípio da reparação integral, da preocupação prioritária com a vítima e à dignidade da pessoa

¹⁸⁰ Cf. Mirna CIANCI, **O valor da reparação moral**, p. 344-413.

¹⁸¹ **Ibid.**, p. 344-413.

¹⁸² Cf. Silvio VENOSA, **Direito Civil**, p. 284-285.

humana há que ser concedida reparação de forma mais ampla possível a fim de promover a satisfação da vítima e a pacificação social.

3.3 Critérios apontados pela doutrina para a fixação do valor indenizatório

Embora o novo Código Civil em vigor tenha previsto expressamente o dano moral, não dispôs sobre critérios de valoração utilizados quando da elaboração da decisão judicial; estipula, no artigo 944, que a indenização mede-se pela extensão do dano. Tal assertiva de caráter amplo é insuficiente para orientar a atividade judicante.

Diante da carga subjetiva que envolve a problemática do dano moral, faz-se necessária a estipulação de regras que norteiem o julgador, quando do momento da elaboração de uma decisão. Nessa linha, Maria Helena Diniz avalia: “Um dos grandes desafios da ciência jurídica é o da determinação dos critérios de qualificação do dano moral, que sirvam de parâmetros para o órgão judicante na fixação do *quantum debeatur*”¹⁸³.

Com o objetivo de facilitar a atividade judicante, alguns doutrinadores brasileiros sugerem critérios para contribuir com a problemática da fixação do *quantum*.

Maria Helena Diniz propõe as seguintes regras a serem seguidas pelo órgão judicante, no arbitramento para atingir homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral:

- a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;
- b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;
- c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e natureza da lesão;

¹⁸³ Maria Helena DINIZ, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, p. 101.

- d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;
- e) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter anti-social da conduta lesiva;
- f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante como o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
- g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima e do lucro cessante, fazendo uso do juízo de probabilidade para averiguar se houve perda de chance ou de oportunidade, ou frustração de uma expectativa. Indeniza-se a chance e não o ganho perdido. A perda da chance deve ser avaliada pelo magistrado segundo o maior ou menor grau de probabilidade de sua existência (p.ex., se um grande pugilista ficar incapacitado, por ato culposo de alguém, deverá ser indenizado pela probabilidade das vitórias que deixará de obter);
- h) levar em conta o contexto econômico do país. No Brasil não haverá lugar para fixação de indenização de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;
- i) verificar não só o nível cultural e a intensidade do dolo ou o grau da culpa do lesante em caso de responsabilidade civil subjetiva, e, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poder-se-á reduzir, de modo equitativo, a indenização (CC, art. 944, parágrafo único), como também as posses econômicas do ofensor para que não haja descumprimento da reparação;
- j) basear-se em prova firme e convincente do dano;
- k) analisar a pessoa do lesado, considerando os efeitos psicológicos do dano, a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;
- l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;
- m) aplicar o critério do *justum ante* as circunstâncias particulares do caso sub judice (LICC, art. 5^o), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade¹⁸⁴.

A autora sugere que, para fixar a indenização, o magistrado deve verificar (CC arts. 944, 945 e 946), por exemplo:

- a) o grau de culpa, pois se para o dano concorreram a culpa do lesante e a do lesado, esse fato não poderá deixar de ser levado em conta na fixação da indenização, de tal sorte que ao montante global do prejuízo sorte que ao montante global do prejuízo sofrido se abaterá a quota-parte que, para o magistrado, for imputável à culpa da vítima. Deveras, “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano poderá o juiz reduzir eqüitativamente a indenização” (CC, art. 944, parágrafo único). E acrescenta o Enunciado n. 46 do STJ (aprovado nas jornadas de Direito Civil de

¹⁸⁴ Maria Helena DINIZ, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, p. 104-105.

2002) que: “a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente por, representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”; b) a influência não só da situação econômica da vítima e do agente como também a de acontecimentos naturais ou sociais, observada na apuração do nexo causal; e c) a influência não do lucro obtido pelo lesado na reparação (como na hipótese de receber veículo novo, em substituição ao danificado, já usado); caso em que deverá deduzir do montante do prejuízo sofrido o valor do benefício, desde que este esteja ligado por um nexo de causalidade ao fato gerador da obrigação de indenizar, não tendo sido oriundo de circunstâncias fortuitas. Trata-se da regra da *compensatio lucri cum damno*¹⁸⁵.

Rizzatto Nunes apresenta um rol de parâmetros atualmente utilizados para a mensuração pecuniária do dano moral:

- A natureza específica da ofensa sofrida;
- a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do ofendido;
- a repercussão da ofensa no meio social em que vive o ofendido;
- a existência de dolo, por parte do ofensor, na prática do ato danoso e sua culpa;
- a situação econômica do ofensor;
- a posição social do ofendido;
- a capacidade e a possibilidade real e efetiva de o ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falha;
- as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido¹⁸⁶.

O doutrinador argentino Carlos Alberto Ghersi aportou como colaboração alguns critérios para avaliação do dano moral:

- a) os danos morais não devem, necessariamente, guardar proporção com outros danos indenizáveis, os quais, inclusive, podem inexistir;
- b) o dano moral não está sujeito a cânones escritos;

¹⁸⁵ Maria Helena DINIZ, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, p. 20-21.

¹⁸⁶ Luiz Antonio Rizzatto NUNES; Mirella CALDEIRA, **O dano moral e a sua interpretação jurisprudencial**, p. 4.

- c) não se deve recorrer a cálculos puramente matemáticos;
- d) devem ser levados em conta as condições pessoais de quem será indenizado, padecimentos causados, as circunstâncias traumáticas da conduta do ofensor e as seqüelas que afetam as vítima; e
- e) deve ser considerada a idade da vítima¹⁸⁷.

Rui Stoco indica algumas regras para aferição do *quantum debeatur*:

- a) o magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;
- b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
- c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;
- d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;
- e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio, através do critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor da vítima e de acordo com a situação socioeconômica de ambos;
- f) na indenização por dano moral o preço e a afeição não podem superar o preço de mercado da própria coisa;
- g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas deve servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;
- h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade de dolo e o grau de culpa do agente¹⁸⁸.

Tereza Ancona Lopez, ao analisar o problema da avaliação do dano estético, assevera com propriedade:

O ideal seria que a lei apenas desse os elementos principais para deixar à jurisprudência, com o auxílio da doutrina, a função de elaborar um 'standard jurídico', que contivesse dentro dele todos os

¹⁸⁷ Carlos Alberto GHERSI, *Valuación Económica del Daño Moral y psicológico*, p.110.

¹⁸⁸ Rui STOCO, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, Revista dos Tribunais, p.816.

elementos configuradores de uma lesão estética da pessoa, com a vantagem de ser maleável de acordo com as circunstâncias da época, ao contrário dos critérios legislativos que são estáticos e limitados¹⁸⁹.

Maria Celina Bodin de Moraes aponta que:

[...] com poucas variações, podem ser considerados aceites os seguintes dados para avaliação do dano moral: (i) o grau de culpa e intensidade do dolo do ofensor (dimensão da culpa); (ii) a situação econômica do ofensor; (iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (amplitude do dano); (iv) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica) e (v) a intensidade de seu sofrimento¹⁹⁰.

Apesar dessas importantes contribuições, vale lembrar que a análise dos critérios para apreciação do dano moral não é parte do objetivo deste trabalho, pois, independentemente da adoção pela jurisprudência de alguns critérios aqui apontados, ou mesmo que o Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional¹⁹¹ venha a estabelecer critérios legais, constituindo uma verdadeira pauta obrigatória para os julgadores, a aplicação não encerra a discussão acerca da tarifação; podem coexistir critérios sem tarifação, como também a implementação de critérios aliados à uma tabela legal.

No entanto, há um critério bastante polêmico o qual não se pode deixar de analisar, ainda que brevemente. É o que recomenda a vedação ao enriquecimento sem causa.

O critério do enriquecimento sem causa, sugerido por alguns autores citados neste trabalho e largamente aplicado na jurisprudência pátria, determina que, em situações análogas, o dano deve ser calculado em relação às condições

¹⁸⁹ Tereza Ancona LOPEZ, **O dano estético**, p. 101-102.

¹⁹⁰ Maria Celina Bodin de MORAIS, **Dano à pessoa Humana**, p. 296-297.

¹⁹¹ Projeto de Lei 7.124/2002 que contém a seguinte redação: “**Art. 7º** Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

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

econômicas da vítima. Em outras palavras: se duas pessoas de diferentes classes sociais sofrem um mesmo dano, o menos favorecido economicamente receberá valor inferior ao do segundo, para que não haja enriquecimento sem causa, ainda que o dano sofrido por ambos tenha a mesma extensão.

Essa recomendação, frequentemente citada por alguns autores, tem sido debatida por autores como Maria Celina Bodim de Moraes¹⁹². Segundo a autora, o valor das reparações não deve se basear na aparência, ou seja, na condição econômica da vítima. Maria Celina traz o exemplo da cozinheira que foi humilhada pelo gerente do supermercado. O Tribunal de origem estabeleceu, a título de indenização, o valor de R\$50.000,00. O Superior Tribunal de Justiça considerou o valor muito alto para a doméstica, reduzindo o montante da reparação para R\$ 5.000,00.

Sob o argumento de que estava adequando o valor às condições econômicas dos envolvidos, o Ministro Cesar Asfor Rocha prolatou o seguinte do voto:

Conquanto tenha a recorrida sofrido o desconforto anunciado, a quantia fixada é desproporcional ao padrão econômico da recorrida e da recorrente, sendo quatro vezes superior à sua folha de pagamento e várias vezes mais que o salário percebido pela recorrida no seu honrado labor de empregada doméstica¹⁹³.

Depreende-se, pelo julgado da Quarta Turma, que as condições econômicas da vítima sobrepõem-se, quando da avaliação do *quantum*, à própria gravidade do dano.

Maria Celina cita outro julgado, em que a Terceira Turma eleva o valor de uma indenização a um economista que teve seu talão de cheque extraviado, acrescido do protesto de um cheque, que levou seu nome ao Sistema de

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

¹⁹² Maria Celina Bodin de MORAIS, **Dano à pessoa Humana**, p. 300.

¹⁹³ Resp, 214 .053, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. em 05.12.2000 e publ no DJ d 19.03.2001, v.u.

Proteção ao Crédito. Inicialmente havia sido arbitrada no valor de R\$ 9.978,63, sendo elevada para R\$ 199.500,00¹⁹⁴.

Numa crítica acerca desse critério tão defendido pela doutrina, insurge-se Maria Celina¹⁹⁵ que o enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos da lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: é devido.

Maria Celina traz à colação o pensamento de Sérgio Bermudes sobre o assunto:

Dir-se-á que o homem rude e humilde sofre menos que o homem preparado, posto em lugar de destaque na escala social. Nada disso. Aliás, ocorre exatamente o inverso, se pensa que o homem instruído tem, pela compreensão da vida, melhores condições de apagar-lhe os golpes, sofrendo-os com maior resignação (...) se os homens, por sua natureza, não se distanciam uns dos outros no sentimento, não se entendem as decisões judiciais que estabelecem entre eles injustificável distância, na hora de reparar os danos morais¹⁹⁶.

Ultrapassada a discussão acerca do critério referente à vedação ao enriquecimento ilícito, cumpre dizer que a fixação de critérios para a avaliação do dano moral significa que serão delimitados contornos que servirão de orientação para auxiliar a atividade do magistrado. No entanto, é importante ponderar que, mesmo que sejam estabelecidos critérios, ainda assim restará uma parcela de subjetividade, pois o juiz avaliará cada critério a partir de seus próprios valores. Sendo assim, a fixação de critérios não encerra as controvérsias acerca da mensuração do *quatum debeatur*.

Por fim, Jorge Mosset Iturraspe apresenta dez regras a serem observadas na quantificação dos danos morais:

1. Não à indenização simbólica. 2. Não ao enriquecimento injusto. 3. Não à tarificação com o 'piso' ou o 'teto'. 4. Não a uma porcentagem do dano patrimonial. 5. Não à determinação sobre a base da mera

¹⁹⁴ STJ, AG 363.646, 3ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, julg. Em 19.11.2001 e publ. No DJ de 18.02.2002, v.u.

¹⁹⁵ Maria Celina Bodin de MORAIS, **Dano à pessoa Humana**, p. 302.

¹⁹⁶ **Ibid.**, p. 302-303.

prudência. 6. Sim à determinação segundo a gravidade do dano. 7. Sim à atenção as peculiaridades do caso. 8. Sim à harmonização das reparações para casos semelhantes. 9. Sim aos prazeres compensatórios. 10. Sim a somas que podem pagar-se, dentro do contexto econômico do país e o geral 'standard' de vida ¹⁹⁷.

Fundamental também a lição bastante elucidativa acerca da instituição de critérios para reparação de Ramón Daniel Pizarro:

De nada sirve que elaboremos eruditos critérios doctrinários em torno al concepto de daño moral, a su regimen legal o a la naturaleza de la indemnización, si a la hora de fijar pautas para su valoración se brindan soluciones inadecuadas. Es verdaderamente penoso comprobar esta realidad en numerosos fallos judiciales, en los que – as veces por desinterpretación de la ley y em otras por apego a viejas concepciones, superadas por la realidad – se manda pagar indemnizaciones simbólicas, carentes de virtualidad para reparar plenamente el perjuicio causado. No es menos preocupante comprobar la falta de criterios relativamente uniformes para calibrar cualitativa y cuantitativamente el daño moral, que suele convertirse em un grave problema para el abogado a la hora de asesorar a su cliente. Como explicarle a una persona que no tiene conocimientos técnicos sobre cuestiones jurídicas (y, as veces, también a quien los tiene!), que la valoración de la cuantía del daño moral en 'su caso concreto' puede variar según el tribunal adonde se radique la causa?'¹⁹⁸.

Conclui-se pela importância de instituir critérios que contribuam para um melhor resultado da atividade judicante, mas, sem a ilusão de que a fixação de critérios encerrará de forma definitiva com o problema da fixação do *quantum debeat*.

¹⁹⁷ Jorge Mosset ITURRASPE, **Responsabilidad por daños**, p. 1.

¹⁹⁸ Ramón Daniel PIZARRO, **Daño Moral. Prevención. Reparación e Punición**, p.433.

3.4 O arbitramento judicial

Hodiernamente, no ordenamento jurídico pátrio, é o juiz singular que, com base nos elementos trazidos nos autos, analisando as circunstâncias específicas que envolvem o caso concreto e aplicando os preceitos conducentes à justiça (princípios gerais de direito), fixa o valor da reparação.

Carlos Alberto Bittar ensina que “compete ao juiz, com seu prudente arbítrio, avaliar, com cautela e precisão, os elementos probatórios, a fim de pronunciar-se a respeito do caso *sub judice* (...)”¹⁹⁹.

Deve-se ponderar, no entanto, que ao se discutir o papel do juiz na tarefa de avaliar e mensurar o dano moral, é imprescindível lembrar que esta é uma parte bastante delicada da atividade judicante, posto que não existe equivalência entre o montante pecuniário e o dano sofrido.

A atividade judicante está diretamente ligada à problemática da fixação do *quantum debeat*. A maioria dos doutrinadores consultados faz referência a decisões de primeiro grau, aos acórdãos dos tribunais e ainda aos julgados do Superior Tribunal de Justiça, apontando incongruências e disparidades contidas nas decisões provenientes de um juiz singular, ou o que é mais preocupante, de um mesmo órgão.

Em razão das disparidades encontradas nos julgados referentes às ações de danos morais, há uma densa discussão acerca da atividade do juiz. A inexistência de critérios legais para nortear a atividade judicante é apontada como uma das razões para tantas disparidades nas decisões judiciais. Possivelmente, a implementação de critérios seja um instrumento importante para evitar que o judiciário prolate decisões extremamente incongruentes.

Diz-se “possivelmente” porque mesmo que sejam estabelecidos critérios para fixação de valores, ainda assim, pode haver uma má apreciação desses critérios pelo órgão julgador. Dessa forma, a definição de critérios deve ser entendida como uma medida auxiliar na atividade do judicante e não como um instrumento que irá dirimir, definitivamente, todos os questionamentos sobre o *quantum debeat*.

¹⁹⁹ BITTAR, *Reparação civil por danos morais*, p.213.

Com o argumento de uniformizar as decisões, é que algumas leis foram editadas, a fim de se estabelecer um teto legal para o dano moral. É com essa mesma argumentação que se pretende aprovar o Projeto de Lei nº 7.124/2002, que além de um teto legal, estabelece critérios.

Maria Helena Diniz ensina que:

Grande é o papel do magistrado na reparação do dano moral competindo, a seu prudente arbítrio, examinar cada caso, ponderando os elementos probatórios e medindo as circunstâncias, preferindo o desagravo direto ou a compensação não econômica à pecuniária, sempre que possível, ou se não houver risco de novos danos²⁰⁰.

No que concerne ao arbitramento judicial, dois problemas se apresentam: primeiro, o prejuízo moral e a indenização em pecúnia possuem naturezas díspares, dessa forma, o magistrado deve compensar o lesado com algo que não tem equivalência com o seu sofrimento, havendo assim, uma compensação que nunca será exata, mas deve sempre se aproximar de algo satisfatório; segundo, no ordenamento jurídico brasileiro, não há critérios que norteiem o julgador, sendo assim, a decisão torna-se o resultado de uma avaliação apenas subjetiva, sem nenhum critério legal, o que torna a função jurisdicional extremamente árdua.

É importante registrar que a doutrina é amplamente majoritária no que refere à defesa da liberdade do juiz na fixação do *quantum*. De outro lado, a jurisprudência também vem se sedimentando na mesma direção e, a guisa de exemplo, cabe aqui destacar a posição adotada pelos juízes dos extintos Tribunais de Alçada, quando da realização do seu IX Encontro, que, tentando buscar definir critérios mais ou menos uniformes para a questão, aprovaram a seguinte recomendação: “Na fixação do dano moral, deverá o juiz, atentando-se ao nexo de critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do *quantum*, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado”.

²⁰⁰ Maria Helena DINIZ, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, p. 75.

Na avaliação do dano moral, o órgão julgante deverá estabelecer uma reparação o mais ampla possível, observando as especificidades de cada caso para, assim, fixar o montante indenizatório, que deverá sempre corresponder a uma quantia aproximada do prejuízo sofrido. Ressalte-se que alcançar uma reparação na medida exata é impraticável, pois, como mencionado anteriormente, não existe equivalência entre dor e dinheiro.

É importante indagar se o estabelecimento de um teto para as indenizações por danos morais significa limitar a atividade do juiz. O significado dessa tarifação legal será discutido no próximo item desse capítulo.

A fixação do *quantum debeat* deve ficar sob o arbítrio do magistrado, mas esse exercício deve ser pautado pela moderação e prudência.

A possibilidade de ocorrer injustiças na indenização por danos morais, por meio da atividade julgante, não desqualifica esse procedimento, ou seja, não significa que haja a necessidade de um teto máximo que limite o arbítrio do juiz. Indica, sim, a necessidade de previsão de critérios que orientem tal mister.

Difícilmente a tarifação legal é a solução para que deixem de ser prolatadas decisões díspares sobre essa matéria. Dessa forma, quando se trata de mensuração do montante indenizatório, não se pode desqualificar a atividade julgante.

Mesmo que, em razão da atividade julgante, advenham injustiças dos julgados relativos aos danos morais, isso não desqualifica essa forma de se chegar ao *quantum debeat*, que, apesar de não ser perfeita, é o único instrumento existente na atualidade que permite a possibilidade de realização do princípio da reparação integral.

3.5 A tarificação legal do valor do dano moral

Tarifar a reparação por danos morais significa estabelecer margens fixas para a reparação, um limite máximo para o *quantum debeatur*. Na lição de Antonio Jeová dos Santos “tarifar significa exatamente a fixação rígida, em lei, de um piso mínimo e de um teto máximo para pagamento de determinadas infrações, de sorte que o juiz ficaria adstrito àqueles valores, sempre que tivesse que fixar o montante de ressarcimento”²⁰¹.

Ab initio, importa analisar algumas questões fundamentais, diretamente relacionadas à questão da tarificação legal, permitindo uma melhor compreensão desse instituto.

3.5.1 A tarificação legal anterior à Constituição Federal de 1988

O instituto da tarificação legal não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A fixação de um teto legal esteve presente em iniciativas legislativas e foi concretizada em algumas legislações esparsas, além de estar presente em tratados dos quais o Brasil era signatário, como a Convenção de Varsóvia²⁰².

No que concerne à tarificação disposta na Convenção de Varsóvia, não há dúvidas de que desde a Promulgação da Constituição de 1988 foi definitivamente afastada a tarificação ali contida.

A fim de ilustrar o posicionamento da jurisprudência acerca da indenização tarifada constante no Pacto de Varsóvia, observem-se as seguintes ementas:

CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXTRAVIO TEMPORÁRIO DA BAGAEM. CDC. INCIDÊNCIA. TARIFICAÇÃO

²⁰¹ Antonio Jeová dos SANTOS, **Dano moral indenizável**, p. 166.

²⁰² No voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, o Min. Marco Aurélio, pode-se observar que o disposto contido na Convenção de Varsóvia deixou de vigorar no sistema jurídico brasileiro depois da Constituição Federal de 1988. Eis o voto: “O fato de a convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais, não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.(Recurso Extraordinário 172.720 - RJ, in RTJ, v.162, n.1.093. Outro exemplo jurisprudencial sobre o tema é o acórdão de lavra do Min.

PREVISTA NA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA AFASTADA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONFIGURAÇÃO. REEXAME DE PROVAS E FATOS. VALOR. EXCESSO. REDUÇÃO EM SEDE ESPECIAL.²⁰³

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXTRAVIO DE BAGAGEM EM TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. TARIFAÇÃO NÃO MAIS PREVALENTE EM FACE DO CDC. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.

I. Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a tarifação por extravio de bagagem prevista na Convenção de Varsóvia não prevalece, podendo a indenização ser estabelecida em valor maior ou menor, consoante a apreciação do Judiciário em relação aos fatos acontecidos²⁰⁴

O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), na redação original do artigo 8º, fixava montantes mínimos e máximos para efeito de reparação do dano moral, que variavam entre cinco e 100 salários mínimos.

Em 1967, a Lei de Imprensa (nº 5.520/67) alterou os valores estabelecidos na Lei nº 4.11/62, elevando o teto da reparação por danos morais para 200 salários mínimos.

Cumprе mencionar que, com o advento da Constituição Federal de 1988, não há mais que se questionar a possibilidade de se aplicar a tarifação na reparação por dano moral. O texto do art. 5º, incisos V e X, constitui verdadeira vedação a essa aplicação.

A jurisprudência, por meio de vários julgados²⁰⁵, pronunciou-se no sentido de que a tarifação prevista na Lei de Imprensa não fosse recepcionada pela Constituição Federal. Como exemplo, o voto do Ministro Barros Monteiro decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça que:

(...) antes da vigência da Constituição de 1988 não havia, no patamar constitucional, o princípio da proporcionalidade no que

²⁰³ “STJ-REsp786609-DF RECURSO ESPECIAL. 2005/0166219-1, Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª Turma, de 18-09-08.”

²⁰⁴ STJ-AgR959403-RJ-Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª Turma, de 10/06/2008.

²⁰⁵ STJ – Resp 264.515-RJ – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, de 13-09-00; STJ – Resp 86.279-SP – Rel Min. Waldemar Sveiter de 18-03-97, 3ª Turma; STJ – Resp 168.945 – Rel. Min. Marco Antônio de Pádua Ribeiro de 06-09-01, 3ª Turma.

concerne à resposta a uma ofensa que alcançasse violentamente a honra, a dignidade ou a intimidade da pessoa. Com a Constituição de 1988, que inovou nesse particular, não apenas por inserir o princípio da proporcionalidade com relação à ofensa, mas, também, por elevar ao patamar constitucional o dano moral que, antigamente não existia. Ora, a meu ver, com todo o maior respeito aos que examinam a matéria, sem essa perspectiva, admitir a existência de limitação tarifada corresponde a aceitarmos ou admitirmos a existência de uma interpretação da Constituição conforme a lei ordinária que lhe é anterior. Mal que, de resto, Gomes Canotilho, já na última edição do seu *Direito Constitucional*, reprime, de maneira inconstitucional, o que seria um absurdo²⁰⁶.

O Superior Tribunal de Justiça pôs fim à aplicação do teto contido na Lei nº 5.520/67 com a edição da Súmula 281, que assim estabeleceu: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”²⁰⁷.

Em 1966, foi apresentado à Câmara o Projeto de Lei (nº 3.829/96) de autoria do então deputado Armando Falcão, por meio do qual o mesmo propunha a fixação de um valor mínimo para as indenizações²⁰⁸. O diferencial desse projeto estava no fato de que se garantiria à vítima um valor mínimo, se comprovado o dano moral. Cumpre informar que o referido projeto não foi aprovado.

3.5.2 Outras modalidades de tarifação legal vigentes no ordenamento jurídico pátrio

Vigoram, hodiernamente, duas normas que merecem ser mencionadas neste capítulo, pois fixam valores para casos específicos de danos.

Em primeiro lugar, cite-se a Lei nº 8.213/91, que regulamenta acidentes de trabalho e fixa valores como benefícios pecuniários, sujeitos à revisão periódica. Por meio desta lei, os trabalhadores urbanos ou rurais que adquirirem doenças no decorrer do trabalho ou sofrerem doenças em razão do trabalho farão jus a uma reparação. Esta lei prevê também a reparação em decorrência da perda

²⁰⁶ STJ – Resp 148.212 – RJ, 4ª Turma, de 7-12-00 – Rel. Min. Barros Monteiro.

²⁰⁷ www.stj.gov.br.

²⁰⁸ www.camara.gov.br. “Art. 3º. A avaliação do dano moral, objeto da presente lei, efetuar-se-á em moeda corrente, mediante arbitramento judicial, a partir de um mínimo, que aqui se fixa em Cr\$1.000,000, 00 (um milhão de cruzeiros) para qualquer espécie de lesão, e na conformidade dos parágrafos seguintes (...).”

de um órgão, havendo valores pré-estabelecidos, como acontece nos sistemas previdenciários.

Em sentido contrário, caminha o sistema italiano que, ao invés de prever valores, estabelece uma pauta para aquilatar o dano:

No direito italiano, com base em uma política tarifária para cálculo de indenização por ocasião de um fato lesivo perpetrado em prejuízo de uma única pessoa, faz-se envolver, em média, vinte e cinco variáveis. O professor Antonio Mirabelli di Lauro reverencia o **princípio da reparação integral do dano à pessoa**, expressando-o como fundamento essencial de um sistema de responsabilidade e ou de seguridade social. Para o mestre, o dano à saúde, por exemplo, deve ser ressarcido integralmente, conjugando os critérios de valoração em abstrato e em concreto. O valor do “ponto”, ao contrário do proclamado em alguns países do Mercosul, tal como a Argentina, não pode estar tabelado ou previamente delimitado em lei. “Os modelos de seguridade social, também, devem adotar um sistema que repare integralmente os danos à saúde, sob o fundamento das regras de experiências adquiridas e consolidadas pela jurisprudência européia e transnacional, combinando um parâmetro que seja apenas tendencialmente igualitário, mas com as indispensáveis exigências de flexibilidade. A implementação de um banco de danos completo e confiável, baseado num cuidadoso exame das características fisiopsíquicas próprias de cada prejuízo, pode permitir na esteira da experiência européia, se chegar a uma avaliação aproximada dos valores pecuniários mínimos e máximos do ponto, baseada num exame casuístico suficientemente amplo e exaustivo. Nesse sentido, o cálculo do ponto torna-se o eixo de um sistema equitativo diferenciado, segundo as diferentes variáveis de caráter objetivo e subjetivo que, ao recusar tanto a uniformidade pecuniária de base - o mesmo tipo de lesão não pode ser avaliado de maneira muito diferente em sujeitos diversos, pois é a deficiência por si mesma, que se evidencia – e, ao mesmo tempo, satisfaz uma necessidade de elasticidade e de flexibilidade ao adequar a liquidação do caso em questão à incidência efetiva da deficiência acertada em relação às atividades do sujeito na vida cotidiana, pelas quais, concretamente, manifesta-se a eficiência psicofísica do sujeito prejudicado” (tradução realizada por Myriam de Filipis). O cálculo do “ponto” nos interessou pelo conjunto de variáveis utilizadas para melhor para melhor adequação ao caso concreto. Na nota de pé-de-página nº231, o professor Antonio, citando Lambert Faivre, indica a possibilidade de valoração do dano individual por meio das já mencionadas 25 variáveis, as quais destacamos: “Vítima:1) idade; 2) sexo; 3) percentual de responsabilidade;4) estado anterior. Danos econômicos e patrimoniais; 5) despesas médicas atuais; 6) despesas médicas futuras;7) assistência à terceira pessoa; 8) renda anual; 9) incapacidade temporária e perda de renda;10) incapacidade permanente e sua incidência profissional;11) dano profissional futuro; 12) capital ou renda;13) dano econômico total (56711); 14) recurso à seguridade social. Danos morais e fisiopsíquicos;15) estado anterior; 16) percentual de

I.P.P. segundo a tabela de incapacidade funcional; 17) quantia de indenização para o prejuízo consentimento; 18) valor vitalício pelo grau de incapacidade funcional; 19) número de anos de “expectativa de vida” da vítima a partir do dia do acidente; 20) valor anual do grau de incapacidade funcional; 21) *pretium dolores*; 22) dano estético; 23) código de quantificação desses danos; 24) total dos danos à pessoa (172122); 25) custo total do acidente(13 mais 24).²⁰⁹

A Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, denominada Lei dos Mortos e Desaparecidos Políticos, confere indenização aos familiares daqueles que desapareceram durante o regime ditatorial. Estabelece em seus artigos que:

Art. 1º São reconhecidas como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias. (Redação dada pela Lei nº 10.536, de 14.8.2002)²¹⁰

No artigo 11, há uma espécie de tabela para se aferir o *quantum* referente à indenização:

Art. 11. A indenização, a título reparatório, consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 3.000,00 (três mil reais) multiplicado pelo número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência do desaparecido, levando-se em consideração a idade à época do desaparecimento e os critérios e valores traduzidos na tabela constante do Anexo II desta Lei.

§ 1º Em nenhuma hipótese o valor da indenização será inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais).²¹¹

A referida lei estabelece um teto legal, consistindo na seguinte equação: multiplicar o valor de R\$ 3.000,00 por cada ano de vida que o morto ou desaparecido possivelmente poderia viver.

²⁰⁹ Patrícia Ribeiro Serra VIEIRA, **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos**, p.103-105.

²¹⁰ www.presidencia.gov.br.

²¹¹ **Ibid..**

De acordo com esta lei, cada ano vivido por um ser humano, ou melhor, por aqueles enquadrados na lei, corresponderia a três mil reais. Na sua essência, essa lei constitui uma proposta de acordo extrajudicial, por meio do qual os parentes puderam, por vias administrativas, receber a reparação pela perda dos seus entes queridos.

Estabelecendo quanto vale um ano de vida de ser humano, está o Estado brasileiro valorando o mais importante bem juridicamente protegido pelo direito – a vida.

3.5.3 A problemática da tarifação legal e o Projeto de Lei nº 7.124/2002

O texto constitucional, ao prever que a indenização por dano moral e que sua reparação deve ser proporcional ao agravo, afasta definitivamente qualquer tentativa de se fixar um teto para esta espécie de reparação.

A jurisprudência, como já demonstrado, em observância à Constituição, banuiu toda e qualquer forma de tarifação, tendo inclusive o Superior Tribunal de Justiça sumulado o tema da tarifação²¹², retirando definitivamente do ordenamento jurídico brasileiro esse parâmetro para se estabelecer o *quantum* indenizatório.

No entanto, alguns doutrinadores brasileiros defendem a implantação de um sistema tarifário. Acreditam esses doutrinadores que por meio desse mecanismo será possível excluir do ordenamento jurídico todas as decisões hoje consideradas díspares ou incongruentes.

Um dos principais adeptos da tarifação é o professor Humberto Theodoro Junior:

[...] para evitar o excesso de subjetivismo dos julgadores que, fatalmente, levaria à ruína o princípio constitucional da isonomia, o melhor caminho, de *lege ferenda* seria o de dispor-se em lei acerca de parâmetros e tarifas, sempre flexíveis para que as peculiaridades de cada caso concreto pudessem também ser valorizadas pela sentença. E arremata que (...) enquanto isto não ocorrer, a sociedade ficará intranquila e submetida aos rumores e tendências pessoais de cada juiz. Casos absolutamente iguais receberão

²¹² Por meio da edição da Súmula 281.

tratamento absurdamente diverso. As causas de dano moral se apresentarão, como é habitual, com um caráter puramente lotérico.²¹³

Compartilha do mesmo ponto de vista Cláudio Antonio Soares

Levada:

Dever-se-á, igualmente, prever os limites de valores para que o montante indenizatório se encontrasse sempre, dentro dessa delimitação, após a consideração dos aspectos objetivos e subjetivos, concernentes ao fato em si, ao comportamento do agente e da vítima e às conseqüências geradas da violação moral sofrida pela vítima²¹⁴.

Nehemias Domingos de Melo aporta o pensamento de Hélio Apolinário Cardoso, para quem:

[...] mostra-se viável, a formulação de uma tabela real e variável, dentro de parâmetros suscetíveis de serem flexionados pelos julgadores, cujo objetivo é harmonizar e homogeneizar o valor das indenizações por danos morais, pondo fim, de uma vez por todas, com a grande divergência de valores tão prejudicados a imagem do Poder Judiciário, uma vez que os jurisdicionados nunca entendem o porquê de tanta heterogeneidade nas decisões judiciais, muito embora a heterogeneidade, para os do meio, seja marco fundamental para a formação da norma jurídica²¹⁵.

Conforme explicitado no subcapítulo anterior, a jurisprudência brasileira firmou o entendimento no sentido de que as limitações constantes em tratados - como o de Varsóvia - e mesmo em leis infraconstitucionais (a exemplo da Lei de Imprensa) foram derogadas com a entrada em vigor da Carta Constitucional de 1988.

Eis alguns julgados que confirmam posicionamento jurisprudencial:

²¹³ Humberto THEODORO JUNIOR, Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil, **Revista Síntese de Direito Civil e Processual**, p.14.

²¹⁴ Cláudio Antônio Soares LEVADA, **Liquidação de danos morais**, p. 69.

²¹⁵ Nehemias Domingos de MELO, **Dano Moral**, p.167.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tem se posicionado contrariamente às tarifas legais de reparação (...). O STJ, a propósito das tabelas fixadas pelas jurisprudências, já alertou que não é de se aceitar que o Tribunal reduza o valor compensatório estabelecido pela sentença apenas em um prévio tabelamento em valores financeiros, válido para toda e qualquer espécie de demanda, de forma a relevar a um plano secundário as circunstâncias fáticas e específicas de cada lide.²¹⁶

E ainda:

(...) decorrência da tutela geral estabelecida em nível constitucional, a reparação do dano moral não poderá ser limitada, mediante a imposição de “tetos”, por legislação infraconstitucional, que, se anterior à Constituição, deverá ser considerada como não recepcionada e, se posterior, deverá ser tida por inconstitucional.²¹⁷

Em 23.08.1999 e publ. no DJ de 01.09.99, em que se lê:

[...] as limitações de tempo e de valor, com relação às reparações por dano moral, deixaram se subsistir com a vigência da Constituição de 1988. Parece-me que isso é absolutamente correto. É correto no preciso sentido de que não tínhamos a indenização por dano moral no patamar da Constituição e, assim, permitia-se que uma lei especial pudesse configurar essa violação à dignidade da pessoa, particularmente no que concerne à injúria e à calúnia sob a cobertura de uma lei especial para regular a liberdade de manifestação de pensamento de imprensa. Quando a Constituição estabeleceu a possibilidade de configurar a qualquer pessoa que se sentir agredida na sua honra, na sua intimidade e na sua dignidade, o direito a postular uma indenização por dano moral, fê-lo, exatamente, para construir um sistema próprio que permitisse, no direito comum, sem qualquer peia com relação à limitação de tempo e valor, o pedido de reparação²¹⁸.

A Constituição Federal estabelece que a reparação deve ser proporcional ao agravo de forma integral e sem limitações. É possível harmonizar esse preceito com um sistema tarifado? Seria a tarifação legal a solução para todos aos questionamentos relativos à reparação por danos morais?

²¹⁶ STJ, REsp 659.420, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., 15.12.05, DJ 01.02.06.

²¹⁷ STJ, AG. 245436, 4ª Turma, Rel. Min. Rosado de Aguiar, julg.

²¹⁸ www.stj.gov.br.

Tramita em regime de prioridade na Câmara Federal o Projeto de Lei nº 7.124/2002 que, dentre outras proposições, pretende limitar os valores indenizatórios por dano moral, estabelecendo uma escala de ressarcimento, de acordo com a natureza da ofensa²¹⁹. Os valores são estabelecidos em reais (R\$), de acordo com a natureza da ofensa²²⁰.

Assim, as ofensas de natureza leve corresponderiam a uma indenização de até R\$ 20.000,00; as de natureza média de R\$ 20.000,00 a R\$ 90.000,00; e as de natureza grave de R\$ 90.000,00 a R\$ 180.000,00.

Ainda que a implementação de um sistema tarifário não fosse inconstitucional, muitas outras questões mereceriam cuidadosa análise. Com a aprovação do referido Projeto em Lei, aportar-se-iam critérios para a atividade judicante ou constituir-se-ia uma limitação à atividade do juiz? A adoção de um sistema tarifário seria a solução para as principais controvérsias sobre a matéria? Alcançar-se-ia o tão esperado conforto de espírito do ofendido?

Imprescindível, quando da análise de um projeto de lei que se propõe a tarifar o dano moral, é verificar se, com a sua aprovação, encerrariam de forma definitiva, todos os apontados problemas, ocasionados pela margem de subjetivismo deixada ao juiz.

Inicialmente, há de se observar que este projeto não define legalmente o que significa ofensa leve, média e grave. Nem mesmo define quais são as situações que constituem ofensas descritas no §1º do art.7º.

Dessa forma, ficando a cargo do juiz singular definir o significado de ofensa leve, média e grave, e ainda a responsabilidade de estabelecer quais fatos se enquadram nessa gradação de ofensas, resta terminantemente frustrada qualquer tentativa de se afastar o subjetivismo dos julgados.

Ressalte-se, por fim, que ainda que estivessem descritos na lei os significados de cada espécie de ofensa, e que o projeto tipificasse todos elas, ainda

²¹⁹ O projeto originário estava inscrito sob o nº150/99, de autoria do senador Antonio Carlos Valadares.

²²⁰ O Código da Etiópia de 1960 estabelece um valor fixo para reparação do dano moral no art. 2.116, n.3: "L'indemnité aluée en reparation du dommage moral ne peut en aucun cas être supérieure á mille dollars éthiopiens".

sim, ao juiz ficaria o encargo de quantificar a lesão, exercendo seu arbítrio no que diz respeito ao valor.

Comentando o referido projeto, Silvio Venosa discute acerca da sua eficácia, pois, se o projeto for convertido em lei, os valores advindos do dano, decorrente de conduta lesiva, forem vultosos, os tetos estabelecidos podem se tornar irrisórios²²¹.

Atualmente, verificou-se em alguns julgados uma certa disparidade entre o arbitramento dos montantes indenizatórios por prejuízos extrapatrimoniais semelhantes.

A limitação proposta, no entanto, não encerra a possibilidade de eventuais prolações de decisões contraditórias entre os órgãos judicantes. Por exemplo, um magistrado de determinado Estado poderia entender que publicação de notícia difamatória e depreciativa sobre um determinado cientista renomado enquadra-se na categoria leve de culpa para fixação da indenização por danos morais, enquanto que outro juiz de outro Estado poderia achar que se trata de ofensa grave.

Ressalte-se que o conhecimento prévio do *quantum* pode conduzir os possíveis autores das lesões a assumir o ônus correspondente, de modo deliberado, desrespeitando intencionalmente os bens jurídicos. Em muitos casos, a conduta lesiva pode valer a pena. Note-se o exemplo de uma revista sensacionalista de grande circulação nacional que publica notícia inverídica sobre um artista. A empresa pode perfeitamente calcular o quanto lucraria com a venda de exemplares, e o quanto lhe custaria pagar uma indenização. E constatando que poderia auferir um lucro superior aos R\$180.000,00, fixados no §1º do art. 7 do projeto supracitado, poderia concluir pela vantagem da ação lesiva.

Desse modo, a limitação do montante por danos morais consistiria em eficaz instrumento de estímulo à prática de ofensa moral. O teto legal constitui-se num instrumento para o ofensor proceder a uma pré-medição do risco máximo pelo qual é possível aferir se a prática de um ato ilícito é viável ou não.

²²¹ Silvio de Salvo VENOSA, **Direito Civil, Responsabilidade Civil**, p. 209.

Nehemias traz um exemplo que ilustra o problema de o ofensor poder calcular o valor da reparação: “primitivamente em Roma, aquele que sofria uma bofetada tinha o direito de exigir do agressor um escudo”. (...) informa “que Roma (em razão daquele costume), determinando nobre se divertia passeando pelas ruas e distribuindo bofetadas nos transeuntes, que após a ofensa, recebiam uma moeda em valor correspondente à taxa legal, distribuída por seu escravo que lhe acompanhava nestas caminhadas”²²².

Com a fixação do teto legal, um possível ofensor pode avaliar a conveniência de cometer a conduta lesiva ou não.

Outro fator a ser analisado é se os valores fixados pelo Projeto de Lei, com o passar dos anos, inevitavelmente, seriam abrandados pelos índices inflacionários, ou seja, passariam à insuficiência, no decorrer do tempo. No Brasil, por muitas vezes, houve mudanças decorrentes de planos econômicos que levaram a moeda a desvalorizações freqüentes. Ainda, o atrelamento a cesta de moedas internacionais para efeitos da composição do valor diário da moeda nacional pode vir a interferir no efetivo valor a ser percebido pelo lesado²²³.

Nesse passo, Antonio Jeová dos Santos, após fazer uma longa dissertação sobre a inconveniência do sistema tarifado, conclui que:

[...] qualquer tentativa de tarifar a indenização por danos morais pode redundar em rotunda inconstitucionalidade. O princípio geral de não causar dano a outrem, o *neminem laedere*, tem hierarquia constitucional. Em conseqüência, não existe possibilidade de por limitação à indenização do dano moral” “tarifar seria a própria negação da reparação plena”²²⁴

Seria necessário então criar uma lei que estabelecesse um mecanismo de atualização monetária? Parte considerável da doutrina avalia que não deve haver limitações pré-determinadas por lei, para a fixação do *quantum* nas indenizações por dano moral. Esse posicionamento predomina por várias razões.

²²² Nehemias Domingos de MELO, **Dano Moral**, p. 170.

²²³ A professora Maria Helena Diniz :Citação 13 – Michel Gendrel, Influence de la dépréciation monétaire sur le droit de la responsabilité civile, in estudos dirigidos por Paul Durant, *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, Paris, 1961, p. 145 e 150, n. 13; Arnold Wald, Correção monetária das indenizações decorrentes de responsabilidade civil, *RT*, 434:16.

²²⁴ Antônio Jeová dos SANTOS, **Dano Moral Indenizável**, p. 95.

Maria Helena Diniz pondera que:

Tarifar não seria a solução ideal para encontrar o justo equilíbrio na indenização do dano moral; dever-se-ia, ensina Zavala de González²²⁵, considerar a teoria da regulação normativa do “*quantum*” indenizatório, que indicasse critérios objetivos ou bases que levem a uma reparação equitativa, uma vez que não se fixem pisos máximos ou mínimos, deixando-se uma margem de avaliação judicial, que possibilite transpor os reguladores indicativos estabelecidos em lei. Interessantes são as palavras de Matilde Zavala de Gonzalez: “ciertamente el dano moral no es tarifable, (...) pero si es regulable el *quantum* resarcitório, a fin de encarilar(sin cortar ni aminorar) la justa reparacion del perjuicio.”²²⁶

Zavala de González, citado por Maria Helena Diniz, propõe a observância de uma teoria da regulação normativa do *quantum* indenizatório, que indicasse critérios objetivos ou bases que levem a uma reparação equitativa.

No entanto, há que se observar que ainda que existam critérios objetivos, estes servirão como parâmetro, como pauta para avaliação do juiz, mas é preciso lembrar que dentro de cada julgamento há aspectos subjetivos, que estão dentro da margem do livre convencimento do juiz.

Discutir a mensuração do *quantum debeatur* nas ações de dano moral significa incursionar por um tema que não se equaciona por meio de imposições legislativas.

Como já dito anteriormente, ainda que sejam instituídos comandos legais estabelecendo um teto indenizatório, a possibilidade de ocorrência de julgados díspares em casos análogos subsistiria. A tarifação legal teria a função apenas de limitar o valor

Frise-se, por último, que, em decorrência dos preceitos constitucionais, chega-se à conclusão de que não deve haver limitações ao dever de indenizar em ações de danos morais, visto que a reparação deve ser ampla e integral.

²²⁵ Maria Helena DINIZ, **Curso De Direito Civil Brasileiro**, p.103.

²²⁶ **Ibid.**, p. 8: Citação 13 – Michel Gendrel, Influence de la dépréciation monétaire sur le droit de la responsabilité civile, in estudos dirigidos por Paul Durant, *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privé*, Paris, 1961, p. 145 e 150, n. 13; Arnold Wald, Correção monetária das indenizações decorrentes de responsabilidade civil, *RT*, 434:16.

4 CONCLUSÃO

Ao analisar-se o tema dano moral, percebe-se que o assunto é de difícil apreensão, posto que, inicialmente, o próprio termo recebeu diferentes denominações, como se observou da doutrina estrangeira. Ao analisar a delimitação conceitual, percebe-se que esta também suscita definições diversas. Importante observar que, no Brasil, não existe na legislação uma definição legal de dano moral, ficando tal conceituação a cargo do juiz.

No que diz respeito aos ordenamentos jurídicos estudados, observa-se que a problemática da mensuração do *quantum debeatur* gera controvérsias, tanto nos países da *civil law*, quanto nos da *common law*.

Um dos temas que surgem ao se estudar a fixação do *quantum indenizatório* é a possibilidade de se estabelecer critérios norteadores para tal mensuração.

Alguns autores sugerem uma série de critérios para serem aplicados pelos julgadores. Não se pode deixar de ponderar que mesmo que sejam instituídos critérios legais para a fixação do dano, estes serviriam apenas como parâmetro, como pauta para a mensuração. Cumpre lembrar que cada juiz poderá valorar tais critérios de formas distintas e que uma decisão judicial é permeada por aspectos subjetivos, que fazem parte do livre convencimento do juiz.

No que concerne à problemática da tarifação legal proposta no Projeto de Lei nº 7.124/02, há que se afirmar que, em razão do disposto nos incisos V e X do artigo 5º do texto constitucional, não se admite qualquer espécie de limitação ao dever de indenizar em ações de danos morais, posto que a reparação seja proporcional ao agravo, devendo assim ser realizada de forma ampla e integral.

O primeiro aspecto que deve ser mencionado sobre o Projeto de Lei nº 7.124/02, ou qualquer outro projeto de lei que proponha a tarifação dos danos morais, é a sua patente inconstitucionalidade.

Ressalte-se, no entanto, que ainda que esse projeto não estivesse evitado de inconstitucionalidade, outros aspectos merecem ser analisados.

Sobre a possibilidade de se instituir a tarifação legal em ações de danos morais há inúmeros inconvenientes:

1) É importante que se esclareça que sejam instituídos comandos legais estabelecendo um teto indenizatório; a possibilidade de que ocorressem julgados díspares em casos análogos subsistiria. A tarifação legal teria o condão apenas de limitar o valor;

2) No projeto de lei, não há definição do que significaria um dano leve, médio e um grave, ficando sob a discricionariedade de o juiz avaliar o dano e depois mensurar seu valor;

3) Outro problema decorrente da tarifação do dano moral é a possibilidade de se poder avaliar previamente a conveniência da conduta lesiva;

4) Com a fixação de um teto legal, num país como o Brasil, o risco de haver desvalorização do valor é muito alto.

Por fim, há que se afirmar que discutir a mensuração do *quantum debeat* nas ações de dano moral significa incursionar por um tema que não se equaciona por meio de imposições legislativas.

Dessa forma, conclui-se que, se a tarifação contida no Projeto de Lei 7.124/02 revela-se insuficiente para equacionar a questão *quantum debeat*, impossibilitando, conseqüentemente, a realização aproximada do princípio da reparação integral, constitui-se, portanto, num instrumento ineficaz.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, José Dias de. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. II.

ALVIN, Agostinho. **Da inexecução das obrigações**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Dano moral à pessoa e sua valoração**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, v. 759, p. 11-23, jan. 99.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações: responsabilidade civil**. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZULAY, Fortunato. **Os Fundamentos do Direito Comparado**. Rio de Janeiro: A noite, 1946.

BARBOSA, Jovi Vieira. **Dano Moral – O problema do quantum debeatur nas indenizações por danos morais**. Curitiba: Juruá, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil Por Danos Morais**. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Reparação civil por danos morais: a questão da fixação do valor**. **Caderno de Doutrina, Tribuna da Magistratura**, São Paulo, p. 35, jul 1996.

BONILINI, Giovanni. Pena privata e danno non patrimoniale. In: BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido (a curta di). **Le pene private**. Milano: Giuffrè, 1985.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Avio. **O dano moral no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944.

BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**. Córdoba: Librería y Editorial Orbir, 1967.

_____. La equidad em el derecho de daños. In: BUERES, Alberto Jesús; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (directores). **Responsabilidad por daño em el tercer milenio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BRIZ, Jaime dos Santos. **La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho Processal**. 3. ed. Madri: Editorial Montecorvo, 1981.

BUERES, Alberto J. **Responsabilidad por daños**. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1990.

CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. A evolução histórica do dano moral. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 49, p. 32 - 46, dez. 1996.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Avaliação do dano moral e discurso jurídico**. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1998.

CARVAL, Suzanne. **La construction de la responsabilité civile**. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

CARVALHO Filho, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CASILLO, João. **Dano moral e sua indenização**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 3. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Responsabilidade civil constitucional**. Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/publicacoes/dir_artrcc.asp>. Acesso em: 12 dez 2008.

_____. **Visão constitucional do dano moral**. Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/publicacoes/dir_artrcc.asp>. Acesso em: 12 dez 2008.

CENCI, José Eduardo Callegari. Reflexões sobre o dimensionamento do dano moral para fins de fixação indenizatória. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 83, v. 702, p. 264, abr. 94.

CHAVES, Antonio. **Responsabilidade civil** (estudo de direito comparado integrativo). São Paulo: Bushatsky, 1972.

CIANCI, Mirna. **O valor da Reparação moral**. 2ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias et al. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) **Grandes temas da Atualidade - Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas Jurídicos do Direito Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE CUPIS, Adriano. Sul tema del danno e del risarcimento. In: BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido (a cura di). **Le pene private**. Milano: Giuffrè, 1985.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 7.

FIGUEIREDO, Isabela Ribeiro de. A valoração do dano moral. **Revista Síntese de Direito civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v.1, n. 10, p. 52, mar./abr. 2001.

FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Tradução Antonio de Arruda Ferrer Correia. Porto: Imprensa Portuguesa, 1938.

FRANÇA, R. Limongi. Reparação do dano moral. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 631, p. 29 - 37, maio 1988.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios para a fixação da reparação do dano moral. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade – Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GAMARRA, Jorge. **La cuantificación monetaria del dano moral** (estudido de la jurisprudencia uruguaya). Porto Alegre: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 162-167, 1994.

GEDIEL, José Antonio Peres. Cuantificación económica del daño. **Proceso de consumo, ahorro y generación de riqueza. Reparación em dinero o en espécie**.

Renta lesiones. Valor de la vida humana. Buenos Aires: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.

GERALDES, António dos Santos Abrantes. Imndenização dos danos reflexos. In: Temas de Responsabilidade Civil. Coimbra: Almedina, 2005, v. II.

GHERSI, Carlos Alberto. **Cuantificación econômica del daño:** valor de la vida humana: reparación em dinero o em espécie. Buenos Aires: Astrea, 1999.

_____. **Reparación de daños.** 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992.

_____. **Teoria general de la reparación de daños:** analisis sociológico y económico del daño individual. 2. ed. actual y ampl. Buenos Aires: Astrea, 1999.

_____. **Valuación econômica del daño moral y psicológico:** daño a la psiquis; categorización socioeconômica y cultural. Buenos Aires: Astrea, 2000.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **O dano moral e sua liquidação.** Disponível em: <<http://www.trlex.com.br/resenha/artigod.htm>>. Acesso em: 12 dez 2008.

GONZÁLES, Matilde Zavala. **Ressarcimento de daños:** presupuestos y funciones del derecho de daños. Buenos Aires: Hamurabi, 1999.

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.** 1995. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1995.

HARPWOOD, Vivienne. **Principles of tort law.** 4.th. E. London : Cavendish Publishing limited, 2000 (Principles of Law Serie).

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Novos rumos da satisfação reparatória. **Revista Brasileira de Direito Comparado,** Rio de Janeiro, Instituto de Direito Luso-Comparado, n. 17, p. 163 -180, 2. sem. 1999.

ITURRASPE, J. M. **Responsabilidad por daños:** el daño moral. Buenos Aires: s.e, s.d..

JARRA, Eugene. **Les dommages moreaux et lê Code dès Obligations de La Pologne**. S.l. : La Themis Polonaise, s.d., vol III, série 9.

LALOU, Henri. **Traité pratique de responsabilité civile**. 5. ed. Paris: Dalloz, 1955.

LAURENT, François. **Príncipes de droit civil**. Bruxelas: Bruylant-Christophe, 1878, t. 20.

LEME, Lino de Moraes. **Direito Civil Comparado**. São Paulo: RT, 1962.

LEVADA, Cláudio Antonio Soares. **Liquidação de danos morais**. Campinas: Copola Livros, 1995.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral (arts. 1º - 232º)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1.

MARMIT. Arnaldo. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

MATIELO, Fabrizio Zamprona. **Dano moral, dano material e reparação**. 5. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2001.

MAZEAUD, Henri; Mazeaud, Leon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938, t. I.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral**. Problemática do Cabimento à Fixação do *Quantum*. São Paulo: Editora Jurarez de Oliveira, 2004.

MENDES, João de Castro. **Direito Comparado**. Lisboa: AAFLD, 1982-1983.

M. ERTMAN Marta; WILLIAMS Joan C. **Rethinking Commodification Cases and Readings in Law and Culture**. New York: Edit by New York University Press, 2005.

MICHELLAZZO, Busa Mackenzie. **Do dano moral: teoria, legislação, jurisprudência e prática**. 4. ed. São Paulo: Lawbook, 2000.

MINOZZI, Alfredo. **Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)**. Milão: Società Editrice Libreria, 1901.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1951, XXXVI, §3.107.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTENEGRO, Antonio Lindenbergh C. **Ressarcimento dos danos pessoais e materiais**. 5. ed. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

OWEN, David G (ed). **Philosophical foundations of tort law**. New York: Oxford University Press, 1995.

PAGE, Henri De. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. O imoral nas indenizações por dano moral. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade – Dano Moral**. Rio Janeiro: Forense, 2002.

PIZARRO, Ramón Daniel Daño Moral. **Prevención. Reparación e Punición. El dano moral em las diversas ramas del derecho**, 2. ed., Hammurabi: Buenos Aires, 2004.

PORTO, Mário Moacyr. **Temas sobre responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. In: MORAES, Maria Celina Bodim de. **Temas de Direito Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. Rio de Janeiro:Forense, 2002.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 3. ed. francesa. Tradução Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SALAZAR, Alcino de Paula. **Reparação do dano moral**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1943.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Lejus, 1999.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. **Princípio da proporcionalidade** – concepção grega de justiça como fundamento filosófico. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile*. Paris: LGDJ, 1951, v. II. In: Seminário da Ouvidoria da Câmara dos Deputados (coord.) Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, 2002, Brasília. Novo Código Civil Brasileiro – o que muda na vida do cidadão. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/Internet/ouvidoria/CodigoCivil1/2partecodigocivil.html>>.

Acesso em: 12 dez 2008.

SERUR, Eduardo Montenegro; CASTRO JR., Torquato da Silva. O dano moral entre direito público e privado. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade** – Dano Moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 667, p. 7-16, maio 1991.

SILVA, José Afonso. “A dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia”, **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, abr./jun. 1998.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, 20. ed. atual por Nagib Salib Filho; Gláucia Carvalho, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Crêterios de fixa o da indeniza o do dano moral**. Questões controvertidas no novo código civil. São Paulo: Editora Método, 2003.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Dano moral**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

_____. **Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. aum. Rio de Janeiro: Aide, 1997, v. II.

_____. **Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. aum. Rio de Janeiro: Aide, 1997, v. II.

TUNC, André. **La responsabilité civile**. Paris: Economica, 1989.

VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. **Repara o do dano moral**: perspectivas e controvérsias. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

VINEY, Geneviève. Report de Synthes . **Les Métamorphoses de la responsabilité**. Sixièmes Journées René Savatier, Poiter : Presses Universitaires de France, 15 et 16 mai 1997.

_____. **Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin**. Introduction   la responsabilité. Paris: LGDJ, 1995.

VINEY, Geneviève; Jourdain, Patrice. **Les conditions de la responsabilité**. Traité de Droit Civil sous la direction de J. Ghestin. Paris: LGDJ, 1998.

Patricia Ribeiro Serra Vieira. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

VIEIRA, Lacyr de Aguiar. Análise Econ mica da responsabilidade civil – viabilidade jurídica no sistema nacional e o princípio da repara o integral. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, v. 772, p. 128 - 143, fev. 2000.

WHITE, G. Edward. **Tort law in América: an intellectual history**. New York: Oxford University Press, 1985.

ZAVALA, Rodolfo Martín Gonzalez; GONZÁLEZ, Matilde Zavala de. **Indemnización punitiva**. Responsabilidad por da os em el tercer milenio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ZENUN, Augusto. **Dano Moral e sua Repara o**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ANEXOS

Projeto de Lei n^o 7.124/02 e Relatório do Deputado Ney Lopes

O projeto de n^o 7.124/2002. Dispõe sobre danos morais e sua reparação.

O Congresso Nacional decreta:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Senado Federal, em 7 de agosto de 2002. Senador Ramez Tebet
Presidente do Senado Federal

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA, CIDADANIA E REDAÇÃO FINAL.

PROJETO DE LEI N.º 7124, DE 2002.

DISPÕE SOBRE DANOS MORAIS E SUA REPARAÇÃO.

Autor: SENADO FEDERAL

Relator: Deputado Ney Lopes

I — RELATÓRIO

Nos termos do art. 65 da Constituição Federal, vem a esta Casa, para ser revisado, o projeto de lei em epígrafe, oriundo do Senado Federal, que busca regradar a reparação por dano moral.

Para tanto, inicia por conceituá-lo, como a “ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade”.

A seguir, trata de explicitar os bens jurídicos tutelados pela lei projetada, tanto em relação às pessoas físicas como às jurídicas.

Determina que será o responsáveis pelo dano moral todos os que tenham colaborado para a ofensa, na proporção da ação ou da omissão, e que a situação de irregularidade do agente ou preposto da Administração não a isentará da responsabilidade objetiva de indenizar o dano moral, ressalvado o direito de regresso.

Deixa estreme de dúvidas que a reparação por dano moral poderá ser pleiteada cumulativamente com a decorrente de dano material, em face do mesmo ato lesivo.

Estabelece três níveis de reparação dos danos morais, a saber: ofensa de natureza leve, indenização de até vinte mil reais; ofensa de natureza média, indenização de

vinte mil a noventa mil reais; ofensa de natureza grave, indenização de noventa mil a cento e oitenta mil reais. No caso de reincidência, estes valores poderão ser triplicados.

Finalmente, prevê prazo prescricional para o ajuizamento da ação indenizatória por danos morais, relaciona dispositivos da lei civil que não se aplicariam à espécie, e encerra cláusula de vigência.

Da justificção ao projeto de lei, constante de seu avulso, tal como apresentado à consideração do Senado Federal (anexado aos autos), destaca-se:

“A presente proposta reclama a colaboração de todos os parlamentares quantos nela reconheçam a necessidade de se inserir, no ordenamento jurídico pátrio, texto legal compatível com os direitos e garantias individuais, consagrados pelo art. 5º da Constituição Federal, com o objetivo de mitigar a dificuldade com que os nossos magistrados se deparam, no cotidiano, ao exarar sentenças sobre danos morais. Essas sentenças, de estado para estado, de norte a sul do país, à falta de norma balizadora, discrepam não apenas entre si, no que tange aos valores das indenizações, mas até nos próprios fundamentos.”

Em apenso, acha-se o PL nº 1.914, de 2003, do ilustre Deputado Marcus Vicente, que altera a redação do art. 953 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), tendo em vista fixar parâmetros para a indenização por danos morais, nos seguintes termos:

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

A inclusa justificção aduz que o referido balizamento auxiliará os magistrados brasileiros a alcançarem um arbitramento justo e equânime na fixação do dano moral, em benefício de toda a coletividade.

Também apensado, encontra-se o PL nº 1.443, de 2003, do ilustre Deputado Pastor Reinaldo, que “Estabelece critérios para a fixação do dano moral”.

De acordo com a proposição, o dano moral decorre de ação ou omissão, dolosa ou culposa, que provoca, gravemente, e de maneira injustificada, perturbação, intranquilidade e ofensa a outrem, contrária aos princípios e valores consagrados na sociedade e no ordenamento jurídico. A indenização do dano moral será fixada em até duas vezes e meia os rendimentos do ofensor ao tempo do fato, desde que não exceda em dez vezes o valor dos rendimentos mensais do ofendido, que será considerado limite máximo. Na ocorrência conjunta de dano material, o valor indenizatório do dano moral não poderá exceder a dez vezes o valor daquele apurado. A autoridade judicial deverá levar em consideração, para a fixação do montante indenizatório, o comportamento do ofendido e se houve retratação por parte do ofensor, podendo reduzir a indenização e, até mesmo, cancelá-la se houver anuência do ofendido. A ação por dano moral prescreverá em um ano, a contar do conhecimento pelo ofendido.

inclusa justificção esclarece que a proposição busca parâmetros para a fixação do dano moral, *“uma vez que proliferam os pedidos indenizatórios em nossos Tribunais*

claramente abusivos, onde fica patente a desproporção entre o dano e o montante que se quer obter a seu pretexto. São pedidos formulados sem a mínima razoabilidade e que nos fazem crer, infelizmente, na existência de uma indústria — no pior sentido da palavra —, indenizatória.”

Trata-se de apreciação terminativa desta comissão, sem que, escoado o prazo regimental, sobreviessem emendas às proposições.

É o relatório

II - VOTO DO RELATOR

A proposição principal atende ao pressuposto de constitucionalidade, pois é competência da União e atribuição do Congresso Nacional legislar sobre Direito Civil, sendo adequadas à elaboração de lei ordinária e a iniciativa parlamentar.

O pressuposto de juridicidade se acha preenchido, porquanto não se ofendem princípios norteadores do sistema jurídico pátrio. Deve-se ressaltar, entretanto, que é feita menção legislativa a lei revogada, qual seja, o Código Civil de 1916, mas tal é fruto da época em que o projeto foi apresentado, na origem.

A técnica legislativa é adequada.

A proposição apensada, PL nº 1.914/03, atende, igualmente, aos pressupostos de constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa, merecendo esta, apenas, pequeno reparo redacional, em seu art. 1º, a fim de não utilizar, muito próximas, as palavras “fixa” e “fixação”.

A segunda proposição apensada, PL nº 1.443/03, atende, também, aos pressupostos de constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa.

Passa-se a apreciar o mérito das proposições, começando pela proposição oriunda do Senado Federal (proposição principal).

Preliminarmente, faz-se necessário recordar que a apresentação do projeto de lei, no Senado Federal, se deu no ano de 1999. Assim sendo, pareceu acertado, aos olhos daquela Casa Alta, aprovar a proposição, na medida em que a Constituição de 1988 menciona, expressamente, em seu art. 5º, incisos V e X, a possibilidade de reparação pelo dano moral, e o Código Civil de 1916 era silente a respeito – o que, em verdade, não impedia ou inviabilizava os pedidos de reparação por dano moral, haja vista que, juridicamente, já eram, de há muito, tidos como possíveis, em análise sistêmica do ordenamento. Nesse sentido, a lição de YUSSEF SAID CAHALI:

“Impende considerar que a Constituição de 1988 apenas elevou à condição de garantia dos direitos individuais a reparabilidade dos danos morais, pois esta já estava latente na sistemática legal anterior; não sendo aceitável, assim, pretender-se que a reparação dos danos dessa natureza somente seria devida se verificados posteriormente à referida Constituição.” (em Dano Moral, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1998, p. 53)

O Código Civil de 2002 prevê, também expressamente, a exemplo da Constituição, a reparação por dano moral, em seu art. 186:

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

Os arts. 946, 953 e 954 do Código, igualmente, conectam-se com a matéria.

No que tange ao projeto de lei em exame, especificamente, uma análise mais cuidadosa de seus dispositivos recomenda sua desaprovação.

O art. 1º busca conceituar o dano moral, tarefa ingrata a que o legislador não deve se dedicar.

“Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exhaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza, pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.” (CAHALI, obra citada, pp. 20/1)

A par disso, o artigo faz referência aos “entes políticos”, o que seria desnecessário, na medida em que estes já são classificados como pessoas jurídicas, sejam elas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Territórios, autarquias e demais entidades de caráter público, criadas por lei) ou de direito privado (partidos políticos).

A possibilidade, aliás, de as pessoas jurídicas serem vítimas de dano moral não é novidade entre nós, havendo, inclusive, Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ a respeito:

Súmula 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

Na esteira do que se ponderou quanto à recomendação de a lei não conceituar o dano moral, também os artigos. 2º e 3º não se sustentam, porquanto encerrariam uma lista fechada (“*numerus clausus*”). O dano moral, como visto, pode originar-se de inúmeras e inimagináveis ações ou omissões, sendo mais recomendável deixar ao crivo dos operadores do Direito, da doutrina e da jurisprudência a análise de cada caso, individualmente. Vale lembrar que o novo Código Civil dedica todo um capítulo especial aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21).

O art. 4º é desnecessário na medida em que pretende normatizar um princípio já constante de nosso sistema, atinente ao instituto da responsabilidade civil, que é tratada pelo atual art. 927 do Código Civil.

Da mesma forma, o art. 5º não se faz imprescindível, pois trata de matéria que é pacífica, e sobre a qual também o STJ já editou uma Súmula, a de nº 37:

“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

Esse princípio foi consagrado pela Constituição, que não excluiu a cumulação dos danos material e moral originados pelo fato.

Em razão do princípio já consolidado em nosso ordenamento jurídico, e esculpido no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o art. 6º do projeto não merece acolhida por ir além do que a Magna Carta dispõe.

O dispositivo mais polêmico da proposição é o 7º, que ensaia fixar valores para a recomposição do dano moral.

Trata-se, a nosso ver, de dispositivo inconstitucional, pois nosso Diploma Maior não limitou ou estabeleceu escala de valores para a quantificação da verba indenizatória pelos danos morais suportados.

O art. 8º é desnecessário pelo fato de a matéria prescrição já estar regulada no Código Civil de 2002, o que o Projeto do Senado não poderia ter previsto, pois é anterior a sua promulgação.

Finalmente, o art. 9º deve ser desconsiderado, porquanto se refere ao revogado diploma civil de 1916 – conforme ressalvado quando da análise da juridicidade do projeto.

A proposição, ressalvados os pontos acima elencados, merece aprovação nos termos do Substitutivo em anexo.

A primeira proposição apensada (PL nº 1.914/03) estabelece parâmetros para a fixação do dano moral.

Os critérios por ela trazidos são ponderados, sendo fruto da doutrina e da experiência jurisprudencial, e deverão, de fato, ser de boa serventia aos juízes que houverem de se debruçar sobre os feitos dessa natureza, evitando, inclusive, sentenças díspares para casos análogos. A única alteração recomendável é a substituição da expressão “enriquecimento indevido” por “enriquecimento ilícito”, mais consentânea com nosso Direito.

Por outro lado, parece mais indicado, ao invés de se acrescentar parágrafo ao art. 953 do Código Civil, estabelecerem-se esses critérios em dispositivo independente, pois há outras situações que podem ensejar reparação moral, a par da injúria, da difamação ou da calúnia.

Esta proposição, assim, merece aprovação, na forma de um substitutivo.

No que tange à segunda proposição apensada (PL nº 1.443/03), vê-se, novamente, tentativa de quantificar, *a priori*, o dano moral, “em até duas vezes e meia os rendimentos do ofensor ao tempo do fato, desde que não exceda em dez vezes o valor dos rendimentos mensais do ofendido, que será considerado limite máximo”. Valem, a esse respeito, os comentários feitos em relação ao art. 7º da proposição principal, quanto à inconveniência desta tentativa de *precifizar* o dano moral.

Merece crítica, igualmente, a exemplo do que se fez em relação ao art. 8º da proposição principal, o art. 3º do projeto de lei em tela, que encerra prazo de prescrição inferior ao previsto pelo art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002, qual seja, três anos.

Assim, deve-se recomendar a rejeição deste projeto de lei.

Por outro lado, vislumbramos uma alternativa válida para minimizar os valores das indenizações por dano moral ou à imagem. A lei deveria fortalecer e incentivar a divulgação do direito de resposta instantâneo, sem comentários redacionais de qualquer espécie, requerido extrajudicialmente, proporcional ao agravo e em prazo não superior a setenta e duas horas. Esta resposta instantânea do ofendido, se considerada satisfatória pelo órgão que divulgou a informação, poderia ser atenuante para redução do quantum da presumida indenização, caso reconhecida judicialmente. A retratação total e cabal aceita pelo julgador e divulgada pelo órgão elidiria o direito à propositura da ação indenizatória.

Em face do exposto, o voto é pela constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição do PL nº 7.124/02; pela constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação dos PLs nºs 7.124, de 2002 e 1.914, de 2003, na forma do substitutivo oferecido em anexo ao presente parecer, e pela constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição do PL nº 1.443/03.

Sala da Comissão, em de de 200.

Deputado Ney Lopes

Relator

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)