

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE HISTÓRIA, DIREITO E SERVIÇO SOCIAL**

JÚLIO CÉSAR SILVA DE MENDONÇA FRANCO

DANOS MORAIS: COMPENSABILIDADE E QUANTIFICAÇÃO

FRANCA

2008

JÚLIO CÉSAR SILVA DE MENDONÇA FRANCO

DANOS MORAIS: COMPENSABILIDADE E QUANTIFICAÇÃO

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção de Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Obrigacional Público e Privado.

Orientador: Prof. Dr. Geraldo José Guimarães da Silva

FRANCA

2008

Franco, Júlio César Silva de Mendonça

Danos morais : compensabilidade e quificação / Júlio César Silva de Mendonça Franco. –Franca : UNESP, 2008

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade de História, Direito e Serviço Social – UNESP.

1. Direito – Danos morais.
2. Dano moral – Reparação.
3. Indenização – Danos morais.

CDD – 342.1513

JÚLIO CÉSAR SILVA DE MENDONÇA FRANCO

DANOS MORAIS: COMPENSABILIDADE E QUANTIFICAÇÃO

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção de Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Obrigacional Público e Privado.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof. Dr. Geraldo José Guimarães da Silva

1º Examinador(a): _____
Prof. Dr. Euclides Celso Berardo – FD/Franca

2º Examinador(a): _____
Prof. Dr. Arthur da Silva Marques – FHDSS/Unesp

Franca, 9 de junho de 2008.

Dedico este trabalho à minha esposa Maria Isabel, por quem nutro amor irrestrito, companheira de todas as horas, mulher de fibra, coragem e sabedoria, que tem sido a grande direcionadora dos meus passos ao longo da minha vida e com quem tenho tido a felicidade e a honra de dividir todos os momentos e experiências neste mundo. À minha filha Priscila, que tem se mostrado um ser tão especial e imprescindível desde o dia em que me foi dado zelar pelo seu destino, que muito tem me ensinado e iluminado. Especialmente aos meus pais, Antônio Bellarmino, “in memoriam”, e Nelsina, que com amor e dedicação extrema conseguiram me moldar à sua semelhança, com consciência ética e social, apego incondicional à família e devoção ao trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela iluminação recebida e pela força Nele encontrada para chegar até este resultado final sem esmorecer, a despeito das muitas dificuldades enfrentadas.

Também à minha esposa Maria Isabel e minha filha Priscila, pela paciência que tiveram diante das muitas horas tomadas de nosso precioso convívio.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Geraldo José Guimarães da Silva, por todo o apoio prestado, pela confiança em mim depositada e pelos grandes ensinamentos transmitidos.

A todos os meus familiares e amigos que de qualquer forma, direta ou indireta, contribuíram para a conclusão desta obra, permitindo-me atingir mais este projeto de minha vida.

Aos professores e funcionários da UNESP – “Campus” de Franca/SP, notadamente Luzinete e Laura.

Muito obrigado.

FRANCO, Júlio César Silva de Mendonça. **Danos morais:** compensabilidade e quantificação. 2008. 124f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2008.

RESUMO

O presente trabalho realiza uma abordagem geral sobre o candente tema da compensação das ofensas havidas ao patrimônio imaterial de qualquer pessoa, identificando, em um momento inicial, o que realmente pode ser considerado como dano moral indenizável, pois muitos pretendem a extensão do conceito para toda e qualquer sensação de dissabor ou desconforto, as quais, muitas vezes, fazem parte das simples vicissitudes da vida e por isso mesmo devem ser suportadas sem maiores reflexos no campo da responsabilidade civil. Justifica-se, a seguir, a necessidade de reparação do dano moral e analisam-se as suas características informadoras (compensatória e ressarcitória), que devem ser levadas em conta para a quantificação correspondente. Na seqüência, o estudo se prende a uma verificação detalhada sobre os sujeitos do direito à reparação do dano moral, fazendo um percurso que se inicia na pessoa natural, passa pela pessoa jurídica e chega até à coletividade, debruçando-se, também, sobre a possibilidade de sua transmissão para terceiros e as circunstâncias em que isso poderia se verificar. Ato contínuo, a pesquisa avança sobre o ponto principal de toda a problemática que envolve o dano moral, qual seja, a mensuração do montante indenizatório e lança luzes sobre os sistemas norteadores existentes (aberto, fechado e híbrido), colocando-os em cena para uma dissecação detalhada e individualizada, para depois indicar uma quarta vertente que se mostra mais apropriada e justa, que seria a da mera regulação, única capaz de permitir a escorreita quantificação do prejuízo moral em cada caso concreto. Por fim, a pesquisa acaba se espraiando em questões processuais que têm se mostrado relevantes no campo das demandas que envolvem a compensação do dano moral, onde são apontadas as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais. A contribuição científica que se busca trazer a tona a partir deste trabalho é a elucidação dos pontos mais controvertidos ainda existentes acerca do dano moral, tendo a ousadia de pretender afastar as dúvidas e incertezas que acabam fomentando verdadeira indústria de pleitos indevidos ou abusivos.

Palavras-chave: dano moral. compensação. critérios informadores. sistemas orientadores.

FRANCO, Júlio César Silva de Mendonça. **Moral damages:** compensability and quantification. 2008. 124f. Dissertation (Right Master) – High School of History, Law and Social Work, University of São Paulo State “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2008.

ABSTRACT

This work holds a general approach on the burning issue of compensation for harm held the intangible assets of any person, identifying, in an initial moment, what can be regarded as injury compensation, as many want to extend the concept to all and any sense of disorder or discomfort, which often are part of simple vicissitudes of life and therefore should be supported without major repercussions in the field of civil liability. It is, then the necessity to repair the damage to morale and analyze their characteristics of creation (compensatory and refund), which must be taken into account for the corresponding amount. Following, the study has to do a detailed check on the subject of the right to repair the moral, making a journey that begins in the natural person is through legal and reaches the community, and will focus also on the possibility of its transmission to others and the circumstances in which this could take place. Act continued, the search moves on the key point of the whole issue involving the moral, which is the measurement of the amount compensatory and casts light on the existing guiding systems (open, closed and hybrid) and putting them into play for a detailed dissection and individualized, and then indicate a fourth area that is most appropriate and fair, which would be the mere regulation, only able to allow the accurate quantification of damage morale in each case. Finally, the search has just been spread on procedural issues that have been shown in the relevant field of the complaints involving the compensation of moral damage, which are outlined the main current doctrinal and jurisprudential. The scientific contribution which seeks to bring forth from this work is the elucidation of the most controversial remaining on the moral, and the daring to want to allay the doubts and uncertainties that have just encouraging real industry of inappropriate or abusive litigation.

Key words: moral damage. compensation. judgment of information. method of orientation.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| CAPÍTULO 1 ASPECTOS ELEMENTARES DO DANO MORAL..... | 12 |
| 1.1 Noções gerais | 12 |
| 1.2 Conceito e definição | 15 |
| 1.3 Espécies de dano moral..... | 21 |
| 1.4 Objeções à reparação do dano moral | 23 |
| 1.5 Razões de reparabilidade do dano moral..... | 27 |
| 1.6 Caráter do dano moral e teoria do valor do desestímulo..... | 30 |
| 1.7 Dano estético e dano moral | 34 |
| CAPÍTULO 2 TITULARIDADE DO DIREITO MATERIAL À REPARAÇÃO..... | 39 |
| 2.1 Dano moral e a pessoa natural..... | 39 |
| 2.2 Dano moral e a pessoa jurídica..... | 45 |
| 2.3 Dano moral e os interesses difusos ou coletivos..... | 50 |
| 2.4 Dano moral e o direito do consumidor | 54 |
| 2.5 Intransmissibilidade do dano moral..... | 58 |
| CAPÍTULO 3 RESSARCIMENTO DO DANO MORAL | 63 |
| 3.1 Aspectos preliminares | 63 |
| 3.2 Formas de reparação..... | 68 |
| 3.3 Critérios de fixação do “quantum” indenitário | 71 |
| 3.4 Normas aplicáveis..... | 82 |
| 3.5 Lastro jurisprudencial | 87 |
| 3.6 Elementos influenciadores da quantificação indenitária | 89 |
| 3.7 Sistema de regulação normativa e posição do autor | 93 |
| CAPÍTULO 4 QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES | 98 |
| 4.1 Cabimento de pedido genérico de indenização | 98 |
| 4.2 Antecipação de tutela e ação de reparação de danos morais..... | 101 |
| 4.3 Ônus da prova e dano moral..... | 105 |

| | |
|---|------------|
| 4.4 Valor da causa | 109 |
| 4.5 Sucumbência parcial do autor | 112 |
| 4.6 Fixação do “quantum” indenizatório em salários mínimos | 115 |
| | |
| CONCLUSÃO | 117 |
| | |
| REFERÊNCIAS | 119 |

INTRODUÇÃO

Como é cediço, o homem se apresenta como um animal eminentemente político e social, posto que, muito embora possa sobreviver sozinho e de forma isolada, precisa de seus pares a fim de suprir de forma mais plena e adequada as suas necessidades básicas exteriores (segurança, conforto, alimentação, vestimenta, etc.) e interiores (informações, companheirismo, instrução etc.).

O fato é que quando o ser humano vem a se unir a um determinado grupo, passando a ostentar uma vida participativa e interativa, exsurge então a indissociável necessidade de se estabelecer limites para essa correlação entre os indivíduos, fixando as linhas marginais que irão restringir os interesses privados de cada cidadão, evitando que o mesmo extrapole o campo pessoal e venha a atingir e ferir os interesses alheios.

Daí resulta o aparecimento do direito - “lato sensu” -, codificado ou não, em face do qual cada indivíduo passa a ter o âmbito de sua atuação na sociedade balizado, possibilitando a pacificação do grupo com a clara compreensão daquilo que se pode exigir de seu semelhante e os pontos até onde lhe é dado atuar sem prejudicar o interesse de seu próximo. Deparamos, então, com os direitos e as obrigações “stricto sensu”.

O objetivo primordial do direito, portanto, é o estabelecimento do equilíbrio e da harmonia social, buscando apaziguar ou ao menos conter os conflitos de interesses, impedindo inclusive a prática da vingança privada.

Exatamente por isso, sempre que a consumação de algum ato ilícito por um particular venha a romper aquele equilíbrio mencionado, deverá o Estado procurar restabelecê-lo através da imposição de necessária e suficiente reparação dos danos resultantes.

Aos olhos da lei, todos na sociedade, sem distinção, têm o dever de reparar os prejuízos advindos de atos ilícitos – contratuais ou extracontratuais – que venham a praticar, pois qualquer ofensa pessoal ou patrimonial gera um desequilíbrio e daí resulta a necessidade intransponível de solucionar as lesões resultantes através de meios jurídicos adequados, na medida em que o direito não tolera ofensas sem a devida reparação ¹.

Sempre que se verifica uma violação do direito de um indivíduo determinado e sobrevém daí uma ofensa à esfera patrimonial do mesmo, emerge a correspondente

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. p. 3.

responsabilidade civil do agente causador do prejuízo, o qual será instado a ressarcir de forma cabal a vítima, recompondo “in totum” os danos eclodidos.

Bem por isso, o nosso ordenamento legal abraçou o princípio que impõe no campo da responsabilidade civil o dever de reposição completa do ofendido no estado em que se encontrava antes da lesão. Deve ocorrer a chamada “*restitutio in integrum*”, sem o que a vítima não será lançada em seu “*status quo ante*” de modo pleno, cabal e suficiente.

O fato é que os prejuízos advindos podem ser de âmbito apenas patrimonial, o que certamente não acarretará grandes problemas para o fim de indenização, tendo em vista a relativa facilidade de sua identificação e valoração.

No entanto, por vezes a perda é de ordem moral e aí se estabelece um campo tormentoso e intrincado, tanto no que se refere à delimitação do que seria o direito extrapatrimonial de cada um, como no que tange à estipulação do chamado “*pretium doloris*”.

Cada indivíduo compõe um universo complexo de interesses, sendo titular, dentre outros direitos, daqueles integrantes de sua personalidade, os quais participam da formação da sua moral e, por isso mesmo, devem ser preservados, resguardados e protegidos pela ordem jurídica.

O tangenciamento desse bem jurídico do cidadão (moral), com subsequente ofensa do mesmo, exige a correspondente reparação, sem o que a recomposição não será total e o desequilíbrio social quedará sedimentado.

Em que pese a aparente clareza e evidência da importância do patrimônio moral de cada cidadão, bem como a necessidade primordial de resguardo do mesmo, a reparação desse direito – e, portanto, o amparo correspondente – continua mostrando-se um ponto de consistente atrito entre vozes antagônicas que se levantam para criar forte celeuma em torno do assunto.

As críticas e argumentos ostentados em sentido contrário são contundentes e inspiram debate profundo. O que dizer da dificuldade de se descortinar a existência do dano moral? Ou da incerteza da violação efetiva de um direito nesse caso?

É preciso delimitar exatamente o que, no campo da moral do indivíduo, deve ser passível de ressarcimento, com o escopo de se evitar o abuso indenitário e o enriquecimento sem causa, pois há um limite evidente entre a mera suscetibilidade e o efetivo direito extrapatrimonial.

Além disso, a cizânia que se verifica em torno da fórmula adequada para se chegar a uma justa reparação do dano moral é tema que exige indagações significativas.

Ademais, assiste-se a ocorrência de verdadeiro abuso na utilização desse direito, formando-se o que se logrou denominar 'indústria do dano moral', na medida em que muitas vezes os pleitos indenitários são formulados com base em arremedos de direito ou envolvem pedidos contendo valores estratosféricos que fogem à realidade e buscam autêntico enriquecimento sem causa da vítima.

Tais acontecimentos decorrem notadamente da falta de uma correta e adequada interpretação do que vem a ser o dano moral perante o nosso direito, máxime porque não se admite a reparação de qualquer tipo de padecimento, dor ou aflição, mas somente aqueles que venham a resultar da privação de um bem jurídico em torno do qual as vítimas contem com interesse juridicamente reconhecido. Além disso, o problema também é resultante da falta de critérios legais claros e inequívocos acerca da quantificação do ressarcimento.

Enfim, é preciso encetar esforços para dirimir os conflitos existentes, esmiuçando o tema e detalhando a matéria correlata e própria, de modo a aclarar as controvérsias e construir uma trilha segura para o percurso daqueles que necessitam da recomposição integral dos prejuízos sofridos.

Pretende-se, assim, através do presente estudo, com base no exame de campo da realidade e no acompanhamento dos novos textos legais, além da jurisprudência e da doutrina nacional e alienígena, realizar o levantamento dos principais pontos de importância do tema. Objetiva-se, sobretudo, evidenciar os precisos contornos do dano moral e lançar luzes sobre o intrincado problema da quantificação da reparação correspondente, tendo em vista a escassez de critérios objetivos na legislação em vigor.

A finalidade do trabalho a seguir desenvolvido é precisamente o estabelecimento de uma análise geral do direito extrapatrimonial que compete a todo cidadão, focando os reflexos do dano moral, nas suas variadas formas, modos de sua reparação e liquidação, apurando e sopesando os aspectos doutrinários e jurisprudenciais que envolvem a matéria, sempre com o objetivo prioritário de apresentar subsídios para melhor aclarar este assunto tão delicado e ao mesmo tempo tão pulsante e atual.

CAPÍTULO 1 ASPECTOS ELEMENTARES DO DANO MORAL

Sumário: 1.1 Noções gerais. 1.2 Conceito e definição. 1.3 Dano moral direto e indireto. 1.4 Objeções à reparação do dano moral. 1.5 Razões de reparabilidade do dano moral. 1.6. Fundamento da reparação do dano moral. 1.7. Caráter do dano moral e teoria do valor do desestímulo. 1.8 Dano estético e dano moral.

1.1 Noções gerais

A sociedade moderna, face ao grande avanço tecnológico verificado e também à intensificação das relações entre os cidadãos, tem se deparado de forma crescente com fatos geradores de riscos à integridade física e patrimonial de cada indivíduo. A par das benesses advindas com o surgimento crescente de bens e utilidades que trazem conforto, prazer, benefícios e facilidades, existe a correlata situação de perigo de danos à saúde, à vida e ao patrimônio dos demais integrantes da coletividade, que se vêem obrigados a conviver com veículos mais velozes, máquinas mais potentes, aparelhos e meios rebuscados de transmissão de dados e conhecimentos em tempo real etc.

Bem por isso, a perpetuação da almejada harmonia na vida em comunidade exige justamente a conservação do equilíbrio patrimonial e de direitos de cada um, sendo que eventual ofensa aos interesses individuais ou coletivos encontrará na responsabilidade civil a forma de se resgatar a estabilidade quebrada a partir da violação ocorrida.

O sistema legal pátrio incorporou o dever geral de não lesar, inserto na máxima romana “*neminem laedere*”, segundo o qual exsurge a obrigação de indenizar, em detrimento do autor da lesão ou do risco, sempre que ocorrer perda ou diminuição de patrimônio material ou imaterial de outrem, decorrentes da prática de ato ilícito ou abuso de direito.

O causador da ofensa praticada passa a ter o dever legal de indenizar, ou seja, de reparar os prejuízos provocados, o que se estabelece a partir da responsabilidade civil que se lhe impõe o ordenamento jurídico em vigor, sempre com o objetivo de extirpar a diferença apurada entre a realidade atual da vítima por conta dos prejuízos experimentados e aquela que haveria se não tivesse ocorrido o dano.

Sobre o assunto, bem nos explica a mestra Maria Helena DINIZ², com especial percuciência, que a responsabilidade civil se erige justamente em uma relação obrigacional que tem por escopo viabilizar o ressarcimento dos prejuízos resultantes, seja a partir da inexecução de um contrato ou mesmo de uma lesão a direito subjetivo sem lastro em anterior relação jurídica, tudo de modo a lançar o ofendido em sua condição física e patrimonial existente antes da ofensa.

E é justamente no artigo 927, “caput”, do Código Civil, que a regra geral em análise encontra ressonância e amparo, ao destacar textualmente o seguinte:

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

Importante se apresenta a referência ao artigo 186 daquele mesmo “codex”, feita no dispositivo legal referido no parágrafo antecedente, pois neste restou apontada expressa menção ao dano moral, que é o objeto do presente estudo. Confira-se, “in verbis”, o seu teor:

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. (grifo nosso).

Assim, fica evidenciado que a responsabilidade civil, tal como admitida pelo sistema jurídico em vigor, exige a mais ampla e cabal reparação de todos os danos causados, mesmo que estes se restrinjam com exclusividade ao universo extrapatrimonial do ofendido, situando-se no seu campo unicamente moral.

Aliás, o dano moral se mostra igualmente consagrado como garantia constitucional, conforme bem se verifica do teor do artigo 5º, incisos V e X, da Constituição

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. p. 7.

Federal³, inclusive considerada como cláusula pétrea e, por isso mesmo, imutável, nos precisos termos do artigo 60, §4º da Magna Carta.

Bem por isso, não mais subsiste qualquer tipo de dúvida em torno da obrigatoriedade de se indenizar o dano moral, ou seja, aquele havido no campo da subjetividade do indivíduo, envolvendo os elementos íntimos da personalidade e da própria valoração da pessoa em seu meio. E tal prevalece especialmente na hipótese do chamado dano moral puro, consistente naquele despido de todo e qualquer reflexo de ordem patrimonial.

Mostram-se, portanto, totalmente ultrapassados os questionamentos outrora apresentados em torno da reparabilidade do dano moral, restando assentado e pacífico que todo dano causado à integridade corporal ou psíquica de alguém – pouco importando se os reflexos se estabeleceram sobre o âmbito patrimonial ou extrapatrimonial –, enseja o cabal ressarcimento correspondente.

De qualquer modo, em que pese a evidente evolução desses conceitos e da hodierna admissibilidade plena da ressarcibilidade dos danos morais, continuam existindo aspectos controvertidos que desafiam a plena utilização desse direito, consistentes na dificuldade de se identificar aquilo que pode ser considerado efetivamente como dano moral – máxime porque não se admite a reparação de todo e qualquer tipo de padecimento, dor ou aflição, mas somente aqueles que venham a resultar da privação de um bem jurídico em torno do qual as vítimas contam com interesse juridicamente reconhecido – e também na correspondente quantificação em valor econômico, máxime porque este último envolve bem lesado que não pode ser dimensionado monetariamente.

Essa problemática foi bem colocada por Nehemias Domingos de MELO⁴, segundo o qual tem sido mesmo uma tarefa árdua a de identificar e delimitar, em cada caso concreto, o que vem a ser realmente dano moral, encontrando-se aí questão das mais

³ “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V- É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem (grifo nosso);

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (grifo nosso).

⁴ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral**: problemática: do cabimento à fixação do *Quantum*. São Paulo: Juarez, 2004a. p. 8.

controvertidas no campo do direito justamente por inexistirem critérios objetivos fixados na lei.

A consequência óbvia, explica o mestre referenciado, é que o julgador se vê obrigado a buscar amparo na doutrina e na jurisprudência para identificar o estabelecimento do dano moral. E conclui que diante dessa realidade a definição sobre a ocorrência ou não de tal espécie de dano depende, notadamente, de prudente análise acerca da existência de lesão a um dos bens próprios da dignidade humana previstos na Constituição, levando em conta para tanto o homem médio da sociedade, o que, de resto, muitas vezes assume caráter subjetivo⁵.

Tais pontos controversos e outros que com eles se correlacionam merecerão nas linhas subseqüentes especial enfoque com o objetivo de iluminar, tal como um farol na escuridão da tormenta, um caminho seguro para a sedimentação da celeuma e a pacificação do tema.

1.2 Conceito e definição

A Doutrina, do ponto de vista conceitual, sinaliza sem dissentimento no sentido de que se deve entender por dano moral toda e qualquer ofensa que venha a atingir com exclusividade o chamado patrimônio ideal da vítima, ou seja, tangencia unicamente esta última na sua condição de ser humano, ferindo os valores internos e anímicos da pessoa, sem qualquer reflexo sobre o seu patrimônio material.

Assim, Carlos Roberto GONÇALVES⁶ resume a questão afirmando que o dano moral é aquele que atinge o sujeito como pessoa, sem ofender o seu patrimônio material. E arremata destacando que a lesão recai especificamente sobre os direitos da personalidade, tais como, exemplifica, a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome e etc., provocando-lhe dor, sofrimento, tristeza, vexame ou humilhação.

Nessa mesma esteira, deparamos com a lição de Sílvio de Salvo VENOSA⁷, segundo o qual o dano moral consistiria no prejuízo que se estabelece sobre o ânimo psíquico,

⁵ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral:** problemática: do cabimento à fixação do *Quantum*. São Paulo: Juarez, 2004a.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. p. 357.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4. p. 47.

moral e intelectual da vítima, consistindo o seu campo de ofensa em torno dos chamados direitos da personalidade.

Assim também é a dicção de Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO⁸, que nos descreve a realidade de que o dano moral atinge unicamente a esfera personalíssima do indivíduo, circunscrevendo-se a ofensa ao seu patrimônio imaterial.

Vibra em idêntico diapásão o conceito acenado por Antônio Jeová Santos⁹, o qual nos lembra que muito embora o dano moral consista igualmente em um prejuízo, este não pode ser considerado do ponto de vista pecuniário, pois nesse caso a lesão se estabelece apenas no campo espiritual da vítima, comprometendo o seu “*bem-estar psicofísico*”.

E não discrepa desse entendimento o civilista Cláudio Antônio Soares LEVADA¹⁰, o qual aponta com clareza que se dissocia do dano moral todo e qualquer reflexo na esfera patrimonial do ofendido. Logo, segundo a sua ótica, dita classe de dano se configura a partir da ocorrência de uma ofensa injusta a qualquer atributo da pessoa ou ainda, venha a tolher a sua liberdade, macule a sua honra, comprometa a sua imagem ou denigra a sua reputação, sem que exista qualquer repercussão sobre o seu patrimônio material.

O doutrinador Walter MORAES¹¹, lembrado por Rui STOCO, sem se desprender da vala comum dos conceitos já referidos, mas, antes, confirmando-a, defende de modo interessante que o dano moral em si mesmo não chega a ser um dano propriamente dito, pois inócorre redução patrimonial efetiva, restando atingida somente a pessoa como ser humano.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p.61-62.

⁹ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 94-95.

¹⁰ LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Liquidação de danos morais**. 2. ed. Campinas/SP: Copola, 1997. p. 22-23.

¹¹ “O que se chama de ‘dano moral’ é não um desfalque no patrimônio, nem mesmo a situação onde só dificilmente se poderia avaliar o desfalque, senão a situação onde não há ou não se verifica diminuição alguma. Pois se houve diminuição no patrimônio, ou se difícil ou mesmo impossível avaliar com precisão tal diminuição, já há dano, e este pode ser estimado por aproximação (art. 1.553); e logo será supérflua a figura do dano moral. Vale dizer que dano moral é, tecnicamente, um não-dano, onde a palavra ‘dano’ é empregada com sentido translato ou como metáfora: um estrago ou uma lesão (este o termo jurídico genérico) na pessoa, mas não no patrimônio. [...] Os valores ditos morais são valores de outra dimensão, irreduzíveis ao patrimonial. Daí que na indenização por dano moral não há nem indenização nem dano, e nem sempre é moral o mal que se quer reparar, pois o termo ‘moral’ segue o uso da doutrina francesa onde moral se diz tudo quanto não é patrimonial ou econômico nem material, como se o econômico e o físico não entrassem no campo da moral”.(apud STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 1363, destaque do autor).

Até mesmo Eduardo Bonasi BENUCCI¹², ao citar jurisprudência de Tribunal Italiano, assevera que o dano moral puro é aquele que se dissocia de toda e qualquer consequência de ordem patrimonial, consistindo em mera turbacão ao ânimo do lesado. Tanto que, argumenta, nem haveria razão de se sustentar a existência do chamado dano moral impuro, consistente naquele cujos efeitos lesivos incidem, concomitantemente, sobre o acervo patrimonial e extrapatrimonial do ofendido.

Inclusive, a esse respeito, deve ser observado que Wilson Melo da SILVA¹³ bem denota que os danos morais somente podem ser considerados como tais na sua forma pura – consistentes naquele em que os efeitos da lesão recaem com exclusividade sobre os interesses extrapatrimoniais da vítima –, pois, para ele, os reflexos patrimoniais do dano moral – reputados danos materiais indiretos –, não são danos morais, devendo ser considerados, isto sim, como danos materiais comuns.

Porém, é preciso observar que o reconhecimento do dano moral não pode mesmo levar em conta a natureza ou a índole do direito subjetivo atingido, mas o que se considera realmente é o interesse tangenciado por conta do ato ilícito praticado, ou seja, é o efeito ou o caráter da lesão jurídica sobre a vítima que irá classificar o dano como patrimonial ou moral. Não fosse assim, teríamos que afastar a realidade do dano moral resultante do ataque a um bem material ou mesmo a ocorrência do chamado dano patrimonial indireto, que nada mais é do que o reflexo material decorrente da ofensa ao patrimônio ideal ou extrapatrimonial.

Portanto, por vezes o que vem a ser atingido pela ofensa é um bem material, v.g., um veículo, mas como desdobramento pode resultar prejuízos a interesses patrimoniais da vítima (estragos no automotor) e também a interesses extrapatrimoniais seus (sofrimento pela perda de um bem de estimação). O inverso também pode ocorrer se a agressão for direcionada exclusivamente à moral do ofendido, como a divulgação de fatos inverídicos,

¹² “La giurisprudenza sembra anch’essa favorevole ad una distinzione: ‘Danni non patrimoniali sono i danni morali puri, quelli cioè che non arrecano nè direttamente nè indirettamente detrimenti patrimoniali economicamente valutabili e consistono nell’ingiusto perturbamento apportato alle condizioni d’animo del lesa (Cass. 15 giugno 1951, n. 1528, citata)’. Tale orientamento sembra postulare quindi una distinzione fra danni morali puri e danni morali che puri non sono, ammettendo la possibilità che vi siano danni morali i quali, pur conseguendo a turbativa delle condizioni d’animo del lesa, arrechino, anche solo indirettamente, detrimenti patrimoniali economicamente valutabili. Si potrebbe però obiettare che quando un danno, qualunque sia la sua origine, finisca per esercitare un’influenza, anche indiretta, sulla sfera patrimoniale, esso acquista la fisionomia del danno patrimoniale, com la conseguenza che la categoria dei danni morali impuri non há ragione di esistere” (BENUCCI, Eduardo Bonasi. **La responsabilit  civile**. Milão: Giuffr , 1955, p.55).

¹³ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua repara o**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 8.

gerando, como efeitos reflexos, ressentimentos íntimos tal como vergonha e depressão (dano moral) e também a perda de negócios (dano material).

É Maria Helena DINIZ¹⁴ quem melhor exemplifica esta situação, esclarecendo por completo a idéia ora abraçada ao dispor que a distinção entre o dano material e o dano moral de fato resulta do efeito da lesão ou do caráter da sua repercussão sobre o lesado, pouco importando a natureza do direito subjetivo atingido.

Aliás, a doutrinadora referida no parágrafo antecedente não é a única a apontar os efeitos da lesão como fator de diferenciação entre danos materiais e morais. Embora conferindo conotação diversa ao tema, Clayton REIS¹⁵ garante que nos dois tipos de danos em análise os efeitos são distintos, máxime no que tange ao aspecto indenitário. Assim, afirma que na hipótese do dano material a reparação pretende recuperar a coisa atingida ou viabilizar a aquisição de bem semelhante, tudo de modo a recompor o estado anterior do patrimônio lesado. No entanto, destaca que no caso do dano moral esta reposição ao “status quo ante” é impossível e por isso a indenização pretende unicamente trazer uma compensação pecuniária ao sofrimento suportado, atenuando a dor da vítima.

De qualquer modo é possível asseverar, concluindo, que o dano moral efetivamente se delinea pela **lesão de interesse não patrimonial** pertencente a uma pessoa, física ou jurídica, decorrente da prática de ato ilícito ou abuso de direito e como tal merece reparação isolada, nada impedindo a sua coexistência com o dano material resultante do mesmo fato lesivo – aliás, a possibilidade de cumulação de pleito indenitário por dano material e moral já estava expressamente admitida pela Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça¹⁶.

¹⁴ “O direito à integridade corporal, que é um direito da personalidade, pode sofrer um prejuízo patrimonial, caso em que a lesão ao interesse patrimonial será representada pelas despesas (dano emergente) com o tratamento da vítima e pela sua incapacidade de trabalho (lucro cessante), e um prejuízo extrapatrimonial, hipótese em que se terá uma lesão ao interesse à incolumidade física que esse direito pressupõe e que sofreu, p.ex., um menoscabo em razão de dano estético que pode provocar complexos provenientes das deformações. Igualmente, se a injúria feita a alguém em artigo de jornal provocar, p. ex., queda de seu crédito, alterando seus negócios, levando-o à ruína, ter-se-á dano moral e dano patrimonial indireto, pois ocorre, além do dano ao amor-próprio, uma sensível diminuição de sua renda. Logo, nada obsta a coexistência de ambos os interesses como pressupostos de um mesmo direito, portanto o dano poderá lesar interesse patrimonial ou extrapatrimonial. Deveras, o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão jurídica, pois do prejuízo causado a um bem jurídico econômico pode resultar perda de ordem moral, e da ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano patrimonial” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. p. 89, destaque do autor).

¹⁵ REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 4-5.

¹⁶ “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Não obstante isso, Américo Luís Martins da SILVA¹⁷ alerta, com acerto, para o fato de que o dano moral não é a dor, a angústia, a aflição, a humilhação, o desgosto ou o sofrimento íntimo, pois tais estados de espírito são na realidade conseqüências do dano e não este em si mesmo. Ademais, cada pessoa ofendida reage de determinada maneira à agressão, o que conduz a ressentimentos e reações em graus diferenciados, sem que isso afaste o estabelecimento do dano moral. Por vezes, inclusive, este último se consuma mesmo que desacompanhado de algum tipo de sofrimento psíquico, tal como na hipótese de uma vítima de um acidente de trânsito que tenha ingressado em estado de coma profundo e irreversível; haverá dano moral, posto que afetada a integridade física e mental do ofendido, porém, a despeito disso, o mesmo não sente dor, angústia ou qualquer outro tipo de sensação interior consciente de afetividade ou sensibilidade.

Ademais, Antônio Jeová SANTOS¹⁸, valendo-se de escólio de Zavala de Gonzalez, ressalta que o dano moral não poderia mesmo ficar circunscrito ao simples campo das alterações passionais do ânimo da vítima (tristeza, angústia, vergonha etc.), notadamente porque a dimensão espiritual do indivíduo não se restringe ao âmbito afetivo ou de sua sensibilidade (aptidão de sentir), mas abarca igualmente as suas capacidades intelectual (aptidão de entender) e volitiva (aptidão de querer). Daí porque, segundo sua ensinança, bastaria o tangenciamento de qualquer uma daquelas capacidades referidas para se estabelecer e configurar o dano moral, que corresponderia à afetação espiritual do indivíduo.

Em verdade, como se verá em instante apropriado neste estudo, a análise e o sopesamento acerca da intensidade do sofrimento da vítima, representada por maior ou menor grau de dor, angústia ou humilhação, tem prestabilidade não para a configuração do dano moral, mas sim para a aferição e gradação do “quantum” indenitário justo e suficiente para o escoreito ressarcimento almejado pela vítima.

Destarte, por dano moral deve se entender, isto sim, toda e qualquer ofensa ou menoscabo a interesse de ordem não-patrimonial amparado pela lei, notadamente aqueles relativos aos direitos da personalidade (vida, integridade corporal e psíquica, liberdade, honra, imagem, intimidade, privacidade e etc.), aos atributos da pessoa (nome, capacidade, estado de família) ou à dignidade humana, atingindo, portanto, valores internos e anímicos do

¹⁷ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 39.

¹⁸ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 109.

indivíduo. Por isso mesmo, a verdadeira extensão e os contornos adequados do dano moral, segundo escólio de Carlos Roberto GONÇALVES¹⁹, são encontrados nos artigos 1º, inciso III e 5º, incisos V e X, ambos da Constituição Federal em vigor.

Não obstante isso é forçoso observar que apenas a lesão concreta, contundente e significativa a um dos direitos personalíssimos do cidadão é capaz de se configurar como dano moral autêntico, de modo a justificar o ressarcimento correspondente, pois os incômodos banais e de somenos importância aos quais estamos sujeitos no nosso dia-a-dia não podem ser galgados ao mesmo patamar e são desmerecedores de proteção.

Acontece que o cotidiano de nossas vidas está repleto de situações comuns com as quais somos obrigados a lidar e que nos causam de fato algum incômodo, dissabor ou inconveniência, muito embora em grau pouco expressivo. No entanto, é preciso entender que o convívio em sociedade impõe uma ordem geral que nos obriga a suportar estes dissabores comuns, que atingem indistintamente cada um de nós, máxime nos grandes centros urbanos. Esse é o ônus da vida coletiva que pesa sobre nossos ombros e assim se estabelece como conseqüência natural das relações interpessoais estabelecidas na família, no trabalho, no trânsito, nas ruas, nos clubes etc.

Assim sendo, conforme aponta Carlos Roberto GONÇALVES²⁰, não configuram danos morais os simples dissabores, os aborrecimentos corriqueiros, as mágoas comuns, as irritações banais, o desconforto insignificante. Entender em sentido contrário seria o mesmo que banalizar o instituto do dano moral e autorizaria a indenização de todo e qualquer incômodo ou alteração comezinha do espírito, permitindo cobertura às suscetibilidades inaceitáveis e às sensibilidades exageradas. Isso, por óbvio, não se poderia admitir, pois redundaria na insuportabilidade da vida em comum e afrontaria a natureza humana.

Logo, para autorizar o reconhecimento do dano moral e viabilizar o ressarcimento respectivo, mostra-se de rigor que a ofensa seja expressiva e incomum, de tal ordem que venha a romper o equilíbrio e o bem-estar físico e psíquico do sujeito, distanciando-se do banal e do suportável. É a magnitude, a grandeza do ato ilícito que configura o dano moral, no dizer de Antônio Jeová SANTOS²¹.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 549.

²⁰ *Ibid.*, p. 550.

²¹ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 112.

E é o mesmo mestre destacado no parágrafo antecedente que nos apresenta a justa medida para separarmos o que pode ser considerado como acontecimento trivial e deve ser desprezado, daquilo que se mostra relevante e capaz de tipificar o dano moral: devemos levar em conta a figura do homem-médio, ou seja, o cidadão comum, o pai de família padrão ('bonus pater familiae'), aquele que se posiciona entre os detentores de suscetibilidade exagerada e os possuidores de tolerância anômala²².

1.3 Espécies de dano moral

Conforme já destacado anteriormente, o fato lesivo em si mesmo e por si só, não basta para informar a natureza do dano havido, sendo, pois, insuficiente para classificá-lo como de ordem material ou moral. Nesse aspecto, deve ser observado, isto sim, o efeito ou o caráter da lesão. Logo, não é o bem jurídico atingido, mas sim os reflexos desse ataque, ou melhor, o tipo de interesse afetado em razão do ato ilícito perpetrado, que irá definir a característica verdadeira do dano, permitindo apontá-lo como patrimonial ou extrapatrimonial.

Bem por isso, dentro dessa ótica o jurista e doutrinador Wladimir VALLER²³, lastreado em lição do mestre Eduardo A. Zannoni, nos dá conta de que em se levando em consideração justamente a natureza dos interesses jurídicos atingidos, e não a natureza dos direitos que pressupõem esses interesses, o dano moral pode ser classificado como direto ou indireto.

Considera-se dano moral direto toda lesão a um interesse relativo à satisfação ou exercício de um bem jurídico extrapatrimonial, assim entendida qualquer ofensa que recaia sobre um dos direitos da personalidade (vida, integridade corporal e psíquica, honra, decoro, liberdade, intimidade etc.), ou nos atributos da pessoa (nome, capacidade, estado de família) ou ainda, venha a comprometer a dignidade da pessoa humana²⁴. O objeto imediato da ofensa consiste em um bem não patrimonial, resultando reflexos extrapatrimoniais, como no caso de uma agressão à honra de alguém mediante divulgação na imprensa.

²² SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.114-113.

²³ VALLER, Wladimir. **A reparação do dano moral no direito brasileiro**. 2. ed. Campinas/SP: E.V., 1994. p. 39.

²⁴ ZANNONI, Eduardo A. **El dano em la responsabilidad civil**. p. 300 apud STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidad civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.p. 1365.

Por outro lado, o dano moral indireto corresponde à lesão que vem recair sobre um interesse destinado ao exercício ou satisfação de bens jurídicos de ordem patrimonial, mas que, por via reflexa, tangencia também um bem não patrimonial da vítima. Ou seja, fere-se diretamente um bem patrimonial da vítima, mas como desdobramento ocorre um dano a um interesse não patrimonial seu como na hipótese da destruição de uma relíquia de família²⁵:

Igualmente, o dano moral também pode sofrer uma segunda importante classificação, desdobrando-se em objetivo e subjetivo, conforme o aspecto da personalidade que tenha sido atingido.

Assim, entende-se por dano moral objetivo aquele que tenha provocado ofensa justamente à dimensão social da vítima, ou seja, vem a afetar a imagem da pessoa no meio em que vive. Cuida-se do dano que se estabelece sobre o conceito que os outros têm a nosso respeito, por conta do que somos no âmbito privado, público e familiar. Normalmente o dano moral nesses casos não precisa ser demonstrado, pois decorre diretamente do só fato da ofensa praticada (“damnum in re ipsa”); o sofrimento reflexo é claro e evidente, tal como na hipótese de alguém que se resente de um aleijão.

Outrossim, compreende-se por dano moral subjetivo aquele cuja ofensa recai sobre os valores íntimos da vítima, afetando a imagem que a própria pessoa tem de si mesma. Aqui os prejuízos se estabelecem sobre as feições do ofendido e também sobre os prazeres da vida. É o sofrimento interior, é o ressentimento da alma, traduzindo-se em verdadeiro “pretium doloris”²⁶.

Mas Teresa Ancona LOPEZ²⁷, referindo-se a escólio de Miguel Reale, dá conta da necessidade de se fazer referência a um terceiro tipo de dano moral, consistente no dano à imagem social, o qual deveria, segundo sua ótica, ser tratado como uma espécie diversa e autônoma a partir do que consta no artigo 5º, V da Magna Carta, onde houve referência a ela de modo separado do dano moral comum.

E a doutrinadora acima nomeada denota que a imagem em questão não se cuida do direito à própria imagem, na condição de direito da personalidade, voltado à proteção do uso e divulgação desautorizada da representação física do indivíduo. Isto sim, o

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. p. 91.

²⁶ LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 25.

²⁷ Ibid., p.23, 25-26.

termo imagem nesse caso é utilizado de forma muito mais ampla e compreende a “dimensão ética” do sujeito perante a sociedade em que vive, abarcando, assim, tudo aquilo que os outros enxergam a nosso respeito quando nos vêem. É a verdadeira imagem social que se projeta a partir de cada um.

A grande importância prática de toda essa classificação diferenciada, com o apontamento de tantos tipos de danos dotados de autonomia conceitual, residiria na possibilidade de ampliação do campo indenitário, reparando da forma mais ampla possível os prejuízos provocados, pois, então, seria factível a cumulação de várias frentes de indenização²⁸.

1.4 Objeções à reparação do dano moral.

Muito embora em tempos atuais a questão em torno da reparabilidade do dano moral puro mostre-se sedimentada, máxime depois do advento da Constituição Federal de 1988 e, mais recentemente, do Código Civil de 2002, diversas objeções foram assacadas pelos chamados negativistas contra o ressarcimento correspondente. E apesar das críticas e questionamentos acenados terem sido rechaçados tanto pela doutrina como pela jurisprudência, ainda há quem ouse levantar controvérsias em torno da indenizabilidade dessa espécie de dano.

Uma das objeções oferecidas dizia respeito à efemeridade do dano moral. Dava-se conta de que este último nem sequer podia ser considerado dano, mas sim mera ofensa sem desdobramento indenitário, na medida em que não possuía efeito permanente. Somente existiria dano, dizia-se, se houvesse um resultado penoso durável decorrente da ação praticada²⁹.

No entanto, tal argumento não se sustentou diante da sedimentação da idéia de que a dor, o sofrimento e o ressentimento não constituem dano moral em si mesmo, mas se apresentam, isto sim, como conseqüências da lesão praticada e somente têm influência para o fim de quantificação do ressarcimento, aí sim importando tenham sido mais ou menos intensos ou duráveis. O dano moral, como já dito anteriormente, configura-se pelo efeito

²⁸ LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p.27.

²⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2. p. 737.

extrapatrimonial da lesão jurídica, pouco importando o tempo de sua duração. O aspecto temporal das dores morais é de somenos importância para configuração do dano³⁰.

Outra objeção disseminada apontava a incerteza da existência de um verdadeiro direito violado diante do dano moral, ou mesmo na existência de um dano real nesses casos.

Ora, não há qualquer dúvida no sentido de que o direito não ampara unicamente os bens materiais e econômicos dos cidadãos, há outros valores igualmente protegidos e que se constituem em bens de caráter extrapatrimonial. Em assim sendo, quando tais direitos forem tangenciados o dever de ressarcimento dos prejuízos resultantes se estabelecerá de forma inquestionável. Ademais, repita-se, o dano moral não se caracteriza pela ofensa a um bem jurídico, mas sim pelo caráter da lesão jurídica sobre a vítima, ou seja, pelos seus efeitos e desdobramentos, e como tais se apresentam como efetiva lesão de direito. E se há lesão haverá dano. E se há dano a reparação será viável sempre que os demais elementos da responsabilidade se mostrem presentes.

Uma terceira objeção referia-se à dificuldade de se fazer prova da efetiva ocorrência do dano moral, notadamente porque, muitas vezes, nem mesmo se sabe se há mesmo dor ou mera dissimulação.

Novamente não vinga o reclamo oferecido, pois normalmente o dano moral é de fácil constatação e se evidencia por si mesmo, transparecendo de modo claro ao exibir sinais exteriores, tal como nos casos de calúnia, difamação, injúria, ou mesmo diante da perda de um ente querido. A prova se encontra no próprio fato.

Mas mesmo nas hipóteses em que a demonstração da ofensa moral se mostre mais complexa, por ser a mesma pouco visível, eis que acompanhadas de “dores surdas”³¹, nem por isso se poderia deixar de admitir a indenizabilidade do dano moral, mormente porque a questão de falta de prova conduz ao desacolhimento da demanda, mas nunca à rejeição genérica e indistinta de todo e qualquer pedido de ressarcimento de danos morais³².

Uma quarta objeção invoca a indeterminação das pessoas lesadas, ou seja, lastreou-se no argumento de que na admissão do dano moral haveria risco considerável de

³⁰ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar: critérios de fixação do *Quantum***. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000. p. 26.

³¹ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 346.

³² MENDES, 2000, op.cit., p. 28.

atribuição da legitimação ativa a um número abusivo de pessoas, ocasionando, assim, prejuízos ao ofensor, o qual acabaria respondendo por lesões a que não deu causa.

Dito argumento, evidentemente, não convence, pois todo aquele que tenha sofrido uma lesão extrapatrimonial deve ser adequadamente indenizado, na exata proporção do prejuízo sofrido, não sendo possível uma imposição de limites rígidos nesse campo, especificando quem pode e quem não pode pleitear ressarcimento. Em cada caso concreto caberá ao juiz a análise do direito individual reclamado, valendo-se, para tanto, do seu prudente arbítrio. É o magistrado que identificará quem de fato suportou o dano, seja ele parente em linha reta ou colateral, cônjuge ou simples amigo e nesse talante deverá impor a indenização cabível ao ofendido.

Uma quinta objeção menciona a impossibilidade de estimação pecuniária do dano moral, pois isso implicaria em atribuição de valores a um sentimento e tal seria inadmissível e até mesmo imoral. Além disso, afirmavam, nunca seria possível estabelecer uma perfeita equivalência entre o dano e o ressarcimento.

Acontece que a indenização dos danos morais não pretende de forma alguma uma recomposição semelhante àquela que se verifica no campo dos direitos materiais. Isto sim, nesta seara objetiva-se apenas viabilizar uma compensação capaz de abrandar as conseqüências da dor moral suportada. A dor não tem preço, mas a indenização mitiga o sofrimento, na medida em que permite a obtenção de prazeres e benesses capazes de auxiliar na superação correspondente. Inclusive justamente por isso não se busca uma exata igualdade entre prejuízo e ressarcimento, contentando-se o direito aqui com uma simples aproximação do ofendido ao seu estado anterior³³. Quanto à imoralidade apontada, a mesma não ocorre, posto que a reparação em pecúnia é a melhor forma de mitigar as seqüelas do dano e ao mesmo tempo implica em forma de coibir novas agressões por parte do ofensor, assumindo caráter educativo.

Uma sexta objeção indica o fato de que não seria possível a indenização dos danos morais porque isso implicaria em atribuir ao juiz arbítrio ilimitado, pois o magistrado teria poderes excepcionais para avaliar a ocorrência do dano e também para estimar a indenização correspondente.

³³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2. p. 738.

Cuida-se, evidentemente, de ponto de vista equivocado, porque de um lado o direito ao ressarcimento dos danos morais está autorizado por lei e de outro a atuação do juiz se estabelece segundo os critérios legais e princípios processuais, devendo o mesmo justificar suas decisões, tudo de modo a impedir abusos de qualquer ordem.

Uma sétima objeção se funda na assertiva de que a reparação do dano moral provocaria a indevida exposição da intimidade da vítima em juízo, o que viria de modo a causando-lhe um prejuízo ainda maior.

Falta sustentação a essa assertiva, notadamente porque o Judiciário confere ao cidadão o campo próprio para a discussão de suas pretensões resistidas e nada há de inglorio ou vexatório expor suas particularidades nessa seara para obter o direito perseguido. Ademais, sempre que a situação justificar e houver risco de algum dano para a parte, será possível a imposição de sigilo de justiça à demanda, com o fim de melhor proteger seu aspecto íntimo.

Finalmente, uma oitava objeção à reparabilidade do dano moral brada que este seria inviável na medida em que causaria um enriquecimento sem causa do lesado, pois muito embora a ofensa moral não cause reflexos no patrimônio material do ofendido, este se avultaria com a indenização recebida por conta daquela.

Esta derradeira tese também se desprende de elementos de sustentação, posto que por locupletamento ilícito se entende qualquer aumento patrimonial sem justificativa legal ou contratual. Mas na hipótese de danos morais existe indiscutível previsão na lei para o ressarcimento correspondente, assim, nunca haveria enriquecimento ilícito. É o próprio Direito que viabiliza a cabal recomposição de todos os prejuízos suportados pelo cidadão, inclusive de ordem moral e por isso nesse caso não haverá enriquecimento algum, mas apenas justa reparação com o fim de compensação de danos havidos.

Portanto, resta evidenciado que todas as dificuldades e as barreiras erguidas contra a ressarcibilidade do dano moral não vingaram, pois, ou se mostraram de caráter meramente probatório, ou se apresentaram idênticas àquelas verificadas para a apuração do dano material³⁴.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. p. 370.

1.5 Razões de reparabilidade do dano moral

Consoante se observa a partir de uma análise conjunta dos artigos 1º, inciso III³⁵ e 5º, incisos V³⁶ e X³⁷ da Constituição Federal, o direito pátrio volta-se à proteção ampla dos interesses do cidadão, sendo certo que se propõe a amparar não apenas os seus bens jurídicos materiais, mas, indo muito além, igualmente almeja reconhecer a existência e resguardar a integridade dos seus valores imateriais ou íntimos.

Portanto, a elevação da dignidade humana à condição de direito subjetivo constitucional e a imposição de abrigo irrestrito aos chamados direitos da personalidade e aos atributos da pessoa, colocam a moral individual na posição de atributo intangível da pessoa humana. Com isso, o respeito à integridade moral de todo e qualquer cidadão passou a assumir contornos de verdadeiro direito fundamental e nessa qualidade se fez merecedor de toda proteção³⁸.

De fato, como aponta de modo oportuno Carlos Alberto BITTAR³⁹, o nosso ordenamento legal reconhece em favor de todos os indivíduos a titularidade de direitos denominados como de personalidade⁴⁰ e, destaca, os mesmos existem justamente para possibilitar a cada um a sua individualização e também a sua identificação no meio em que vivem, viabilizando, assim, o desenvolvimento de seus objetivos no âmbito social, familiar e de trabalho, bem como permitindo a busca pela sua realização pessoal na condição de ser humano, contribuindo para a evolução própria e da sociedade. E o mestre em referência arremata dizendo que justamente para o amparo adequado de tão importante classe de

³⁵ “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”.

³⁶ “Art. 5º - [...] V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]”.

³⁷ “Art. 5º - [...] X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]”.

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 204

³⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 58.

⁴⁰ Ibid. p. 58, ao fazer referência aos direitos da personalidade, apresenta a classificação correspondente, levando em conta, para tanto, a natureza dos bens jurídicos envolvidos, identificando-os da seguinte forma: “a) direitos físicos, como a vida, o corpo (próprio e alheio); as partes do corpo; o físico, a imagem, a voz o cadáver, a locomoção; b) psíquicos, como: as liberdades (de expressão, de culto, ou de creto etc.); a higidez psíquica, a intimidade; os seguidos (pessoas e profissionais); e c) morais, como: o nome (e outros elementos de identificação); a reputação (ou boa forma); a dignidade pessoal; o direito moral de autor (ou de inventor); o sepulcro, as lembranças de família e outros”.

direitos, a ordem jurídica não poderia deixar de disponibilizar mecanismos de prevenção a ataques e de reparação no caso de estabelecimento de ofensa.

A par disso, deparamos com a regra geral inserta nos artigos 186 e 927 do Código Civil de que a ninguém é dado causar prejuízos a outrem, sendo certo que todo dano provocado a partir da injusta violação de um direito ocasionará o dever correlato de recompor os prejuízos resultantes.

Para a preservação da paz social, da tranqüilidade geral e da ordem jurídica em vigor, interessa que todas as lesões de direito ocorridas, indistintamente, sejam resgatadas de modo adequado e os prejuízos compensados. Confere-se, pois, ao ofendido, a capacidade de reagir aos ataques indevidos ao seu universo de interesses, materiais e morais, de modo a compelir o lesante à compensação pelos atos lesivos praticados, sempre com o objetivo de se recompor o equilíbrio patrimonial e psíquico abalado.

E essa reconstituição de interesses ofendidos deve sempre ser a mais ampla possível, de modo que o princípio da reparação integral se apresenta efetivamente como uma das longarinas mestras que servem de sustentação à responsabilidade civil em geral.

É óbvio que quando se fala em indenização pressupõe-se a eliminação cabal dos prejuízos existentes e, sobretudo, de suas conseqüências, pois a sua finalidade jurídica é a de recomposição integral o patrimônio afetado pelas perdas oriundas de uma atuação ilícita por parte de terceiro.

Tal se mostra plenamente viável no campo da reparação dos danos patrimoniais, pois os interesses materiais podem facilmente ter identificados, quantificados e valorados. Com isso se permite a sua recuperação, ou mesmo a substituição correspondente por outro bem semelhante ou por dinheiro. Aqui o princípio da equivalência se aplica de modo absoluto e permite, como regra, a exata correspondência entre o dano causado e a indenização a ser prestada, viabilizando, destarte, o lançamento pleno da vítima em seu “status quo ante”, com a recondução do patrimônio ao estado em que se encontrava no instante anterior à prática da ofensa.

No entanto, situação idêntica não se verifica no âmbito dos danos extrapatrimoniais, pois aqui, diferentemente, a indenização não assume aquele mesmo caráter de equivalência. Acontece que a dor não tem preço e a quantificação exata da extensão dos prejuízos incorpóreos é impossível. Por isso a reparação do dano moral é efetivada mediante

compensação, sendo que a transformação em dinheiro pretende restaurar o ânimo do ofendido, devolvendo-lhe o equilíbrio perdido e resgatando o seu estado normal de espírito⁴¹, mediante a concessão de um lenitivo que irá aplacar a sua dor.

De qualquer modo, como nos ensina o sempre festejado mestre Yussef Said CAHALI⁴², na essência a reparação do dano moral não diverge muito dos fundamentos jurídicos que informam o ressarcimento dos danos materiais, pois em ambas as situações encontramos o mesmo caráter de sanção que informa a responsabilidade civil em geral, pois de qualquer forma o dever de indenizar resulta também da idéia de punição do ato ilícito e desestímulo de novas práticas semelhantes. Ademais, a reintegração pecuniária que se permite na indenização dos danos materiais tem a mesma finalidade de reparação de uma ofensa, tal como ocorre na hipótese da compensação dos prejuízos morais, liquidando-se cada uma delas na exata proporção da lesão sofrida.

Em corolário de todo o retro exposto, chegamos à ilação segura de que tudo autoriza a reparação dos danos morais e impõe esta última como medida de direito e de justiça.

Antes, porque os valores morais são bens legítimos que compõem o patrimônio subjetivo do cidadão, e por isso mesmo se mostram protegidos pelas normas constitucionais e infraconstitucionais.

Depois, porque o nosso sistema legal não admite qualquer espécie de dano ao patrimônio, assim considerado na sua forma lata, envolvendo, desse modo, o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos de um indivíduo.

Ainda, porque a responsabilidade civil, no modo em que restou abraçada pelo direito pátrio, exige a mais ampla e irrestrita recomposição dos interesses ofendidos e não admite que qualquer tipo de dano venha a se quedar sem o correspondente ressarcimento. O dano injusto é objeto de repúdio pela consciência humana e por isso toda perda de bem ou direito resultante de um fato antijurídico deve ser devidamente recomposta.

Também, porque nenhum ato reprovável pode permanecer sem a devida sanção e a punição civil ao ato ilícito se opera sob a figura da indenização.

⁴¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 112.

⁴² CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 39, 41.

Finalmente, porque os fundamentos da reparação do dano patrimonial são praticamente os mesmos da compensação dos danos morais, o que reforça ainda mais a condição de indenizabilidade destes últimos.

1.6 Caráter do dano moral e teoria do valor do desestímulo

Conforme analisado ao longo das linhas antecedentes, o dano moral se caracteriza precisamente como uma ofensa ao universo dos direitos imateriais de uma pessoa e, sem tangenciar-lhe o patrimônio material, afeta os seus valores íntimos e o equilíbrio psíquico, causando-lhe dor e sofrimento.

Dentro desse quadro de existência de ataque injusto e de reflexos negativos no âmbito dos direitos extrapatrimoniais de determinado sujeito, exsurge como elemento de reação a exigência de recomposição dos danos resultantes.

Porém, como dito, nesse aspecto não se pode falar em reparação propriamente dita, mas unicamente em compensação, tendo em vista a impossibilidade de exata correlação entre os prejuízos havidos e a indenização estabelecida, face à dificuldade evidente de valoração precisa do dano moral.

De qualquer modo, a suso mencionada compensação que se impõe como forma de reparação do dano imaterial, representada quase que na maioria das vezes pelo repasse de numerário à vítima, assume um caráter dúplice, ou seja, conta com duas funções específicas bem definidas e identificáveis, denominadas por Américo Luís Martins da SILVA⁴³ como função de expiação e função de satisfação ou, no dizer de Maria Helena DINIZ⁴⁴, função penal ou punitiva e função satisfatória ou compensatória, ou ainda, como prefere Antônio Jeová dos SANTOS⁴⁵, função punitiva e função ressarcitória.

No tocante ao aspecto punitivo, cabe observar que o mesmo se verifica em relação à pessoa do ofensor e se apresenta como verdadeira pena ou sanção que se lhe impõe com o objetivo de tangenciar o seu patrimônio pessoal como consequência da ofensa

⁴³ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 62.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. p. 105.

⁴⁵ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 156-158.

consumada. Assim, diante da realidade da prática de um ato ilícito e da ocorrência de danos à vítima, impõe-se ao agente causador o pagamento de uma indenização em pecúnia e com isso o mesmo restaria punido mediante o estabelecimento de uma redução patrimonial.

O resultado seria a imposição de verdadeiro castigo em detrimento do lesante e, ao mesmo tempo, serviria de desestímulo para a prática de novos atos semelhantes, sinalizando-se ao ofensor e a toda a sociedade que não se admite a prática de atos de tal jaez.

Contra este aspecto sancionatório da reparação dos danos morais se levantam diversas vozes, das quais faz eco Mirna CIANCI⁴⁶, a qual argumenta que não se poderia falar em função punitiva nos casos de compensação do dano moral, pois tal implicaria em verdadeira pena privada, o que não se coaduna com o nosso direito e, sobretudo, com os fundamentos da responsabilidade civil.

De fato, denota a doutrinadora em questão, primeiramente, que para atender às finalidades de punição e inibição seria de rigor a fixação do “quantum” indenitário em patamar expressivo e superior àquele que bastaria para a compensação dos prejuízos havidos. Tal implicaria, afirma, na ocorrência de lucro por parte do ofendido e provocaria o seu enriquecimento ilícito.

Além disso, Mirna CIANCI também lembra o fato de que se a idéia é punir a ilicitude de um ato isso nem sempre ocorreria na prática, pois existem diversas situações em que o dever indenitário se desprende de uma prática antijurídica diretamente realizada pelo inculcado, tal como quando alguém responde por fato de terceiro (os pais em relação aos filhos, o patrão em face dos funcionários e demais hipóteses do artigo 932 do Código Civil), bem como nos casos de responsabilidade objetiva em geral.

Há críticas também, no sentido de que sempre que um ato ilícito se mostra grave o bastante para merecer um tratamento diferenciado diante do risco social que representa, o sistema legal passa a considerá-lo como crime e assim o direito penal age de modo a impor uma pena (sanção de caráter público) ao agente que o praticou. Desse modo, se o ato lesivo já foi objeto de repercussão punitiva no âmbito penal, não poderia haver, então, nova reprimenda (sanção de caráter privado), agora na esfera civil, mediante a imposição de indenização com alma de pena.

⁴⁶ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8-11.

Afinal, quem consegue equacionar bem toda essa problemática é Yussef Said CAHALI⁴⁷, o qual nos explica com a clareza que lhe é peculiar, que o caráter aflitivo existe tanto nas hipóteses de ressarcimento (composição de danos materiais), quanto nos casos de compensação (composição de danos imateriais), mas este aspecto sancionatório aqui não se confunde com pena, propriamente dita, imposta pela prática de um delito ou de uma injúria.

Em verdade, esclarece o mestre em referência que a indenização estipulada exsurge como simples “conseqüência civil da infração de conduta exigível, que tiver causado prejuízo a outrem”⁴⁸, desprendendo-se da idéia de pena e assumindo, isto sim, a forma de autêntica sanção legal.

Portanto, a função punitiva que aflora da reparação do dano moral, tão defendida pela doutrina pátria, em verdade não representa a imposição de uma pena destinada a castigar o sujeito pela prática de um ato ilícito. Ao contrário, existe mesmo a idéia de sanção, mas esta se estabelece por conta das conseqüências civis do ato antijurídico gerador de danos a alguém e, nesse talante, busca evitar novas ocorrências idênticas.

Ainda, conforme preleciona Carlos Roberto GONÇALVES⁴⁹, o caráter punitivo da reparação do dano moral é apenas reflexo, ou indireto, pois se impõe ao responsável pelo ato lesivo um desfalque ao seu patrimônio com a intenção de desestimular novas condutas semelhantes, mas, de qualquer forma, o escopo maior do ressarcimento é mesmo o de recompor o patrimônio do ofendido e não o de punir.

Por outro lado, no tocante ao aspecto compensatório da indenização deve ser destacado que o mesmo se estabelece em relação à pessoa do ofendido e se apresenta com o objetivo de conferir a este último uma satisfação que lhe permita superar as conseqüências negativas do dano ressentido.

O que se pretende mediante a reparação do dano moral não é a exata recomposição dos danos suportados pela vítima, até porque aqui não existirá indenização propriamente dita, no sentido de que o patrimônio possa ser reconduzido ao seu estado anterior à prática da ofensa.

Isto sim, o pagamento de soma em dinheiro que se impõe ao ofensor busca unicamente conferir ao ofendido uma vantagem, ou melhor, uma compensação pelos danos e

⁴⁷ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 35-44.

⁴⁸ Ibid., p.40-41.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 567.

injustiças suportadas, de forma que lhe resultará uma satisfação capaz de atenuar o sofrimento e os ressentimentos reflexos.

Estas, portanto, são as funções que decorrem do ressarcimento do dano moral e se prestam a compreender melhor o instituto e, sobretudo, para servir de norte à fixação do montante indenitário.

Inclusive, conforme lembrado por Maria Helena DINIZ⁵⁰, existe proposta de alteração do artigo 944 do diploma substantivo, formulada através do Projeto de Lei nº 6.960/2002⁵¹, pretendendo-se que a reparação do dano moral deva “constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

De qualquer forma, nos aliamos ao entendimento de Mirna CIANCI⁵² no sentido de que nunca será o caso de se realizar a fixação de duas verbas indenitárias isoladas, mas sob a mesma bandeira do ressarcimento de danos morais, destinando-se, uma, à punição do autor do dano e ao desestímulo de novas práticas semelhantes e outra, de valor mais significativo, voltada à compensação pelos prejuízos imateriais suportados. Isto sim, a reparação, no sentido lato, envolve a imposição de “quantum” único, mas com caráter dúplice (ressarcimento para a vítima e sanção para o ofensor), pois a compensação que se pretende é uma só.

Na verdade, o aspecto sancionatório se apresenta como elemento capaz de influir na quantificação da verba indenitária, gerando reflexos na sua gradação. Assim, ao juiz incumbirá no momento da estipulação correspondente sopesar a conduta do ofensor, verificando se a mesma se apresentou com maior ou menor gravidade, bem como o seu caráter anti-social, a extensão dos resultados da prática lesiva e as condições econômicas do agressor, tudo de modo a evitar que o valor final estipulado não se mostre pífio, desproporcional e sem condições de servir como verdadeiro castigo, perdendo o seu efeito educativo e desestimulador⁵³.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. p.104.

⁵¹ O projeto referido, de autoria de Ricardo Fiúza, sugere alterações em diversos artigos do Código Civil, dentre os quais o 944. Assim, nesse tocante converter-se-ia em §1º o parágrafo único hoje existente e seria acrescentado um §2º ao dispositivo, com a seguinte redação: “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

⁵² CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.08.

⁵³ A esse respeito, Antônio Jeová Santos esclarece que a indenização dos danos morais, para cumprir o seu caráter exemplar e sancionador, deve ter atenção aos seguintes requisitos: a) a gravidade da falta; b) a situação econômica do ofensor, especialmente no atinente à sua fortuna pessoal; c) os benefícios obtidos ou almejado com o ilícito; d) a posição de mercado ou de maior poder do ofensor; e) o caráter anti-social da conduta; f) a finalidade dissuasiva futura perseguida; g) a atitude ulterior do ofensor, uma vez que a sua falta foi posta a descoberta; h) o número e nível de empregados comprometidos na grave conduta reprovável; i) os sentimentos feridos da vítima. (SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 160-161).

1.7 Dano estético e dano moral

Muito embora no campo doutrinário e jurisprudencial esteja pacificada a questão em torno da cumulabilidade dos danos morais e patrimoniais, o mesmo não se verifica no tocante ao dano estético e o dano moral, sendo que uma corrente se posiciona no sentido de que seria inviável o tratamento diferenciado para o fim de indenização autônoma, dizendo não ser o primeiro ressarcível por si mesmo, ao passo que outra vertente defende versão diametralmente oposta, como se verá a seguir.

De início, para melhor definir o assunto, cabe analisar o que deve ser entendido por dano estético ou ‘ob deformitatem’ e, nesse sentido, podemos dizer que haverá tal classe de dano sempre que uma ofensa corporal venha a provocar algum tipo de lesão à beleza física da pessoa, causando-lhe, por via reflexa, alterações morfológicas ou funcionais, comprometendo o seu aspecto corpóreo exterior.

O que se verifica nesse caso é um resultado advindo da lesão que resulte em modificação da aparência externa do corpo da vítima, gerando a quebra do conjunto harmônico físico e piorando a sua imagem mediante o estabelecimento de cicatrizes, deformações, feridas, sinais, rugas, estrias, afundamentos da superfície cutânea por perda de massa óssea, eliminação de membros ou partes do rosto (nariz, orelhas, dentes), perfuração ocular e outros que tais.

É importante, evidentemente, como nos explica José de Aguiar DIAS⁵⁴, que tais alterações morfofuncionais para significar danos estéticos devem se estabelecer de modo a provocar no ofendido descontentamento, humilhação, repugnância, desgosto, dor moral, enfim, influir no seu estado psíquico e sensorial.

De qualquer modo, segundo lição de Wilson Melo da SILVA⁵⁵, o dano estético não resulta única e exclusivamente do aleijão, ou seja, da lesão física grotesca, altamente distintiva e gravemente ridicularizante. Ao contrário, conforme denota, qualquer deformidade ou deformação estética, mesmo que mínima, indicará o estabelecimento do dano em questão, bastando para tanto que venha a ocasionar um “enfeamento” na vítima, sendo o mesmo capaz

⁵⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2. p. 743.

⁵⁵ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 499.

de gerar algum tipo de desgaste emocional, complexos psicológicos ou exposição ao ridículo, para esta última.

Porém, é Teresa Ancona LOPEZ⁵⁶ quem melhor elucida a questão, ao explicar que para existir dano estético se mostra exigível a concorrência dos seguintes elementos constitutivos: a) ocorrência de uma transformação; b) permanência da lesão; e c) aparência externa do dano físico.

Realmente, para a doutrinadora em referência a alteração corpórea da vítima não precisa ser por demais significativa, chegando ao ponto de se apresentar “horripilante” ou “monstruosa”. Basta, segundo sua ótica, que haja uma **transformação** capaz de alterar a aparência original do ofendido, causando-lhe reflexos incômodos ou vexame, estabelecendo-se, assim, “um desequilíbrio entre o passado e o presente, uma modificação para pior”⁵⁷.

Além disso, denota a mestra acima nomeada, se faz mister que para ser digno de reparação o dano estético precisa ser **permanente**, ou pelo menos venha a apresentar efeito danoso prolongado, pois, não sendo assim, assumirá feições de dano material, na medida em que será passível de reparação física – via consolidação natural das feridas e cicatrizes, mediante cirurgias reparadoras ou emprego de próteses – e ressarcimento convencional. Observa relativamente às restaurações pouco satisfatórias e no tocante às próteses e outros “disfarces” (dentaduras, olho de vidro etc.), que os mesmos assumem a condição de dano estético permanente na medida em que não recomponham de forma plena a parte do corpo atingida e signifique indiscutível e perene transformação física⁵⁸.

Finalmente, a autora em tela dá conta da necessidade da alteração permanente se estabelecer na **aparência externa** do ofendido, ou seja, que possa ser vista por terceiros em qualquer situação da vida do lesado, com o corpo parado – danos morfológicos visíveis, como cicatrizes, marcas ou perda de membros – ou com o corpo em movimento – danos funcionais, como marcha claudicante ou gagueira. Ressalta que a lesão deformante não precisa estar em local do corpo que se apresente visível todo o tempo; basta que se estabeleça na superfície corporal e possa ser visualizada ainda que em momentos íntimos, como, *v.g.*, no caso de uma

⁵⁶ LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 38-44.

⁵⁷ *Ibid.*, p.39..

⁵⁸ *Ibid.*, p.40-41..

mulher que apresente cicatriz nos seios e que, por vergonha de se expor, evite manter relações sexuais com seu parceiro⁵⁹.

Estes, portanto, são os contornos do dano estético e que nos permite concluir que se cuida, na sua essência, de um autêntico dano moral, integrando a conformação deste último.

Aliás, o dano moral se apresenta como o efeito lesivo sobre o patrimônio imaterial do ofendido, abarcando este último os seus direitos da personalidade, os atributos da pessoa e a dignidade humana. Mas justamente se apresentam como direitos da personalidade, dentre outros, a integridade corporal e a imagem, cuja ofensa específica redundando na conformação do dano estético. Um é gênero (dano moral) do qual o outro se apresenta como espécie (dano estético).

Como Antônio Jeová SANTOS⁶⁰ observa, com especial percuciência, a lesão estética não pode integrar o campo do dano material, muito embora recaia sobre a integridade física do lesado, pois o que importa são os efeitos da ofensa. Quando estes reflexos eventualmente repercutirem no âmbito patrimonial – redundando, p.ex., em lucros cessantes, quando a vítima fique afastada do seu trabalho até a recuperação, ou mesmo danos emergentes, quando o ofendido precise se submeter a cirurgias reparadoras –, o dano será tipicamente material. Mas sempre que os efeitos estenderem seus reflexos no campo extrapatrimonial do ofendido, causando-lhe um sofrimento moral, então o dano será típica e exclusivamente moral.

Daí o mestre referido afirmar que o dano estético integra a classe dos danos morais, restando abstraído do âmbito dos danos materiais e, em hipótese alguma, se mostra capaz de configurar um terceiro gênero de dano⁶¹, pois se acomoda visceralmente ao conceito deste último, não subsistindo por si próprio, como classe isolada. Até porque, alerta, todo dano passível de ressarcimento está atrelado aos seus efeitos no campo de interesses da vítima e, como tal, será econômico ou moral, inexistindo um “tertium genus” capaz de se colocar entre aqueles dois campos.

Exatamente por isso Antônio Jeová SANTOS conclui – no nosso entender, com total acerto – que em momento algum seria possível cumular o dano moral com o dano estético,

⁵⁹LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 43.

⁶⁰SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.p. 344-347.

⁶¹Ibid., p.346, 348.

fixando-se indenizações diferenciadas para ambos, pois tal implicaria em verdadeiro “bis in idem” ressarcitório, máxime porque o fato que origina ambas as espécies de danos é o mesmo⁶².

No mesmo sentido sobrevém a lição de Rui STOCO⁶³, o qual argumenta que toda lesão estética gera sofrimento íntimo para a vítima, na medida em que modifica a sua imagem exterior, motivo pelo qual estaria contida dentro do conceito de dano moral. Portanto, garante que haveria duplicidade de indenização se acaso se admitisse a possibilidade de cumulação de ressarcimento por dano estético e por dano moral.

Inclusive os magistrados que tomaram parte do IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, levado a efeito no período de 29 a 30.08.1997 na cidade de São Paulo, chegaram à conclusão unânime de que “o dano moral e o dano estético não se cumulam, porque o dano estético importa em dano material ou está compreendido no dano moral”.

Não obstante isso, Teresa Ancona LOPEZ⁶⁴ defende posição antagônica e esclarece que o dano estético mereceria tratamento especial porque acarreta em detrimento do lesado um acréscimo negativo, consistente em um dano também à sua imagem social. Isso porque, alega, o ofendido estaria obrigado a conviver permanentemente com a humilhação resultante da lesão, não tendo como dela se dissociar.

Assim, consoante o seu ponto de vista, a cumulação do dano estético com o dano moral seria de rigor, posto que as indenizações respectivas se estabeleceriam a títulos diversos, sendo uma para ressarcimento da dor resultante da deformação física e outra por conta dos sofrimentos íntimos que afetarão o ofendido por toda a sua vida. Seriam, portanto, tipos diferentes de danos morais à pessoa, atingindo bens jurídicos distintos e por isso se fariam merecedores de ressarcimentos isolados.

Inclusive em defesa da sua tese, a doutrinadora em referência destaca que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V, estabelecerá este tratamento

⁶² Segundo SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 348: “Admitir cumulação de dano moral e dano estético, mesmo quando derivado do mesmo fato, é outorgar ‘bis in idem’, pois não existe um terceiro gênero de indenização. Ou alguém sofre dano moral (aí incluído o estético), ou sofre lesão patrimonial, ou ambos, como já afirmado neste trabalho. O que não é de ser admitido é que alguém seja indenizado três vezes, pelo mesmo e idêntico fato. Se a lesão estética repercute no espírito, mortificando-o, não se vá concluir que a vítima sofreu três lesões autônomas, passíveis de gerar três indenizações”.

⁶³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 943.

⁶⁴ LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p.125-127.

diferenciado ao apontar o dano à imagem como um terceiro tipo de dano, ao lado do material e do moral⁶⁵.

Em idêntico diapasão vibram as palavras de Enéas de Oliveira MATOS⁶⁶, o qual apenas acrescenta como fundamento para justificar a autonomia e a cumulação do dano moral com o dano estético, somando aos outros já expostos por Teresa Ancona LOPEZ, a realidade de que o direito à saúde estaria amparado expressamente na Magna Carta, em seus artigos 6º e 196 da Magna Carta, o qual imporia a todos o dever geral de respeito à integridade psicofísico do seu próximo. Daí resultaria a necessidade indiscutível de reparação suficiente dessa nova realidade jurídica, o que somente seria possível mediante ressarcimento autônomo.

Também o mestre Yussef Said CAHALI⁶⁷ afirma que algumas vezes o dano moral resultante das lesões que recaem sobre a integridade físico-psíquica da vítima transcende as repercussões meramente estéticas e atinge igualmente o psiquismo desta última. Assim, em hipóteses que tais o tratamento diferenciado e a indenização concorrente seria de rigor.

De qualquer modo, deve ser dito, com o maior respeito, que apesar da enorme expressão e capacidade dos nobres defensores dessa teoria a mesma não se sustenta diante da realidade de que tudo aquilo que se apresenta como dano estético nada mais é do que a própria essência do dano moral e por isso a almejada cumulação indenitária afronta as regras gerais de direito ao ocasionar dupla penalização pelo mesmo fato. E se a hipótese resultante é de dano reflexo à imagem social da vítima, a solução adequada implica em majoração do “quantum” indenitário do dano moral, englobadamente considerado, e não na estipulação de verbas diversas, como sugerido.

Não se pode perder de vista, porém, a realidade de que o Superior Tribunal de Justiça passou a firmar jurisprudência no sentido de admitir a indenização por dano moral e dano estético de forma cumulada, mesmo que derivados do mesmo fato, sempre que se mostre possível a apuração correspondente de forma isolada⁶⁸.

⁶⁵ De qualquer modo, Teresa Ancona Lopez assevera a mencionada cumulação do dano estético com o dano moral somente seria admitida em casos graves de deformações ou desfigurações, por conta das quais resultasse vergonha anormal para a vítima e sua rejeição entre seus pares (LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.p. 127).

⁶⁶ MATOS, Enéas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 296-298.

⁶⁷ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 256-259.

⁶⁸ RSTJ 105/339, 115/258; RT 751/230.

CAPÍTULO 2 TITULARIDADE DO DIREITO MATERIAL À REPARAÇÃO

Sumário: 2.1 Dano moral da pessoa natural. 2.2 Dano moral e a pessoa jurídica. 2.3 Dano moral e os interesses difusos ou coletivos. 2.4 Intransmissibilidade do dano moral. 2.5 Dano moral e o direito do consumidor.

2.1 Dano moral e a pessoa natural

Conforme já ressaltado em instante anterior, o patrimônio imaterial do indivíduo mostra-se formado pelo conjunto dos direitos da personalidade (à vida, à integridade corporal e psíquica, à honra, ao decoro, à liberdade, à intimidade, à imagem, à privacidade etc.) e dos atributos da pessoa humana (nome, capacidade, estado de família), sendo que os mesmos se apresentam protegidos pela ordem jurídica em vigor, a qual não admite qualquer tipo de ofensa contra eles.

Bem por isso, o direito subjetivo à reparação pelo dano moral se estabelece em favor de toda e qualquer pessoa natural que tenha restado atingida em seu patrimônio ideal, quedando, por via reflexa, ferida em seus valores internos e anímicos, resultando na quebra do seu equilíbrio psíquico e emocional.

As relações humanas vêm se intensificando cada vez mais por conta da evolução da sociedade e isso tem gerado uma crescente exposição dos indivíduos a situações de invasão indesejada em suas esferas jurídicas, o que causa desassossego no campo privado e também no âmbito social, exigindo, para evitar abalo ao processo de paz ideal que sempre se busca resguardar, a implementação de meios para o apaziguamento dos ânimos.

Daí resulta que sempre que houver tangenciamento da esfera moral de alguém, este se fará merecedor da indenização competente pelos danos resultantes, devendo esta última se mostrar a mais ampla e abrangente possível, de modo a compensá-lo pelo sofrimento suportado e pela angústia ressentida.

O dano ao patrimônio imaterial do ofendido pode resultar de ataque direto e imediato ao seu titular, ou seja, sempre que este último tenha sido o objeto frontal de

direcionamento da ofensa, como, v.g., na hipótese de ter havido irrogação de insultos à sua pessoa ou mesmo quando tenha sido vítima de agressão física por outrem.

Outrossim, a lesão ao patrimônio ideal da vítima pode se estabelecer por via indireta ou oblíqua ('par ricochet' ou 'réfléchis'), o que se verifica sempre que apesar de o ato danoso ter sido perpetrado contra terceira pessoa, outra também venha a suportar os reflexos ou conseqüências danosas correspondentes, tal como na hipótese de dano moral resultante ao filho em decorrência do homicídio praticado contra sua mãe.

Nas duas situações jurídicas retro mencionadas exsurge em favor do titular do patrimônio moral tangenciado o direito de pleitear o ressarcimento cabível, podendo assim agir 'iure proprio'.

Sobre o tema, os irmãos MAZEAUD⁶⁹ afirmam que o dano moral se configura mesmo nos casos de ofensa reflexa, quando apesar do direcionamento da atividade lesiva contra pessoa distinta acaba ocasionando danos também a outrem. Nesse caso, explicam, aqueles indiretamente atingidos em seu patrimônio ideal passam a ostentar um direito pessoal à indenização.

Justamente nesse aspecto Carlos Roberto GONÇALVES⁷⁰ adverte para a possibilidade do surgimento da distribuição de ações em cascata, pois, ao menos em tese, várias pessoas podem se apresentar como lesadas indiretamente por conta de um ataque direcionado contra terceiro, sendo que cada qual terá direito independente para pugnar pelo ressarcimento próprio. Assim, cada ofendido ostentará direito autônomo à indenização que se apresente justa e proporcional à extensão da ofensa ressentida, devendo ser analisado caso a caso a efetiva ocorrência de dano, como, por exemplo, na hipótese em que diversos familiares (filhos e irmãos) e o cônjuge da vítima de homicídio resolvam solicitar compensação pela perda do parente assassinado.

⁶⁹ "Por último, el perjuicio moral deberá ser personal de quien demanda reparación. Pero eso no significa que no quepa quejarse de un daño moral, cuando sea la contrapartida de un perjuicio material sufrido por otro; por lo tanto, sería del todo inexacto rechazar, por no basarse sobre un perjuicio moral personal, la acción intentada por un padre para pedir reparación del pesar que experimenta por el hecho de la muerte de su hijo o, también, por el hecho de una enfermedad que aqueje a este último; al hacerlo, el padre no pide en modo alguno reparación del daño sufrido por su hijo, sino – desde luego – del perjuicio moral que lo afecta personalmente" (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD Leon. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Traduzido para o espanhol por CASTILLO, Luis Alcalá-Zamora. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 195. t. 1. v. 1. p. 428).

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. p. 361.

A esse título, não podemos concordar com a posição acenada por Rui STOCO⁷¹, o qual, embora reconhecendo o direito reflexo de parentes próximos e até mesmo de pessoas que não tinham parentesco com a vítima – como um amigo íntimo, companheiros do mesmo sexo etc. –, para pleitear indenização no caso de morte de um ente querido, afirma que o “pretium doloris” é um só, o que implicaria em rateio do valor indenitário entre aqueles que demonstrassem direito próprio ao ressarcimento pretendido. Tal seria a sua sugestão para coibir abusos e a ampliação sem limites de requerimentos indenitários.

No entanto, evidentemente a teoria acima referida se apresenta altamente danosa aos interesses das vítimas e inclusive bate de frente com os ditames legais que impõem a indenização ampla e cabal de toda ofensa moral praticada. Portanto, cada ofendido em seu patrimônio ideal por via indireta, ostenta um direito seu, próprio, único e isolado à compensação completa de sua dor, pouco importando quanto foi pago para outro em situação idêntica. Não se pode falar aqui em solidariedade ativa entre as vítimas, porque embora o fato lesivo seja um só, surgem a partir do mesmo obrigações indenitárias distintas em face de cada um dos ofendidos e não uma única só, com vários titulares, posto que os universos patrimoniais tangenciados são diversos.

Outra questão interessante a ser abordada nesse momento, diz respeito ao fato de que normalmente os danos morais se estabelecem em detrimento da pessoa natural em decorrência da culpa aquiliana. Quanto a esta última, não resta nenhuma dúvida de que se trata indiscutivelmente de fonte indenitória de prejuízos à esfera extrapatrimonial do ofendido, “ex vi” do que consta nos artigos 186 e 927 do Código Civil em vigor. Portanto, todo e qualquer ato doloso ou culposos que venha a gerar reflexos negativos sobre o patrimônio ideal de alguém, ensejará a compensação pertinente.

Mas também a chamada culpa contratual é capaz de gerar o mesmo resultado, sempre que o inadimplemento de um contrato acabe por causar prejuízos morais a um dos aderentes da avença.

⁷¹ “Mas não se pode pôr em dúvida que a compensação do ‘pretium doloris’ é uma só. Se ingressa em Juízo um só legitimado, terá direito a um determinado valor. Por exemplo, 200 salários mínimos. Se ingressam dois ou mais legitimados, deverão repartir entre si os mesmos 200 salários mínimos, e assim por diante. E se posteriormente outro legitimado pleiteia reparação pelo mesmo fato, quando outro já tenha obtido aquele valor em ação judicial, só restará a este último pleitear parte desse valor daquele que já recebeu e não pretender ‘valor novo’. Assim não fosse e então estar-se-ia diante de verdadeira indústria da indenização, criando-se insuportável ‘bola de neve’, o que não se admite” (STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 1380, destaque do autor).

Lembra Wilson de Melo da SILVA⁷² que já houve séria discussão doutrinária em torno da reparabilidade do dano moral decorrente do descumprimento contratual, pois existiu quem argumentasse que tal não seria possível porque os bens morais não seriam passíveis de convenção. E isso notadamente em razão do fato de que tal classe de danos estaria despida de valor econômico e também porque seria imoral qualquer acordo em torno dos mesmos. Daí não serem “suscetíveis de reparação nos ajustes”.

No entanto, não há realmente qualquer razão lógica para o afastamento do direito subjetivo à indenização até mesmo nas hipóteses de prejuízos morais oriundos de culpa “ex contractu”, máxime porque o descumprimento de um pacto pode perfeitamente bem provocar reflexos negativos sobre o patrimônio ideal do contratante. Basta pensarmos na hipótese em que determinado locador não possa quitar uma obrigação sua, sendo seu nome lançado a protesto, exatamente porque se viu impossibilitado a tanto diante do fato do seu inquilino ter deixado de satisfazer o aluguel na data combinada.

Ademais, o artigo 389 do Código Civil de 2002 impõe o ressarcimento completo dos prejuízos resultantes do descumprimento imotivado de uma obrigação, o que por certo envolve inclusive a indenização pelos danos morais resultantes.

Mostra-se imperioso, porém, para a configuração da responsabilidade contratual, a concorrência de três fatores, quais sejam: a) a existência de contrato válido; b) a inexecução culposa do pacto; e c) o liame causal entre o inadimplemento e o dano⁷³.

É digna de nota a observação do retro mencionado mestre Melo da SILVA, o qual, apesar de defender a possibilidade de indenização dos danos morais decorrentes da culpa contratual, ressalva a hipótese de ter sido ajustada cláusula penal na avença, caso em que, argumenta, esta envolveria a integralidade das perdas e danos, pois é dotada de caráter de prefixação dos prejuízos decorrentes da mora (cláusula penal moratória) ou do inadimplemento absoluto (cláusula penal compensatória)⁷⁴.

⁷² SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 638.

⁷³ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar**: critérios de fixação do ‘*Quantum*’. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000, p. 132-133.

⁷⁴ SILVA, W. M., 1999, op.cit., p. 640.

Dito posicionamento, hoje, deve sofrer parcial objeção, posto que o parágrafo único do artigo 416 do diploma substantivo civil⁷⁵ em vigor autoriza às partes contratantes o direito de ajustar a possibilidade de indenização suplementar, hipótese em que a multa valerá como mínimo indenitário, devendo o prejuízo excedente ser exigido mediante comprovação de sua ocorrência a ser feita pelo credor.

No campo da reparabilidade dos danos morais pela pessoa natural, também merece enfoque especial a questão atinente aos amentais e às crianças, sendo certo que relativamente a tais indivíduos se estabelece verdadeira celeuma em torno da aceitação ou não do direito à compensação por ataques ao seu patrimônio imaterial. A indagação que se coloca é a seguinte: Poderiam ser eles vítimas de dano moral, na medida em que se mostram despidos de discernimento suficiente para perceber a dor e a origem correspondente?

Acerca desse tema intrigante, Mirna CIANCI⁷⁶ defende a idéia de que todo aquele que se mostra incapaz de entender, assimilar e perceber os efeitos do ataque à sua personalidade – seja por desenvolvimento mental incompleto ou mesmo por afetação significativa de sua capacidade intelecto-volitiva –, não se mostraria apto ao recebimento de qualquer tipo de ressarcimento por danos morais. Assim, deveria ser analisado cada caso concreto, a fim de apurar a existência de dano extrapatrimonial e, mais do que isso, o real alcance da percepção da vítima relativamente às conseqüências da ofensa perpetrada.

O doutrinador Wilson de Melo da SILVA⁷⁷ admite apenas em parte a possibilidade de indenização às pessoas referidas e afirma que os incapazes de sentir somente seriam passíveis de ressentimento de danos morais nos casos em que estes resultassem de feridas físicas. No entanto, destaca que idêntico direito restaria inviabilizado quando os danos não-patrimoniais adviessem de “representações mentais dolorosas”, pois não teriam como discernir as angústias, tristezas e abatimentos típicos dos danos morais.

Por sua vez, o mestre Carlos Roberto GONÇALVES⁷⁸ garante que as crianças e os amentais são também titulares de direito subjetivo de indenização por danos morais, esclarecendo que cada um reage e sente a seu modo, não sendo possível impor regras e

⁷⁵ “Art. 416 - Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado; se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

⁷⁶ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31-32.

⁷⁷ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 637-638.

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 543-545.

critérios padronizados nesse sentido. Daí que seria de rigor a apuração do estado de consciência do ofendido nos instantes anterior e posterior à ofensa, para avaliar se no caso específico o mesmo sofreu ou não algum abalo em suas condições psíquicas e emocionais.

Mas é Antônio Jeová SANTOS⁷⁹ quem melhor analisa a problemática e explica, com inteira razão, que a configuração do dano moral está atrelada à violação dos direitos de personalidade que são conferidos indistintamente a todo e qualquer cidadão. O que se indeniza é a ofensa àquele campo de direitos extrapatrimoniais, capaz de gerar um desequilíbrio espiritual e não a dor física ou o sofrimento de caráter particular. Em verdade, afirma, o dano moral se estabelece independentemente das condições da vítima de compreender o real caráter aflitivo da lesão.

De fato, o discernimento da pessoa atingida ou mesmo a sua capacidade de entender todos os contornos e conseqüências do ato lesante é de somenos importância. Interessa, isto sim, é o ataque ao universo de direitos imateriais protegido por lei (direitos da personalidade ou atributos da pessoa), que é conferido a todo e qualquer cidadão desde o seu nascimento com vida, com conseqüente sofrimento psíquico, sendo que este último se verifica mesmo que a vítima não o perceba fisicamente ou não possa entendê-lo na sua inteireza. É o que acontece, *v.g.*, nos casos de abusos sexuais a crianças em tenra idade ou mesmo a um maior que esteja em estado de coma, totalmente inconsciente; os reflexos negativos à formação da psique da primeira, ou à honra da segunda, serão inevitáveis, a despeito de não compreenderem a realidade da ofensa no momento da sua concretização.

Portanto, é acertada a afirmação de Carlos Alberto BITTAR⁸⁰ no sentido de que a titularidade do direito subjetivo à reparação pelas ofensas morais não exige nenhum requisito específico ou condição pessoal especial, sendo passível de atribuição indistinta a todas as pessoas naturais, nascidas ou nascituras, capazes ou incapazes.

E no que pertine aos nascituros, os mesmos também fazem jus ao ressarcimento por danos morais, pois, apesar de ainda se encontrarem no ventre materno, a lei resguarda todos os seus direitos, tal como destacado no artigo 2º do Código Civil⁸¹.

⁷⁹ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 125-127.

⁸⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 153.

⁸¹ “Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Realmente, aquele que se acha concebido e em processo de gestação pode ver o seu universo de direitos da personalidade tangenciado, como, por exemplo, na hipótese de homicídio do seu genitor. Privado estará do carinho, da atenção e da participação paterna ao longo de toda a sua vida, o que influenciará na sua formação pessoal. Portanto, desde que demonstrada a existência do dano e a relação de causalidade com o ato ilícito consumado, daí surgirá o direito ao ressarcimento pelos prejuízos ocorridos em seu desfavor.

Não obstante isso, como a personalidade civil somente se inicia a partir do nascimento com vida, não pode o nascituro formalizar o pleito indenitário antes de lhe ser dada à luz, estabelecendo-se, então, verdadeira expectativa de direito, ou, no dizer de Carlos Roberto GONÇALVES⁸², verifica-se autêntica condição suspensiva, podendo ser ajuizada pelo nascituro – através de seu representante legal –, quando muito, demandas cautelares inominadas para a preservação de seus direitos.

E Arnaldo MARMITT⁸³ reforça esse ponto de vista ao afirmar que o importante a se observar é mesmo o momento em que o mal suportado se mostra indenizável, estabelecendo-se o aperfeiçoamento do direito ao ressarcimento a partir do nascimento com vida, sendo que este último confere eficácia àquele.

2.2 Dano moral e a pessoa jurídica

A pessoa jurídica – também denominada pessoa moral ou pessoa social – se apresenta como ente personalizado e, por força de uma construção doutrinária e por imposição legal, se mostra titular de patrimônio privativo, vontade própria, bem como é investida de direitos e obrigações que lhe são exclusivos, assumindo existência distinta daquela ostentada por seus membros formadores (*'societas distat a singulis'*).

Nesse sentido, a pessoa jurídica tem por objetivo congregar interesses comuns de pessoas naturais para a consecução de finalidades específicas das mais variadas matizes, podendo ser de cunho comercial, industrial, civil, político, social ou religioso, para fornecimento de bens ou de serviços, assumindo forma pública ou privada, e ostentado fins lucrativos ou não.

⁸² GONÇALVES, 2007, v. 4, op. cit., p. 366.

⁸³ MARMITT, Arnaldo. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 74-75.

Justamente por isso, como observa Carlos Alberto BITTAR⁸⁴, e na medida em que quase todas as atividades passíveis de desenvolvimento pelo ser humano possam ser desempenhadas pelas entidades jurídicas com maiores vantagens, decorrentes de diversos fatores específicos (força associativa, reunião de capital, diminuição de responsabilidade, distribuição de custos, dentre outros), a participação desses entres personalizados em todas as esferas de inter-relação sócio-econômicas se mostra cada vez mais intensa, daí resultando que o tangenciamento de seus interesses patrimoniais e extrapatrimoniais vem se avultando significativamente, exigindo o direcionamento de novas luzes para esse campo, de modo a iluminar a questão relativa à indenizabilidade de danos suportados pelos mesmos.

Nesse sentido, deve ser destacado que muito embora não haja qualquer voz dissonante relativamente à viabilidade de ressarcimento de danos materiais ressentidos pelas pessoas jurídicas, estabeleceu-se consistente discussão em torno da possibilidade de compensação por ataques direcionados ao seu patrimônio ideal.

A esse respeito, cabe observar que a corrente negativista finca a sua posição sob o argumento principal de que as pessoas jurídicas não poderiam sofrer dano moral justamente porque estariam despidas de subjetividade, consistindo em uma figura meramente abstrata e, por isso mesmo, mostrar-se-iam insuscetíveis de sentir dor ou sofrimento, capacidades estas de cunho sensorial atinentes apenas aos seres vivos.

Consoante destacado por Wilson Melo da SILVA⁸⁵, diante da inexistência da dicotomia da dor, assim entendida na sua acepção mais ampla, envolvendo, pois, o sofrimento tanto físico como o moral, não se poderia falar em dano não patrimonial da pessoa jurídica, pois este último estaria intimamente atrelado àquela sensação aflitiva. E sem a percepção de sentimentos de angústia, depressão e amargura, não haveria dor, propriamente dita e, sem esta, inexistiria dano moral.

Ademais, aquela corrente em referência também denota que mesmo sendo possível admitir que as entidades sociais se façam merecedoras de proteção ao seu bom nome, ao seu prestígio, à liberdade de atuação, à segurança e a uma reputação que ostentam no meio comercial, o amparo correspondente não se estabeleceria por conta do reconhecimento de um direito de natureza extrapatrimonial. Isto sim, a afetação daqueles valores referidos somente mereceria defesa porque a ofensa correspondente ocasionaria diminuição de lucros ou

⁸⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 174-175.

⁸⁵ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 653.

benefícios, logo, são os interesses patrimoniais da empresa que são amparados⁸⁶. Ou seja, nesses casos o que resta lesionado são os objetivos da pessoa jurídica e não a sua essência, daí resultando que todo prejuízo verificado seria apenas material, nunca moral⁸⁷.

Outro importante argumento dos negativistas residiria na alegação de que toda reparação por dano moral devida a uma pessoa social em verdade seria destinada aos seus sócios integrantes e não ao ente jurídico do qual fazem parte, pois estes é que restariam afetados intimamente diante da lesão perpetrada. Melhor esclarecendo, qualquer ataque à pessoa jurídica capaz de ser classificado como dano moral na realidade ofenderia espiritualmente apenas as pessoas físicas que integram o seu quadro societário, nunca a primeira.

Finalmente, dizem que a aceitação da reparabilidade do dano moral às pessoas jurídicas implicaria necessariamente na admissão de uma espécie diferenciada de moral a ser protegida, distinta daquela que se ampara quando se cuida da pessoa natural. Dita realidade seria inadmissível aos olhos do direito, pois, então, estaríamos defendendo o estabelecimento de “noções diferentes para iguais aspectos do dano”, pretendendo a existência de um tipo de dano moral para a pessoa física e outro para a jurídica⁸⁸.

Não obstante o inegável prestígio daqueles que se filiaram à posição retro mencionada e em que pese a aparente solidez dos argumentos assacados em sua defesa, aquela corrente com o tempo acabou cedendo espaço para a doutrina positivista, a qual, hoje, é admitida quase que de forma unânime. E diferente não poderia ser, porque toda a base da teoria contrária foi derruída pelo forte e inabalável raciocínio construído pelo grupo que defende a indenizabilidade dos danos morais às pessoas jurídicas, como se verá a seguir.

De início, deve ser dito que a moderna concepção de dano moral afasta a dor como elemento capaz de caracterizá-lo e de justificar a reparação correspondente. Como já dito em outros momentos desse trabalho, o que tipifica o dano moral é a ofensa a um dos direitos da personalidade ou aos atributos da pessoa, sendo de somenos importância o sofrimento físico resultante desse ataque.

Nesse sentido, deve ser destacado que os entes coletivos são investidos de personalidade moral, tanto quanto o são de personalidade patrimonial, e em razão disso mostram-se detentores de direitos que são passíveis de equiparação aos personalíssimos, tais

⁸⁶ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.p. 136.

⁸⁷ MARMITT, Arnaldo. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 166.

⁸⁸ SANTOS, A. J. S., op. cit., p.137.

como, ao nome, à marca, à intimidade, à liberdade e até mesmo à honra, merecendo, por isso mesmo, proteção legal.

É indiscutível o fato de que as pessoas sociais não têm capacidade afetiva, sendo despidas de sentimento e emoção, no entanto, gozam de reputação, que nada mais é do que uma forma de honra no seu sentido objetivo e podem sofrer prejuízos à sua imagem, à qual se mostram atrelados o seu nome, o prestígio, a probidade comercial etc.

Os MAZEUD⁸⁹ denotam que o campo moral das pessoas jurídicas é menor do que o das pessoas físicas, compreendendo apenas aspectos relativos à sua honra e consideração, mas nem por isso estariam despidas de proteção.

Como bem lembrado por Rui STOCO⁹⁰, a honra conta com dois aspectos diferenciados e pode ser classificada como subjetiva e objetiva.

A primeira (honra subjetiva), diz respeito a sentimentos anímicos, ou seja, internos da pessoa, referindo-se à dignidade, ao decoro, respeito próprio e à auto-estima, restando atrelados, portanto, a aspectos do psiquismo de cada um, sendo capazes de provocar sentimentos de humilhação, dor, vexame e outros sofrimentos da alma.

Quanto à segunda (honra objetiva), a mesma se refere a elementos vinculados à imagem e à reputação do sujeito no ambiente em que vive e desenvolve seus interesses, absorvendo, assim, elementos externos do indivíduo, consistentes em respeito, admiração, apreço, consideração e outros que tais, que se vinculam à chamada boa reputação⁹¹.

Ora, em assim sendo, não resta qualquer dúvida no sentido de que as pessoas jurídicas podem sofrer agressões à honra objetiva da qual são dotadas e, nesse aspecto, restará caracterizado o dano extrapatrimonial viabilizador da reparação correspondente. É o que se verifica, v.g., quando determinada empresa se depara com a lavratura de um protesto indevido em seu desfavor, ou é alvo de uma campanha difamatória, hipóteses em que certamente ocorrerão danos materiais, mas também se estabelecerá inequivocamente abalo moral e dessa forma, ambos poderão ser ressarcidos cumuladamente.

⁸⁹ “*Si una persona moral, lo mismo que una persona física, es titular de un patrimonio extrapecuniario, desde luego esse patrimonio no es tan extenso como el de una persona física: comprende sin duda todo lo referente al honor y a la consideración, pero no lo que atañe al afecto: una persona moral no tiene corazón*” (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD Leon. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Traduzido para o espanhol por CASTILLO, Luis Alcalá-Zamora. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. t. 1. v. 1. p. 460-461).

⁹⁰ STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 1422.

⁹¹ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19.

Em reforço a esta tese, é importante também ressaltar que o artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, não exclui expressamente as pessoas jurídicas como titulares de direito à indenização por danos morais e tampouco restringe tal direito às pessoas físicas⁹².

Mais do que isso, mostra-se oportuna a referência ao artigo 52 do Código Civil de 2002, o qual impõe, no que couber, a aplicação de ampla proteção aos direitos da personalidade em favor das pessoas jurídicas⁹³, o que envolve, inequivocamente, a possibilidade de defesa da sua honra objetiva. Assim é, pois se existe o reconhecimento da própria lei no sentido de que o ente social goza de alguns direitos personalíssimos, consequentemente lhe confere também a capacidade de sofrer danos morais⁹⁴.

Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VI, confere como direito básico ao consumidor em geral a possibilidade de pugnar por reparação de danos patrimoniais e morais. E como se sabe, muitas pessoas jurídicas ingressam em relações de consumo na condição de destinatárias finais de bens e serviços, o que as tipifica como consumidoras. Portanto, em tais circunstâncias também estariam indiscutivelmente habilitadas, aos olhos da lei, a pleitear ressarcimento por danos morais, desde que atingidas em algum de seus atributos ideais objetivos.

Não só a legislação converge no sentido de amparar a teoria positivista que ora se expõe, mas também a jurisprudência fechou questão nesse sentido, a qual restou coroada e inequivocamente consolidada pela Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, que dispôs de modo expresso que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Ainda, não se pode olvidar que a indenização do dano moral não conta unicamente com ânimo ressarcitório. Isto sim, também está imbuída de caráter punitivo e por isso deixar de aplicá-la em favor dos entes coletivos quando ofendidos em sua honra objetiva equivaleria a relegar estes últimos ao total desamparo e a beneficiar os infratores, que se sentiriam a vontade para novas práticas semelhantes.

Por derradeiro, deve ser dito que a despeito das opiniões que vêm se apresentando no sentido de que os danos morais estabelecidos em prejuízo das pessoas jurídicas somente seriam passíveis de ressarcimento quando estivessem acompanhados de repercussão patrimonial, ou

⁹² MARMITT, Arnaldo. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 171.

⁹³ “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

⁹⁴ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.148.

melhor, de prejuízo material⁹⁵, o mestre Antônio Jeová SANTOS nos esclarece que dita posição não merece subsistir, máxime porque o dano moral ocorre “in re ipsa”, dispensando a apresentação de qualquer prova direta, e também porque o dano material nesses casos constituirá simples reflexo do ataque à honra objetiva, devendo ser indenizado de forma isolada⁹⁶. Não fosse assim, pessoas jurídicas sem fins lucrativos, tais como entidades filantrópicas, religiosas ou beneficentes, sempre estariam impossibilitadas de pugnar por ressarcimento por danos ao seu patrimônio ideal, o que não se pode realmente admitir.

Em suma, é forçoso concluir que toda e qualquer ofensa puramente moral à honra objetiva dos entes coletivos deve ser objeto de inarredável compensação, avizinhando-se descabida e inaceitável qualquer tentativa de afastamento desse direito conferido a estes últimos.

2.3 Dano moral e os interesses difusos ou coletivos

Conforme vem se observando ao longo deste capítulo, a ordem jurídica se propõe à defesa inequívoca da moral individual, zelando da melhor maneira possível pelo conjunto de direitos da personalidade atinentes às pessoas físicas e jurídicas.

No entanto, como resultado de um sistema evolutivo do nosso Direito, que cada vez mais prioriza o coletivo sobre o individual, em um processo de verdadeira socialização dos interesses, hoje também se busca conferir proteção aos valores comunitários, reconhecendo-se claramente a existência de uma moral coletiva e permitindo aos grupos formas e meios para a defesa correspondente.

A coletividade nada mais é do que a reunião de diversas pessoas que passam a viver em certo espaço físico, unidas por interesses comuns e dispendo-se à cooperação recíproca. Cada indivíduo conta com sua carga de valores próprios e a somatória dos valores individuais compõem os da sociedade como um todo, os quais, de certo modo, acabam se desatrelando dos primeiros e passam a atuar de forma isolada. Assim, por valores coletivos devem se entender aqueles atinentes à sociedade, englobadamente considerada, formando um corpo único e independente daqueles de caráter individual, assumindo um aspecto indivisível. Tais valores representam a forma de agir, de pensar e de sentir de uma determinada

⁹⁵ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.21-22.

⁹⁶ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.147.

comunidade, sendo resultantes daquilo que se logrou denominar de verdadeiro “fenômeno cultural”⁹⁷, compondo, por via reflexa, a esfera moral da sociedade.

Sempre que houver afronta ou violação a qualquer um desses interesses coletivos, todos da comunidade, indistintamente, restarão atingidos e lesados, verdadeiramente afrontados em sua cidadania e ofendidos em “seu patrimônio valorativo”⁹⁸. Estará se estabelecendo, portanto, autêntico dano moral coletivo.

No lecionar de Carlos Alberto BITTAR FILHO, o dano moral coletivo nada mais é do que a agressão injusta à esfera moral de determinada comunidade, atingindo-a em um ou mais elementos componentes do seu campo de valores comuns⁹⁹.

Para nós, diversos são os valores coletivos que merecem atenção e amparo, sendo que alguns deles se mostram elencados no artigo 1º da Lei nº 7.347/85, consistentes em interesses relativos ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Além desses, também assumem idênticos contornos a honra e a dignidade nacional.

Assim, o dano ambiental é daqueles que compromete o equilíbrio ecológico e, por via reflexa, atinge também valores outros ainda mais amplos, como a qualidade de vida da comunidade e a saúde geral da população. Os comprometimentos causados aos elementos da natureza e a instabilidade produzida no ecossistema redundam em conseqüências nefastas à coletividade indistintamente, provocando resultados negativos inclusive sobre gerações futuras.

A violação da honra de determinada comunidade, tal como a negra, a japonesa, a judaica, dentre outras, é forma incontestável de segregação racial e preconceito, tipificando o dano moral coletivo. Diante da nossa Constituição Federal toda forma de discriminação é inadmissível e sempre que tal conduta abusiva, praticada por qualquer meio, vier a

⁹⁷ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 559, p. 1-2, 17 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

⁹⁸ MARMITT, Arnaldo. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 175.

⁹⁹ “Com supedâneo, assim, em todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)” (BITTAR FILHO, 2005, op. cit., p. 1, destaque do autor).

comprometer os interesses de grupos específicos, ferindo-os em sua honorabilidade, os mesmos poderão pleitear a reparação correspondente.

Também o desprezo ou o ataque ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico implica na prática de dano moral coletivo, pois é do interesse de toda a comunidade a preservação respectiva, como elementos de beleza, cultura e lazer. Parques mal cuidados, monumentos destruídos e paisagens comprometidas ofendem a memória histórica do povo e agridem a noção geral de estética e do belo.

Provoca igualmente o surgimento de dano moral coletivo toda e qualquer prática que ofenda os direitos fundamentais do consumidor, gerando resultados prejudiciais ou perigosos à sua segurança e saúde, bem como afetando a estabilidade e o equilíbrio das relações de consumo em geral.

O mesmo se verifica quando a dignidade nacional reste denegrida mediante ataques ofensivos ao pavilhão nacional, aos hinos e a qualquer outro símbolo federal, estadual ou municipal, posto que representativos da imagem da pátria e da alma do povo.

Em verdade, como se vê, os valores atingidos são sempre de natureza transindividual, posto que se referem a interesses atinentes a classes específicas ou a grupos de pessoas, determinados ou não, os quais se encontram ligados por vínculos de fato ou de direito, posicionando-se, assim, entre os interesses reputados exclusivamente públicos e os que se inserem no campo unicamente dos privados.

Inclusive aqui é possível fazer uma distinção entre interesses ou direitos difusos e interesses ou direitos coletivos. Os primeiros referem-se a um grupo indeterminado de pessoas insuscetíveis de identificação, na medida em que se encontrem dispersas na comunidade, mostrando-se ligadas apenas por circunstâncias de fato. Os segundos vinculam-se a determinado grupo, categoria ou classe de pessoas, que se distinguem do restante da coletividade porque estão atreladas entre si por uma relação jurídica-base.

O dano moral coletivo é particularmente grave, pois, como visto, atinge o patrimônio valorativo de todo um grupo ou da comunidade em geral, criando, assim, uma instabilidade social muito maior do que aquela gerada a partir da ofensa individual.

Daí resulta a necessidade indiscutível de se conferir meios suficientes para a reparação dos prejuízos imateriais havidos, sendo que o nosso arcabouço jurídico conta para tanto com duas ações específicas, quais sejam, a ação civil pública, amparada pela Lei nº

7.347/85, e a ação popular, lastreada na Lei nº 4.717/65, as quais serão promovidas pelo Ministério Público, bem como pelos grupos ou pessoas legitimadas naqueles diplomas legais destacados.

Nas demandas referidas no parágrafo anterior deve-se buscar prioritariamente, sempre que possível, a recomposição da ofensa perpetrada mediante restauração do bem jurídico atingido. A reparação natural, no dizer de Mirna CIANCI¹⁰⁰, é a melhor forma de compensação no caso de ofensa ao patrimônio ideal coletivo, mormente quando se cuide de danos ao meio ambiente.

No entanto, a indenização pelos prejuízos resultantes é outra forma de solução da pendência, sendo certo, no entanto, que nesse caso o “quantum debeatur” será recolhido a um Fundo de Recuperação dos Bens Lesados¹⁰¹, que será gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, na forma do artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

Também é possível a imposição de obrigações de fazer ou de não fazer em detrimento dos autores da lesão, de modo a obstar o ataque ao bem jurídico ou de impedir novas investidas semelhantes. Segundo Hely Lopes MEIRELLES, essa é a forma mais eficaz para evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública”¹⁰².

Por fim, deve ser destacado que as demandas em testilha não podem ser resolvidas senão pela imposição de uma sentença que lhe aprecie o “meritum causae” em todos os seus contornos, acolhendo ou rejeitando o pleito inaugural, mostrando-se inadmissível a realização de transação porque envolvem discussão sobre direitos fundamentais, inalienáveis, indisponíveis e irrenunciáveis. Apesar disso, por conta da introdução do § 6º ao artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, efetivada pela Lei nº 8.078/90, restou viabilizada a efetivação do que se logrou denominar “compromisso de ajustamento”, o qual, sem colocar fim à contenda, implica em verdadeiro acordo limitado, através do qual o Réu se compromete a ajustar a sua conduta aos ditames legais, mediante cominações, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

¹⁰⁰ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 23.

¹⁰¹ No âmbito Federal o fundo em questão mostra-se regulamentado pelo Decreto nº 92.302/86. No Estado de São Paulo foi criado o Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, através do Decreto nº 27.070/87

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, ‘habeas data’**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989. p. 129-130.

2.4 Dano moral e o direito do consumidor.

A Magna Carta disponibilizou uma série de regras que, somadas, bastam em si mesmas para conduzir à ilação segura de que a indenização por danos morais ocorridos em prejuízo do consumidor se apresenta como fato legítimo, intransponível e irretorquível.

Realmente, no artigo 170, inciso V, da Constituição Federal, ficou imposto como princípio geral norteador das atividades econômicas a proteção e o amparo aos interesses do consumidor. Além disso, no inciso XXXII do artigo 5º da Lei Maior, ficou destacado que o Estado deveria promover a defesa dos interesses dos consumidores. Finalmente, no inciso X daquele mesmo dispositivo constitucional retro mencionado, restou consignado que a todos, genericamente considerando, estaria assegurado o direito a indenização por danos materiais e morais nos casos de ofensa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

Assim, se tanto aqueles que se dispõem a desenvolver atividades econômicas quanto o Estado estão obrigados a proteger e amparar da melhor maneira possível os consumidores, é porque estes últimos, conseqüentemente, também se inserem na regra geral de legitimação para pugnar pela justa compensação no caso de se ressentirem de algum ataque ao seu patrimônio ideal.

Não obstante isso, e certamente em atenção ao fato de que a própria Constituição Federal dispôs que a proteção do Estado se apresentaria “na forma da lei”¹⁰³, foi editado o Código de Defesa do Consumidor em 11 de setembro de 1990, o qual colocou uma última pá de cal sobre o assunto, sepultando por completo qualquer dúvida que ainda pudesse subsistir em torno da reparabilidade dos danos morais aos consumidores.

Dessa forma, no inciso VI do artigo 6º da Lei nº 8.078/90, ficou apontado como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais (g.n.), individuais, coletivos e difusos”. Ademais, em reforço, no inciso VII daquele mesmo dispositivo legal facultou-se aos consumidores o livre “acesso aos órgãos do judiciário e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais (g.n.), individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

¹⁰³ Artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal.

Como bem observa Rui STOCO¹⁰⁴, a Lei Maior e o Código de Defesa do Consumidor trouxeram grande avanço ao sistema de prevenção e proteção do consumidor, conferindo-lhe mecanismos consistentes para a defesa dos seus interesses, inclusive aqueles de natureza extrapatrimonial, instrumentalizando e tornando efetiva a garantia correspondente.

Mais do que isso, segundo o mestre em referência houve significativa evolução jurídica, com reflexos sociais positivos, ao se estender a reparabilidade dos danos morais também para os casos de ofensas a direitos e interesses coletivos ou difusos, propondo-se a permitir a reparação não apenas dos danos morais individuais, mas também aqueles que tenham ferido grupos determinados ou indeterminados de pessoas, fechando, assim, de forma completa, o leque de proteção máxima aos consumidores em geral.

Aliás, tão amplo é o amparo que se pretendeu disponibilizar, que até mesmo aqueles que não tenham participado de qualquer forma da relação de consumo, mas que porventura tenham sido atingidos por conta de eventuais defeitos dos produtos ou serviços fornecidos, serão equiparados aos consumidores para o fim de obtenção de ressarcimento¹⁰⁵. Tal é o que se verifica, *v.g.*, no caso de uma explosão ocorrida em um fogão por conta de defeito de fabricação existente em um de seus componentes, restando feridos, além do adquirente do bem, outras pessoas que se encontravam no local naquele momento; nesse caso, mesmo os terceiros ofendidos poderão reclamar o ressarcimento cabível na condição de consumidores equiparados.

Não bastasse, o Código de Defesa do Consumidor criou uma sistemática específica e individualizada para a responsabilidade no campo das relações de consumo, implementando a regra geral de que esta se apresenta na sua forma objetiva, dispensando na maior parte dos casos a apuração de culpa¹⁰⁶, de tal modo que para o consumidor obter indenização por danos morais deve se restringir à demonstração da existência denexo causal entre o fato lesivo e a relação de consumo¹⁰⁷.

¹⁰⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.p. 344.

¹⁰⁵ Artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor: “Para os efeitos dessa Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

¹⁰⁶ Basicamente a responsabilidade lastreada em culpa ficou circunscrita à hipótese prevista no artigo 15, §4º do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰⁷ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar**: critérios de fixação do *Quantum*. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000. p. 114

Inclusive ficou consignada no artigo 25 da Lei nº 8.078/90, a vedação expressa quanto à estipulação de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar imposta aos fornecedores de bens e serviços, evitando-se, assim, qualquer forma de isenção de suas responsabilidades.

Portanto, o que se constata é o fato de que a defesa dos interesses patrimoniais e extrapatrimoniais nesse campo ocorre da forma mais abrangente possível, estabelecendo-se sempre que qualquer incidente na seara das relações de consumo exsurja de modo a alterar o equilíbrio material e emocional dos consumidores.

É praticamente impossível catalogar todas as situações capazes de provocar o surgimento do dano moral ao consumidor, sobretudo porque, consoante denotado por Nehemias Domingos de MELO¹⁰⁸, tal pode se verificar em toda e qualquer vinculação consumeirista, propriamente dita – quando, então, restará firmada a responsabilidade contratual –, mas também nas hipóteses em que terceiros estranhos à relação ou mesmo a coletividade, sejam equiparados à figura do consumidor – hipótese em que se estabelecerá a responsabilidade extracontratual.

De qualquer modo, pode ser dito que um dos motivos mais comuns de ofensa ao patrimônio imaterial do consumidor, ensejando a propositura de um sem número de ações indenizatórias, é a negatização indevida do seu nome em órgãos especializados.

Como é sabido, a elaboração de cadastros ou bancos de dados de inadimplentes é perfeitamente legal e auxilia as partes interessadas no momento da concessão de crédito ao consumidor. No entanto, como bem denota Américo Luís Martins da SILVA¹⁰⁹, tais listagens de maus pagadores devem se sujeitar às regras gerais dispostas nos artigos 43 e 44 do Código de Defesa do Consumidor, de modo a permitir que esse tipo de informação seja prestada com precisão, segurança e seriedade, divulgando dados absolutamente idôneos e confiáveis.

No entanto, por vezes os arquivos das empresas – especializadas ou não – contém dados incorretos acerca do consumidor, seja porque a negatização se estabeleceu sem que houvesse débito, seja porque a dívida já estava totalmente satisfeita, o que acaba comprometendo a honra e o bom nome de muitos clientes, os quais ficam impedidos de acesso ao crédito e à realização de novos negócios.

¹⁰⁸ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral**: problemática: do cabimento à fixação do *Quantum*. São Paulo: Juarez, 2004. p. 70.

¹⁰⁹ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 275.

Quando o erro na anotação decorre da atuação irregular da entidade de proteção ao crédito, passa a ser sua a responsabilidade pelos danos morais resultantes. Porém, o equívoco decorre da indicação imprecisa do próprio credor, então a ele competirá o dever de indenizar os prejuízos havidos à esfera ideal do consumidor.

Questão interessante, também, diz respeito ao fato de uma negativação ter sido efetivada de modo regular, tendo em vista o descumprimento da obrigação na época oportuna. No entanto, muitas vezes esse débito é saldado posteriormente, com todos os acréscimos legais e contratuais, mas não é dada a devida baixa naquela anotação pejorativa. A dúvida que se estabelece é a seguinte: a quem compete o ônus de providenciar a retirada dos dados negativos do cadastro? Ao fornecedor ou ao credor?

A resposta à indagação formulada no parágrafo anterior não é fácil, posto que a jurisprudência tem se dividido em torno desse assunto. Parte dos julgados – majoritária – entende que a obrigação competiria ao fornecedor, pois se ele foi o responsável pela negativação, também deverá sê-lo pela reversão ao “status quo ante” após receber o crédito que lhe compete. No entanto, há várias decisões em sentido contrário, dizendo que o apontamento no cadastro de inadimplentes decorreu da atitude do próprio consumidor, o qual deixou de pagar o que devia no instante próprio, assim, seria sua a incumbência de comunicar ao órgão controlador a nova realidade surgida, valendo-se, inclusive, da faculdade prevista no artigo 43, §3º da Lei nº 8.078/90.

A primeira posição retro descortinada se avizinha a mais coerente e justa. Antes, porque o fornecedor é o principal interessado na manutenção desses cadastros de inadimplentes e, como qualquer outra pessoa, tem o dever de zelar pela seriedade e exatidão de seus dados informativos. Depois, porque a disposição contida no referido artigo 43, §3º do Código de Defesa do Consumidor confere simples faculdade de agir, a qual se estabelece de modo concorrente ao dever que incumbe ao fornecedor quanto à baixa diante do pagamento. Finalmente, porque muitas vezes, tal como no caso do protesto, não basta apenas a exibição de um recibo para a baixa desejada, mas também se exige a apresentação de uma carta de anuência emitida pelo fornecedor, o que inviabiliza a ação isolada do consumidor. A inércia do fornecedor, portanto, estabelece o seu dever de reparar os danos morais resultantes pelo tempo adicional indevido de negativação.

Outra hipótese que enseja a ocorrência de dano moral ao consumidor é a existência de cláusulas contratuais ilícitas ou mesmo abusivas¹¹⁰. Nesses casos, o comprometimento aos interesses do consumidor se estabelece por si só e a exposição, a insegurança e a intranquilidade que daí resulta deságuam em inevitável ofensa aos direitos imateriais do consumidor.

Também é causa comum de ocorrência de danos morais o fornecimento de bens ou serviços que apresentem defeitos ou vícios de qualidade ou quantidade, posto que a adequação e a exata conformação daquilo que se fornece ou se realiza em prol do consumidor deve ser a regra, nos termos da denominada “Teoria da Qualidade”¹¹¹, sendo de rigor a apresentação dos produtos e das atividades prometidas indenidas de deformidades, equívocos ou erros de elaboração.

Por fim, é igualmente causa comum ensejadora de danos morais a prática de cobrança de débitos de modo que venha a expor o consumidor a ridículo ou constrangimento de qualquer ordem, o que está terminantemente proibido a vista do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, pois tal resulta em gravame certo ao patrimônio ideal do devedor.

2.5 Intransmissibilidade do dano moral.

Como já destacado em diversas oportunidades, o dano moral se caracteriza pela lesão de interesse não patrimonial da vítima, o que corresponde, na essência, a toda ofensa que venha a recair sobre um dos direitos da personalidade que lhe assiste ou sobre um dos atributos da pessoa, que lhe são conferidos.

Assim sendo, fica evidente que em verdade aqui se cuida do tangenciamento de direitos que se acham investidos de carga eminentemente subjetiva, encontrando-se intimamente atrelados à pessoa e que, por isso mesmo, mostram-se inalienáveis e

¹¹⁰ Artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

¹¹¹ Cláudia Lima Marques afirma que ao colocar um produto ou serviço no mercado de consumo, o fornecedor fica atrelado a um dever de qualidade. Essa qualidade, explica, se bifurca em necessidade de adequação do produto e de segurança. Assim, sempre que tais produtos ou serviços apresentem algum vício ou exibam algum defeito, por conta dos quais resulte danos ao consumidor, o primeiro terá a obrigação de indenizar. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 984-985).

intransmissíveis. É nesse sentido, inclusive, a dicção do artigo 11 do Código Civil em vigor¹¹².

Nesse sentido e em que pese o descabimento de qualquer discussão em torno da transmissibilidade do dano moral por ato “inter vivos”, estabeleceu-se consistente cizânia doutrinária em torno da ocasional possibilidade de transferência da titularidade do direito material de indenização por dano moral no caso de morte da vítima. Esse é o nó górdio que se pretende desatar nas linhas subseqüentes: os sucessores do “de cujus” podem pleitear o ressarcimento por danos morais sofridos por ele em vida, ingressando com ação para tal fim, ou ainda, lhes é dado prosseguir em demanda por ele iniciada para tanto?

Sobre o tema, deve ser observado que uma primeira corrente, capitaneada por Wilson Melo da SILVA¹¹³, nega terminantemente a possibilidade de transmissão “causa mortis” dos danos morais em qualquer circunstância, destacando que os bens ideais são inerentes à pessoa e por isso não podem ter vida isolada, desprendida do seu titular, razão pela qual desapareceriam com o próprio sujeito. Argumenta, em acréscimo, que o patrimônio moral de cada um está intimamente atrelado à sua personalidade, servindo-lhe de sustentação; logo, como a personalidade morre com o indivíduo, todo o seu patrimônio igualmente feneceria naquele momento de transpasse, mormente o imaterial, adquirindo sobrevida apenas os seus bens materiais.

No mesmo sentido sobrevém a lição de Rui STOCO¹¹⁴, o qual denota que o dano moral diz respeito ao foro íntimo do ofendido e por isso não pode subsistir sozinho. Desse modo, segundo sua ótica, a imagem e a personalidade formariam o patrimônio subjetivo do indivíduo, razão pela qual desapareceria com a sua morte. Daí a sua afirmação no sentido de que mesmo no caso do titular do direito ao recebimento de danos morais ter falecido no curso da ação por ele proposta, seus sucessores sequer poderiam dar prosseguimento à contenda na qualidade de substitutos processuais.

Essa também é a posição de Mirna CIANCI, a qual comunga das mesmas idéias e acrescenta que haveria incompatibilidade gritante entre a transmissão do direito e o caráter compensatório da reparação, pois esta última não seria atingida de forma alguma

¹¹² “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

¹¹³ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 648-649.

¹¹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.p. 1377-1378.

mediante o pagamento de indenização aos herdeiros. Explica que como o ressarcimento do dano moral pretende apenas trazer uma compensação pecuniária ao sofrimento suportado, diminuindo a dor da vítima, o repasse correspondente aos sucessores se desprenderia dessa característica fundamental¹¹⁵.

E aquela mesma doutrinadora acrescenta que os sucessores tampouco poderiam suceder o falecido na demanda indenizatória por ele principiada, almejando o recebimento de direito meramente patrimonial, pois a causa decorreria de dano moral, que se traduziria como o efeito não patrimonial da ofensa¹¹⁶.

Por sua vez, Carlos Alberto BITTAR¹¹⁷, na esteira de Pontes de Miranda, abraça uma corrente intermediária e muito embora afaste a idéia da transmissão imediata, pura e simples, aos herdeiros da vítima direta, admite a possibilidade destes últimos prosseguirem na demanda proposta ainda em vida pelo titular original do direito, na condição de substitutos processuais. Portanto, apenas a morte no curso da demanda permitiria a translação do direito à reparação.

Não obstante isso, deparamos com uma terceira corrente, defendida por Carlos Roberto GONÇALVES, a qual admite de forma ampla e irrestrita a substituição da titularidade do direito ao ressarcimento dos danos morais pelos herdeiros da vítima falecida.

Segundo o mestre retro mencionado, na essência o direito de ação por dano moral gozaria de natureza patrimonial. Bem por isso, com base no artigo 943 do Código Civil, seria plenamente viável a transmissão correspondente aos sucessores do “de cujus”, havendo como única exigência o fato de o prejuízo ter sido provocado ao ofendido quando vivo¹¹⁸.

Esta é a mesma dicção de José de Aguiar DIAS¹¹⁹, o qual revigora aquela assertiva acrescentando não haveria qualquer princípio de direito capaz de se opor à transmissibilidade do direito à compensação por danos morais.

Arnaldo MARMITT¹²⁰ acrescenta um argumento importante para solidificar essa posição ao destacar que na verdade não é o sofrimento em si que se apresenta como objeto da sucessão, isto sim, o que se transmite é o direito à ação reparatória, a qual, por isso

¹¹⁵ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 37.

¹¹⁶ Ibid., p. 40.

¹¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 157.

¹¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 551-552.

¹¹⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.2. p. 802.

¹²⁰ MARMITT, Arnaldo. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 77.

mesmo, não se contamina com o fato de estar envolvido no pleito direito personalíssimo. Afirma que o direito de ação na realidade integra o patrimônio pecuniário do falecido e envolve todos os seus direitos, mesmo aqueles não acionados judicialmente, mas que já eram passíveis de exigência por ele.

Porém, é Yussef Said CAHALI¹²¹ quem oferece o elemento mais importante para consolidar de vez esta corrente em debate, ressaltando que existe uma tendência geral que pretende “patrimonializar” o objetivo da condenação em demandas destinadas ao ressarcimento por dano moral e isso lhe conferiria verdadeira autonomia e desprendimento da sua finalidade compensatória, razão pela qual a sua transmissão hereditária seria perfeitamente possível. E acrescenta que se a vítima, em vida, tivesse recebido aquela mesma indenização com fins compensatórios, mas não houvesse consumido a integralidade do numerário ou a tivesse transformado em um bem qualquer, ocorreria a integralização correspondente ao seu patrimônio e, como tal, seria transmitido sem qualquer discussão aos herdeiros; portanto, esse caráter essencialmente patrimonial é que viabilizaria o transpasse do direito aos sucessores, legitimando-os diretamente ao pedido indenitário diante da inércia do titular original.

Esta terceira corrente em debate é a que se apresenta como majoritária na doutrina e também na jurisprudência¹²², sendo que a ela nos filiamos, sobretudo porque muito embora o artigo 11 do Código Civil¹²³ apresente os direitos da personalidade como intransmissíveis, irrenunciáveis e insuscetíveis de limitação voluntária, destaca que tal regra sofreria exceção dos casos previstos na lei. Mas o artigo 943¹²⁴ daquele mesmo “codex” se apresenta como verdadeiro elemento de exclusão regra mencionada, dispondo que o direito de exigir reparação, genericamente considerado, se transmite com a herança, sem distinguir se o ressarcimento em tela é de ordem apenas material, o que leva a entender que abrange também os direitos extrapatrimoniais.

Portanto, tudo conduz à conclusão justa e adequada no sentido de que nas hipóteses de falecimento do ofendido a transmissibilidade do direito à reparação por danos

¹²¹ CAHALI, **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 805.

¹²² O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo de modo a acolher a tese da patrimonialidade da ação de dano moral, aceitando a sua transmissibilidade aos herdeiros, restando inclusive assentado em voto do Ministro José Delgado que “o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima” (*in* REsp nº 324886 - PR - [2001/0066584-3], 1ª Turma, em 21/06/2001 - DJ 03.09.2001 - p.159 - v.u.). No mesmo sentido: RSTJ 71/183.

¹²³ “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

¹²⁴ “Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”.

morais se apresenta como fato intransponível, pouco importando se já havia ou não sido proposta a ação indenizatória. Existindo ação, os sucessores prosseguem na mesma, na condição de substitutos processuais, na forma do artigo 43 do Código de Processo Civil. Inexistindo demanda, os herdeiros poderão propô-la diretamente, sem nenhuma dificuldade.

CAPÍTULO 3 RESSARCIMENTO DO DANO MORAL

Sumário: 3.1 Aspectos preliminares. 3.2 Formas de reparação. 3.3 Critérios de fixação do “quantum” indenitário. 3.4 Normas aplicáveis. 3.5 Lastro jurisprudencial. 3.6 Elementos influenciadores da quantificação indenitária. 3.7 Sistema de regulação normativa e posição do autor.

3.1 Aspectos preliminares

Depois do advento da Constituição Federal de 1988 e, mais recentemente, do Código Civil de 2002, além de outros textos legais que foram editados no intervalo de tempo que intermediou o aparecimento daqueles dois conjuntos maiores de regras mencionados – tais como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.160/98) –, não mais subsiste entre nós qualquer dúvida no sentido de que o dano moral merece mesmo a mais ampla reparação, pouco importando, como vimos nos capítulos antecedentes, se a ofensa vem a recair sobre a esfera de interesses imateriais da pessoa (física ou jurídica) ou da coletividade (interesses coletivos ou difusos).

Constitui-se como princípio basilar do nosso Direito a ordem geral de não lesar (*neminem laedere*), por conta do qual todo aquele que vier a praticar um ato ofensivo qualquer e por conta disso causar danos ao próximo, deve suportar as conseqüências resultantes, o que implicará no inafastável dever de reparar de modo cabal os prejuízos provocados.

E pouco importa que o ilícito perpetrado seja de origem contratual ou extracontratual, porque o que se busca coibir é a ofensa em geral ao universo de interesses pertencente a terceiros, aí inserido o seu conjunto de direitos extrapatrimoniais. Segundo esclarecimento de Sílvio de Salvo VENOSA¹²⁵, a ilicitude se configura notadamente pela lesão ao direito de outrem, e não apenas pelo descumprimento de uma ordem de caráter geral, sendo que isso amplia o antigo conceito de culpa, já que esta passa a ser um aspecto somente

¹²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4. p. 276.

secundário diante da visão maior de não se aceitar atentados de qualquer ordem à dignidade do ser humano.

O que se pretende, como alerta Américo Luís Martins da SILVA¹²⁶, é a manutenção da harmonia e do equilíbrio social, e tal somente se mostra possível na medida em que os mecanismos legais impeçam a perpetração de qualquer tipo de ofensa aos direitos alheios e ofereçam meios de reparação no caso de estabelecimento de danos.

Dentro desse prisma, deparamos com a indiscutível evolução também da própria idéia de indenização do dano moral, que antes se restringia apenas à reparação do “pretium doloris”, assumindo o aspecto de mero pagamento pela dor suportada, e agora, indo muito além daquele campo restrito, pretende-se igualmente a restauração da própria dignidade de quem se sentiu atingido em um dos seus atributos da personalidade¹²⁷.

Não obstante isso e em que pese todo o avanço legal, doutrinário e jurisprudencial observado, em face do qual se serenou a celeuma que outrora circundava a questão atinente à ressarcibilidade do dano moral, ainda subsiste grande discussão em torno da quantificação correspondente.

De fato, a ausência de critérios específicos e de normas claras a respeito do tema, faz com que os operadores do direito se mantenham em um terreno movediço em que é difícil se movimentar e que não permite chegar a um ponto de consenso propiciador da almejada segurança jurídica de que tanto se necessita para a manutenção da paz social.

Conforme observação de Mirna CIANCI¹²⁸, por falta de regulamentação própria os operadores do direito têm se valido de critérios variados, defendendo formas diversas e descontraídas de quantificação do dano moral, utilizando-se muitas vezes de legislações especiais anteriores à Constituição Federal e em outros momentos acenam com critérios oriundos de criação própria. Tudo isso, como denota aquela doutrinadora, é inadequado é “insuficiente à universalidade do dano moral”.

Muitas são as querelas envolvendo situações jurídicas semelhantes, por vezes oriundas do mesmo evento danoso, que chegam a resultados totalmente distintos. Tal realidade deixa o cidadão indignado e ao mesmo tempo perplexo, sem saber por que o

¹²⁶ SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 380.

¹²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4.

¹²⁸ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123.

ressarcimento que lhe coube foi muito aquém daquele atingido por um conhecido seu ou por um paradigma qualquer.

Ademais, à míngua de um sistema objetivo que permita uma quantificação padronizada da indenização do dano moral, os próprios advogados enfrentam dificuldades significativas no momento da elaboração do pleito inaugural de uma contenda, pois, diante da inexistência de um balizamento adequado que lhes permita antever quanto o cliente poderia receber naquele caso, optam, no mais das vezes, por solicitações exageradas e irreais a fim de evitar prejuízos, contando com glosas certas por parte dos julgadores, mas que, a despeito disso, viabilize a permanência da reparação em um patamar indenitário satisfatório ou ao menos conveniente.

Em idêntico conflito adentram os juízes no instante da prolação de sentenças condenatórias, quando deparam com o dilema da fixação do “quantum debeatur”, correndo sempre o risco se mostrarem injustos diante da realidade concreta posta em julgamento, pois muitas vezes assumem postura excessivamente mesquinha, incorrendo em arbitramentos irrisórios, e em outras por demais elástica, estipulando verbas verdadeiramente abusivas.

Justamente por isso, as dificuldades existentes em torno da quantificação do dano moral têm sido até mesmo motivo de impedimento da consumação de transações em demandas voltadas à indenização correspondente, o que se apresenta como fruto das incertezas nesse campo, como bem adverte Antônio Jeová SANTOS¹²⁹.

Mais do que isso, segundo receio esboçado pelo sempre festejado mestre Rui STOCO¹³⁰, corremos o risco de ver o instituto da responsabilidade civil por dano moral se desmoralizar e inclusive atingir um grau de banalização indesejável, tendo em vista o processo de exacerbação estabelecido em torno das pretensões deduzidas em juízo, onde cada vez mais temos deparado com solicitações abusivas que acabam encontrando ressonância em julgamentos disparatados. Tudo como consequência da falta de regramento específico, da inexistência de critérios claros e do abandono aos princípios gerais que envolvem a matéria.

Lembra-nos o doutrinador referido no parágrafo antecedente o que se verificou nos Estados Unidos da América do Norte, onde qualquer situação banal é capaz de gerar a imposição de indenizações vultosas, o que acabou deitando reflexos sobre o próprio

¹²⁹ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 150.

¹³⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 1393-1395.

comportamento de toda aquela nação, pois agora as relações sociais norte-americanas são desenvolvidas sob um manto de medo quanto ao que possa acontecer como desdobramento das atitudes mais comezinhas do seu dia-a-dia, como um simples flerte – muitas vezes entendido como assédio sexual –, a advertência a um funcionário – por vezes interpretada como assédio moral –, o ato de receber um amigo do filho em casa – exige-se a assinatura de termo de isenção de responsabilidade em caso de acidente doméstico – e outros que tais¹³¹. Contrata-se seguro para tudo – e em valores cada vez mais altos –, como forma de se contornar as pendências inevitáveis que surgirão e agora, em muitos casos, nem sequer se consegue ajustar uma apólice com uma seguradora, pois estas se negam a tanto quando estão diante de situações em que o oferecimento de ações judiciais é expressivo.

Toda essa problemática não se apresenta em vão ou sem razão. Resulta do fato concreto de que o sofrimento humano é mesmo incapaz de avaliação em dinheiro e justamente por isso o dano moral não comporta reparação, na exata acepção jurídica do termo, pois tal implicaria na reposição do prejudicado em seu estado anterior, o que, conforme ressaltado neste estudo, é realmente impossível no campo do direito extrapatrimonial. Não se consegue realizar perfeita e exata correlação entre os prejuízos havidos e a indenização estabelecida, diante da dificuldade intransponível de valoração precisa do prejuízo imaterial ocorrido.

Segundo Wilson Melo da SILVA¹³², o ressarcimento em dinheiro é modo indireto e imperfeito de composição do dano moral, pois se presta unicamente a permitir acesso a bens ou outras vantagens que tragam ao lesado novas sensações interiores de alegria ou contentamento, de modo a mitigar a sua dor. Trata-se, no seu entender, de simples paliativo inconveniente.

Bem por isso, já foi dito que a indenização dos danos morais não almeja de fato uma recomposição semelhante àquela que acontece na seara dos direitos materiais, onde o levantamento dos prejuízos ocorridos é fácil de ser realizado e permite a reparação na mesma medida, restabelecendo-se o patrimônio lesado de modo completo.

Ao contrário, no campo do dano moral, onde é impossível uma equivalência de valores, pretende-se conseguir unicamente uma compensação capaz de diminuir as conseqüências da dor e dos ressentimentos suportados, viabilizando a obtenção de prazeres e

¹³¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 1394.

¹³² SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 660.

benefícios capazes de ajudar o ofendido na superação respectiva, havendo mera aproximação do ao seu estado anterior ao gravame.

Mesmo porque, cada um sofre de modo diverso diante dos fatos ocorridos em sua vida. As suscetibilidades são distintas e as pessoas encaram os problemas de maneira diferente. Uns sofrem mais do que os outros. Depende dos horizontes de cada um e da exata valoração subjetiva do bem moral tangenciado.

Ademais, os padrões morais dos indivíduos não são iguais e variam de pessoa para pessoa, estabelecendo-se de acordo com o seu nível social, grau de instrução, capacidade econômica e formação religiosa, sofrendo influência inclusive do meio em que vive¹³³. Como afirma Cleyton REIS¹³⁴, o “padrão moral das pessoas é formado por elementos variáveis, em decorrência dos múltiplos fatores de ordem pessoal”. Daí não se poder estabelecer uma regra comportamental e muito menos um padrão de moralidade, o que sempre redundará em ressentimentos diferenciados entre os indivíduos da sociedade diante de cada fato concreto.

Como, então, fixar uma indenização justa? Quais critérios se mostrariam mais adequados para a quantificação do reparo moral? Se não há medida exata para o sofrimento, como se estabelecer uma reparação conveniente e acima de tudo, suficiente?

Essas dúvidas se avultam ainda mais diante da consideração já realizada no sentido de que além do caráter compensatório a indenização do dano moral também assume um aspecto sancionatório, no sentido de que se presta igualmente a punir o agressor, atingindo-o em seu bolso, castigando-o e evitando que volte a incorrer em falta semelhante. É também alerta para a sociedade em geral, impondo-se como um aviso de que não se toleram atos de tal naipe. Bem por isso, o montante do ressarcimento não pode ser irrisório e muito menos desproporcional à falta cometida, sob pena de perder uma de suas finalidades precípuas.

O caráter punitivo, portanto, deve influenciar na busca do “quantum” indenitário, apresentando-se como elemento capaz de majorá-lo. Mas até que ponto e em que grau exato deve se operar a ingerência desse fator no estabelecimento do montante da indenização?

¹³³ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 381.

¹³⁴ REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 91.

Todas essas dificuldades e incertezas no tocante à quantificação do dano moral já foram motivo justamente para que os negativistas bradassem a impossibilidade de indenização da ofensa ao patrimônio imaterial. Agarrados aos problemas suso evidenciados, que servem de emperramento à franca e espontânea apuração do montante indenizatório, diversos doutrinadores defenderam no passado o afastamento, como um todo, à proteção dos direitos da personalidade, optando pelo caminho mais simplista – e totalmente incorreto – para a solução dessa pendência jurídica, adotando o raciocínio de que “como não sei como indenizar, melhor dizer que não há direito a ser protegido”.

É evidente que toda essa problemática assume contornos delicados, mas felizmente existem caminhos seguros a serem trilhados e que permitirão o estabelecimento da justa compensação ao lesado, como se verá nos tópicos seguintes do estudo que ora se desenvolve.

3.2 Formas de reparação

Basicamente, a satisfação do dano moral, assim considerada na sua forma lata, pode se operar por dois modos distintos, quais sejam, através da reparação “in natura” ou por intermédio da reparação pecuniária, que serão empregadas conforme a viabilidade jurídica e material de cada caso concreto.

A reparação natural consiste em fórmula de composição não-econômica do dano moral em que, dissociando-se do repasse de qualquer numerário, restringe-se à prática de atos ou ações que almejam resgatar o direito da personalidade ou o atributo da pessoa atingido.

De uma maneira geral, a reparação “in natura” ocorre notadamente nos casos de ofensas contra a honra, mas pode se estabelecer em todas as hipóteses em que exista previsão legal expressa ou que deflua implicitamente do ordenamento jurídico em vigor.

Assim, se efetiva esse modo de solução, *v.g.*, mediante o oferecimento de retratação inequívoca pelo faltoso, difusão de desmentido, publicação de retificação de notícia inexata, ou divulgação de resposta elaborada pelo lesado, nos casos previstos nos artigos 29 e 30 da Lei nº 5.250/67. Também se opera nas hipóteses contidas nos artigos 126 e 108, das Leis nºs 5.988/73 e 9.610/98, respectivamente, através da republicação de obra constando o

nome do verdadeiro autor. Outro exemplo consiste nos casos de publicidade enganosa ou abusiva, quando o artigo 60 da Lei nº 8.078/90 impõe a divulgação de contrapropaganda. A publicação de sentença condenatória (artigo 68 da Lei nº 5.250/67 e artigo 78 da Lei nº 8.078/90) e a propagação de reclamações contra fornecedores (artigo 44 da Lei nº 8.078/90) servem igualmente como modelos de solução natural do dano extrapatrimonial¹³⁵. O fornecimento de carta de boa referência e a realização de matrimônio por vezes se adequam a essa mesma modalidade reparatória¹³⁶.

Os doutrinadores, quase que à unanimidade, denotam que a reparação “in natura” é a melhor fórmula para atingir a compensação do dano moral, devendo consistir na opção prioritária sempre que possível, na medida em que se presta a viabilizar maior satisfação íntima ao ofendido. Inclusive Wilson Melo da SILVA¹³⁷ chega ao extremo de afirmar que dificilmente o homem comum optaria por receber dinheiro se pudesse reparar de forma natural o dano imaterial suportado.

De qualquer modo, é forçoso denotar que nem sempre a reparação “in natura”, escoteira, serve para compensar a ofensa moral ressentida, permitindo um apagar completo do passado de efeitos lesivos. E em tais hipóteses absolutamente nada impede a sua cumulação com a reparação pecuniária, podendo ser as duas formas ressarcitória empregadas conjuntamente a fim de viabilizar a mais completa reposição possível dos danos havidos, tal como preconizado por Antônio Jeová SANTOS¹³⁸.

É o que se constata, por exemplo, quando a despeito da publicação de resposta à notícia desairosa, esta já se espalhou de tal modo e feriu tão profundamente a honra do ofendido que a sua versão dos acontecimentos divulgada no mesmo periódico não é suficiente para resgatar a imagem abalada. Mesmo porque, a infâmia cala muito mais fundo na memória das pessoas do que a retratação correspondente.

Ademais, existe expressa previsão a esse respeito no artigo 5º, inciso V da Magna Carta, onde restou consignado que ao ofendido cabe “direito de resposta, proporcional ao agravo”, sem prejuízo da “indenização por dano material, moral ou à imagem”, o que,

¹³⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 811-812.

¹³⁶ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 78.

¹³⁷ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 660.

¹³⁸ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.155.

evidentemente, abarca a possibilidade de concomitante solicitação de reparação pecuniária, somando-se-a à reparação “in natura”.

Bem por isso, não se pode compactuar com a posição abraçada por Wilson Melo da SILVA, o qual argumenta que somente teria cabimento a compensação econômica quando não se mostrasse possível a reparação não-pecuniária, cuidando-se de forma subsidiária de composição dos danos morais¹³⁹.

E tampouco se pode concordar com Mirna CIANCI¹⁴⁰, quando acrescenta aos ditames do doutrinador referido no parágrafo antecedente a afirmação de que ao credor da reparação civil nem mesmo é dado escolher entre a reparação pecuniária e a natural. Ocorre que justamente à vítima cabe indicar qual a forma que melhor lhe convém para a compensação desejada, não se enxergando aí qualquer abuso de direito e muito menos fomentação à tão decantada “indústria da indenização do dano moral”.

Por outro lado, como visto, a reparação do dano moral pode ser realizada em pecúnia, hipótese em que o numerário estabelecido não terá a finalidade de propiciar integral satisfação do dano; muito menos objetivará lançar o ofendido em seu estado anterior; tampouco buscará refazer o patrimônio da vítima.

De forma diversa, em havendo lesão ao patrimônio imaterial o repasse de dinheiro efetivado pelo agressor em prol do agredido como verba indenitária pretende simples satisfação, ou melhor, presta-se apenas a compensar este último pelos ressentimentos suportados, servindo como um lenitivo para minimizar a sua dor e sofrimento.

Ainda, sobre o tema, interessante e oportuna se mostra a lição de Américo Luís Martins da SILVA¹⁴¹, o qual esclarece que a reparação do dano moral pode se realizar sob as formas legal, convencional ou judicial.

Como explica o mestre em referência, a reparação legal é aquela que se estabelece segundo os critérios constantes expressamente em lei, sendo que as normas impostas delimitam a forma de se liquidar o dano resultante, podendo ocorrer tanto do modo natural como pecuniário.

¹³⁹ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 663.

¹⁴⁰ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 80-81.

¹⁴¹ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 383-384.

Prosseguindo, dá conta de que a reparação convencional é aquela que se efetiva mediante transação entre os envolvidos, os quais conseguem evitar ou interromper o litígio através de concessões mútuas e assim chegam a um ponto de convergência no tocante à forma de solução da celeuma, indicando por sua própria vontade a maneira que lhes convém para a satisfação dos danos havidos e o eventual “quantum” correspondente.

Finalmente, o doutrinador em apreço menciona que a reparação judicial é aquela que se verifica quando inexistente consenso entre ofensor e ofendido, os quais refutam as formas de liquidação previstas em lei e não conseguem se harmonizar mediante acordo, hipótese em que o Estado-Juiz será instado a resolver a pendência por meio de ação judicial proposta pelo interessado, restando-lhe fixar o “quantum debeatur” através de arbitramento.

De fato, o artigo 946 do Código Civil em vigor é claro ao dispor que sempre que a obrigação se apresentar indeterminada e inexistir disposições específicas para a sua quantificação – o que é o caso em geral dos danos morais – a apuração do montante atinente aos danos ocorrerá na forma da lei processual, o que na hipótese em comento implica na incidência das regras contidas nos artigos 475-C a 475-H do Diploma Adjetivo Civil, que correspondem ao procedimento de liquidação por arbitramento.

A interferência judicial quase sempre é o único caminho possível para a solução dessas pendências e na grande maioria das vezes, diante da exigüidade de regras objetivas, resta aos magistrados arbitrar os valores indenitários de forma equitativa, tomando por base as circunstâncias próprias de cada caso e valendo-se para tanto, ainda, de bom senso, prudência, proporcionalidade e razoabilidade na busca por uma solução justa e adequada. Sobre esse tema, porém, nos debruçaremos adequadamente mais adiante.

3.3 Critérios de fixação do “quantum” indenitário

No universo doutrinário não existe até hoje consenso sobre qual seria o sistema ideal capaz de nortear a fixação do ressarcimento por prejuízos advindos da lesão ao campo dos direitos imateriais do indivíduo. Aqueles que se dedicam ao estudo acerca do tema se digladiam entre apontamentos diversos e questionamentos variados, cada qual defendendo seu ponto de vista e indicando defeitos e óbices às teses rivais, não chegando, por isso mesmo, a

um consenso sobre qual seria o melhor critério para a determinação do montante destinado à compensação dos danos morais.

Diante disso, e porque a doutrina exerce influência indireta na criação da lei, alguns diplomas legais vieram a lume apresentando tabelamentos vinculativos e critérios específicos para liquidação, porém, outros tantos dispensaram pormenores nesse sentido, deixando os operadores do direito sem uma bússola segura a conduzi-los ao longo desse caminho pantanoso. Tudo isso somente tem agravado ainda mais a instabilidade que grassa em torno deste instituto, gerando mais dúvidas e discussões.

Três são os sistemas orientadores postos em confronto, sobre os quais passaremos a discorrer nas linhas subseqüentes, quais sejam, o fechado, o aberto e o híbrido.

O sistema fechado, também conhecido como tarifado, deve ser entendido como aquele que pretende estabelecer um bitolamento ao julgador, tolhendo a sua liberdade de definição do “quantum” indenitário, na medida em que o vincula aos limites previamente fixados em textos normativos ou na jurisprudência. Assim, o magistrado ficaria abstraído de qualquer discricionariedade, lhe sendo dado apenas atuar nas raias estreitas impostas na lei. No dizer de Rui STOCO¹⁴², aqui “os valores são predeterminados pela lei ou pela aplicação da analogia e da integração analógica”.

Em outras palavras, segundo escólio de Antônio Jeová SANTOS¹⁴³ o processo de tarifação consistiria justamente na estipulação legal de um piso mínimo e de um teto máximo para hipóteses específicas de lesões ao patrimônio imaterial, sendo que esse balizamento se apresentaria de modo inflexível e atrelaria o magistrado aos valores impostos sempre que pretendesse arbitrar um ressarcimento em um caso que se adequasse à previsão estatutária.

Como esclarece Robinson Bogue MENDES¹⁴⁴, o sistema tarifado emprega o método objetivo, em face do qual a avaliação é realizada de forma abstrata, pois ao juiz é dado unicamente aplicar aos casos concretos os valores constantes das tabelas disponibilizadas pela lei ou pela jurisprudência, valendo-se para tanto dos elementos preconizados, não lhe sendo dado se afastar desses critérios de forma alguma.

¹⁴² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 1400.

¹⁴³ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 166.

¹⁴⁴ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar: critérios de fixação do *Quantum***. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000. p. 171-172.

Os defensores desse sistema fechado alegam que a maior justificativa para o seu emprego consistiria no fato de que todos saberiam com antecedência qual seria o valor provável do ressarcimento, facilitando a formulação de pleitos indenitários pelos advogados e a prolação de sentenças pelos juízes.

Ademais, os que se agradam com este processo tarifário dizem que o mesmo traz seriedade ao instituto do dano moral, na medida em que confere a todos segurança jurídica ao retirar dos magistrados o poder de decidir livremente sobre o montante do ressarcimento, impedindo a ocorrência de excesso de subjetivismo e afastando de modo definitivo a chamada variação indenizatória. Dessa forma, argumentam, haveria inclusive maior sensação de tranquilidade para a sociedade em geral, porque não mais estariam sujeitados “aos humores e tendências pessoais de cada juiz”¹⁴⁵. Igualmente argumentam que ocorreria padronização das condenações, o que atenderia ao princípio constitucional da isonomia.

Apesar desses apontamentos benéficos, as críticas ao sistema fechado são contundentes, afetando visceralmente a aceitabilidade respectiva. Com a devida vênia daqueles que o abraçam, esta não parece realmente ser a melhor solução.

De fato, a maior consideração contrária diz respeito à realidade de que a tarifação acarreta o apontamento de solução idêntica para casos semelhantes, sem levar em conta as particularidades que dizem respeito a cada caso concreto. O procedimento de barreiras tarifadas não avalia os “elementos característicos da subjetividade das partes envolvidas no litígio”¹⁴⁶. É Wilson Melo da SILVA que, através de dúvidas formuladas¹⁴⁷, acaba esclarecendo que as dores não são idênticas e por isso não podem ser colocadas no mesmo patamar, sendo sempre de rigor a análise do conjunto complexo de valores subjetivos,

¹⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil. *Revista Síntese de Direito Civil*, Porto Alegre, v. 12, p. 14, jul./ago. 2001.

¹⁴⁶ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar**: critérios de fixação do *Quantum*. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000. p. 175.

¹⁴⁷ O autor apresenta vários questionamentos que conduzem a um raciocínio seguro no sentido de que a tarifação acaba se mostrando injusta ao equiparar fatos e situações que não são iguais, mas apenas semelhantes entre si. Estas as suas perguntas: “Por que, uniformemente, para a morte de um pai, tantos francos e tantos outros para morte de um filho? Acaso as dores são sempre idênticas? Porventura não intervêm, em cada hipótese singular, uma série, complexa, de fatores subjetivos e anímicos, variáveis de pessoa a pessoa? Não é certo que determinados fatos produzem em cada ser reações diferentes? Não há pessoas dotadas de maior ou menor sensibilidade, de maior ou menor ressonância espiritual? E não há mortes que, em dadas circunstâncias, devem, à evidência, ocasionar mais traumatismos morais que muitas outras, ocorridas em situações mais ou menos normais? (SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 669-670).

que variam de pessoa a pessoa, para chegar à justa fixação indenitária, que será distinta, única e própria para cada situação específica.

Outro argumento oposicionista destaca que a tarifação viola o princípio da equidade, pois a limitação imposta pela pauta de valores reduz a capacidade do magistrado para fazer justiça no caso concreto, na medida em que o impede de se aproximar do que seria justo e equânime nas hipóteses que merecem considerações diferenciadas¹⁴⁸.

Alega-se, também, que por mais extensa e completa que seja a tábua tarifária, a mesma nunca conseguirá abranger todas as situações geradoras de danos morais, notadamente porque as lesões ao patrimônio imaterial podem surgir a partir dos mais variados fatores e acontecimentos. Com isso, sempre existiriam hipóteses que restariam despidas de previsão própria, impedindo a solução com base no sistema posto¹⁴⁹.

Não bastasse, garante-se que a tarifação acaba beneficiando o agressor, na medida em que o mesmo já saberia de antemão o montante aproximado da indenização que deveria pagar e com isso poderia escolher entre a satisfação correspondente e o ataque ao direito protegido. Nesse sentido, Sílvio de Salvo VENOSA¹⁵⁰ denota que o tabelamento implica no risco de se “conceder um salvo-conduto ao ofensor para transgredir a norma”. Arnaldo MARMITT¹⁵¹ inclusive menciona o exemplo de alguém que opte por explorar indevidamente a imagem de um artista famoso, suportando o pagamento do montante tarifado, apenas para conseguir um resultado financeiro muito mais satisfatório e compensador.

Fechando o cerco no combate ao sistema fechado, encontramos também a lição de Antônio Jeová SANTOS¹⁵², o qual assevera que a bitola tarifária bateria de frente com o princípio da indenizabilidade irrestrita do dano moral – decorrente do princípio maior de não lesar (‘neminem laedere’) –, pois implicaria muitas vezes em pagamento de compensação inferior àquela que seria justa para aquela situação específica. Haveria, portanto, autêntica inconstitucionalidade no ato de se colocar balizamento de qualquer espécie à indenização do dano moral.

¹⁴⁸ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral**: problemática: do cabimento à fixação do *Quantum*. São Paulo: Juarez, 2004a. p. 167.

¹⁴⁹ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar**: critérios de fixação do *Quantum*. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000.

¹⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4. p. 285.

¹⁵¹ MARMITT, Arnaldo. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 228.

¹⁵² SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 169-174.

O mestre mencionado no parágrafo antecedente nos lembra, com a clareza que lhe é peculiar, que o nosso ordenamento jurídico impõe a reparação integral dos prejuízos e tal regra se mostraria totalmente avessa à imposição de limites máximos de indenização. A satisfação plena, garante, somente se mostra possível quando se consegue atender à indispensável correlação entre a gravidade do ato perpetrado, a intensidade do dano causado e a imposição da indenização pecuniária.

No mesmo sentido converge a dicção de José de Aguiar DIAS¹⁵³, para quem nunca se poderá abandonar a regra que envolve a reparação como “restitutio in integrum”, devendo, por isso mesmo, ser a mais completa possível.

Passemos agora à análise do sistema aberto, que é aquele que se mantém desprendido de qualquer forma de subjugação a critérios rígidos ou a limitações, conferindo ao juiz ampla liberdade para fixar o montante destinado a compensar o dano moral ocorrido, segundo o seu prudente arbítrio. O arbitramento, portanto, é da essência desse processo de quantificação, restando o montante ressarcitório estabelecido consoante a sensibilidade do magistrado.

Segundo Robinson Bogue MENDES¹⁵⁴, o procedimento aberto emprega o método subjetivo, por conta do qual a avaliação é realizada de forma concreta. Tal significa dizer que o magistrado deve analisar detalhadamente cada caso específico, identificando os seus elementos formadores próprios (extensão do dano, grau de sofrimento da vítima e condições econômicas dos envolvidos), para então estipular o “quantum debeatur” conforme a sua livre convicção e o seu exclusivo e único julgamento.

Nesse sistema, portanto, a figura do juiz assume especial relevo e notória importância, pois se deposita em suas mãos uma carga extrema de discricionariedade e arbítrio, assumindo total preponderância o seu entendimento particular, o seu tirocínio e as suas considerações pessoais.

Os que defendem esta forma de quantificação do dano moral alegam que é o meio mais eficiente de se viabilizar uma solução justa para as partes, já que o magistrado tem condições de apreciar adequadamente todos os componentes individualizadores do fato

¹⁵³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2. p. 780.

¹⁵⁴ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar: critérios de fixação do *Quantum***. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000. p. 171-172.

concreto ocorrido e dos sujeitos envolvidos, fixando a final o montante do ressarcimento com propriedade, especialidade e proporcionalidade.

Também denotam os que são simpáticos ao sistema aberto que o magistrado é pessoa talhada para a tarefa, posto que afeito a proceder a juízo de valores, sendo dotado de sensibilidade suficiente, equilíbrio adequado e prudência esperada, requisitos pessoais estes que por certo o conduzem no mais das vezes à realização de justiça em prol do lesado.

Até porque, segundo escólio de Arnaldo MARMITT¹⁵⁵, na seara da compensação do dano moral a inexatidão e a imprecisão são da sua essência, inexistindo equivalência rigorosa entre o “quantum” indenitário e a ofensa praticada. Por isso a interferência do arbítrio judicial seria o único modo de se chegar a uma decisão justa e equânime.

De qualquer modo, o que mais assombra aos opositores desse sistema é o excesso de liberdade que se confere aos juízes, pois haveria, em tese, perigo do julgador agir de modo arbitrário¹⁵⁶.

Além disso, embora Antônio Jeová SANTOS¹⁵⁷ mostre-se favorável ao livre desempenho do prudente arbítrio do juiz – o qual entende que nunca deverá ser afastado –, obtempera que mesmo não sendo arbitrário e ainda que agindo de modo cauteloso e comedido, o magistrado em seus julgamentos jamais atuará de forma totalmente neutra, pois sempre interferirá nas decisões os elementos íntimos que lhe são próprios, tais como aspectos de sua personalidade, da sua formação cultural, familiar e religiosa, bem como nuances de seus critérios morais. O que se verificaria na espécie é o estabelecimento da denominada teoria egológica do Direito, criada por Carlos Cossio, segundo a qual nos julgamentos o magistrado nunca é neutral.

Ora, exatamente por isso o mestre em questão destaca que a tendência resultante dessa amplitude desmedida da liberdade de arbitramento é a ocorrência cada vez

¹⁵⁵ Importante nesse sentido a lição do mestre referido, que aponta o arbítrio como condição indispensável para uma solução justa. Estes são os seus dizeres: “De lembrar a contingência da justiça humana, o fato de que na aplicação da lei sempre há parcela de arbítrio, e que o setor da reparação moral, talvez mais do que em qualquer outro, a balança da justiça é mais falha. Com uma balança assim, inexata, não matemática, não cientificamente correta, muitas vezes não terá condições de atender ao ‘suum cuique tribuere’, sem interferência do seu arbítrio. Não basta dar uma decisão. O importante é que seja uma decisão justa. E isso ele deve perseguir com afincamento e perspicácia, ainda que os meios postos à sua disposição para obter esse ‘desideratum’ sejam precários e inadequados” (MARMITT, Arnaldo. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 229, destaque do autor).

¹⁵⁶ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar: critérios de fixação do Quantum**. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000. p. 189.

¹⁵⁷ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 153-154.

maior de decisões desencontradas e díspares, desaguando no que logrou intitular de “anarquia judicial” em torno do dano moral, o que seria de todo inconveniente e inadequado para a estabilidade do Direito. E alerta para a realidade de que até entre Câmaras de um mesmo Tribunal casos semelhantes chegam a resultados totalmente diversos porque se valem de critérios distintos e pontos de vista pessoais.

Aliás, boa parte dos doutrinadores modernos defendem a manutenção do arbítrio prudencial, mas apontam a necessidade de o desempenho correspondente se estabelecer conforme o norteamento de regras objetivas claras e até mesmo sujeitando-se a balizamentos tarifários mais amplos, propagando a idéia de que um sistema conjugado seria o ideal. É o que se verá a seguir.

De todo modo, não se pode perder de vista que mesmo os puristas, ou seja, aqueles que pregam o sistema aberto segundo a sua construção doutrinária original, ou seja, isento de vinculações a critérios rígidos ou pauta de valores, não deixam de recomendar que para a fixação do “quantum” compensatório deverá o magistrado sempre considerar as condições pessoais dos envolvidos, sopesando a posição social e cultural do ofensor e do lesado, pois daí decorre a aferição da própria gravidade do dano moral e de sua repercussão. E para tanto, se faria mister visualizar a figura do chamado homem médio (‘homo medius’), que seria aquele de sensibilidade ético-social normal¹⁵⁸, ou melhor, consistiria no homem de sensibilidade comum, distanciando-se daqueles exageradamente empedernidos e dos que se mostram excessivamente passionais¹⁵⁹.

Aliás, além da suso mencionada atenção às condições pessoais dos envolvidos, os puristas também recomendam ao julgador a consideração de outros parâmetros, tais como o sopesamento da gravidade da lesão, a avaliação da repercussão do ato ofensivo, o potencial econômico do lesante, bem como as demais circunstâncias fáticas envolvidas no evento lesivo, sem o que, não seria possível estabelecer um resultado adequado, fixando-se um valor capaz de compensar o sofrimento da vítima e de punir o autor da atividade agressora¹⁶⁰. Há

¹⁵⁸ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.p. 384.

¹⁵⁹ O mestre Wilson Melo da Silva descreve o homem médio como sendo o “tipo médio do homem sensível de cada classe, seria o daquele cidadão ideal que estivesse a igual distância do estóico ou do homem de coração seco de que fala Ripert, e do homem de sensibilidade extrema e doentia. E isto porque, se certo é que existem os indiferentes, não menos verdade é, também, que o tipo usual do exagerado, do extremamente sensível, é bastante enconstrado”. (SILVA, A. L. M., op. cit., p.663).

¹⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 284.

também aconselhamento no sentido de que haja respeito aos princípios da lógica e do razoável¹⁶¹. E ainda existe quem pregue a necessidade de consideração de determinadas premissas, de modo a viabilizar o cumprimento das funções sociais do Direito no instante da fixação do ressarcimento e permitir a obtenção de um resultado justo¹⁶².

Finalmente, o sistema híbrido é aquele que pretende a conjugação dos dois anteriores, pois ao mesmo tempo em que confere ao julgador liberdade para a estipulação do valor destinado à compensação dos danos morais, tal como ocorre no sistema aberto, também impõe limites à sua liberdade de atuação mediante a imposição de tarifas vinculadoras, como se verifica no sistema fechado. Estabelece-se, no dizer de Robinson Bogue MENDES¹⁶³, uma autêntica “quase-vinculação”.

Nessa verdadeira fusão de sistemas iremos encontrar o emprego dos dois métodos mencionados, o objetivo e o subjetivo, conduzindo a um processo de avaliação abstrato e concreto concomitante. Isso significa que o magistrado inicialmente deverá se ater às tabelas previstas no sistema legal próprio e após fazer uma análise objetiva do caso concreto irá fixar uma indenização-base; a partir daí, na busca por um valor justo, o julgador passará à etapa seguinte, procedendo também uma análise subjetiva que lhe permitirá flexibilizar o “quantum” inicial encontrado e para tanto considerará todos os elementos particulares do caso ocorrido, sopesando a extensão do dano, o grau de sofrimento da vítima e as condições econômicas dos envolvidos¹⁶⁴.

¹⁶¹ Nehemias Domingos de Melo lembra ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, o qual bem esclarece o que deve ser entendido como razoável e lógico, dizendo que “razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano” (MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral: problemática: do cabimento à fixação do *Quantum***. São Paulo: Juarez, 2004a. p.171-172).

¹⁶² Arnaldo Marmitt elenca premissas a serem seguidas pelo magistrado no momento da fixação do “quantum” indenitário. São elas: “a) usar bem o seu livre-arbítrio, para encontrar uma indenização equânime e justa para o caso a ele confiado; b) lembrar-se de que o agente é responsabilizado pelo simples fato da violação; c) zelar para que a reparação se constitua em verdadeiro desestímulo para a reiteração de fatos da mesma natureza, ou assemelhados; d) admitir determinados fatores e subsídios como relevantes para a definição do montante indenizatório; e) admitir a cumulação de indenizações por dano moral e dano material, se for o caso; f) admitir alternativas reparatórias, como a submissão do ofensor a prestação de serviços à comunidade, e outras” (MARMITT, Arnaldo. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p.229-230).

¹⁶³ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar: critérios de fixação do *Quantum***. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000. p. 170.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 173.

Muitos doutrinadores entendem que este é o melhor sistema a ser adotado, pois ao mesmo tempo em que o tabelamento oferecido consegue conter a liberdade de atuação indiscriminada do magistrado, impedindo a ocorrência de posturas arbitrárias ou extremistas, também permite uma margem consistente de discricionariedade, viabilizando um arbitramento em espaço limitado. Argumenta-se, também, que dito procedimento tende a padronizar as decisões judiciais, estabilizando o campo jurisprudencial, e diante disso haveria maior segurança jurídica para a sociedade, pois todos saberiam o que esperar em termos de arbitramento provável na hipótese de condenação.

Nesse sentido, Mirna CIANCI¹⁶⁵ argumenta que a análise de ordem subjetiva a ser feita pelo magistrado é imprescindível, mas denota que a concessão de ressarcimento sem qualquer critério estipulado é quase tão injusto quanto negá-lo.

Exatamente por isso, a doutrinadora retro mencionada admite a possibilidade de atuação discricionária por parte do magistrado, mas propõe a adoção de critérios específicos e de uma tabela – elaborada com base em decisões jurisprudenciais – como elementos imprescindíveis que deverão ser respeitados pelo julgador no instante do arbitramento do montante indenizatório, tudo de modo a delimitar o campo de desenvolvimento da sua livre convicção. Afirma que essa é a única forma de se conferir maiores garantias para a coletividade e de proteger o instituto do dano moral, chegando a elaborar uma interessante minuta de projeto de lei no qual disponibiliza elementos para nortear o prudente arbítrio do juiz e exhibe pauta de valores – com indicação de limites mínimos e máximos para cada tipo de situação que possa gerar danos morais – para bitolar os limites de sua atuação¹⁶⁶.

Por sua vez, Cláudio Antônio Soares LEVADA¹⁶⁷ sem se desprender da necessidade do arbitramento judicial, sugeriu nova redação ao artigo 1553 do Código Civil de 1916, então em vigor, preconizando a inserção em seu texto de critérios norteadores extraídos do Código Civil do Peru, do artigo 59 do Código Penal e também do artigo 84 do Código de Telecomunicações, estipulando, também, um limite mínimo e máximo (de um a quinhentos salários mínimos) de caráter geral, para prevalecer em todas as hipóteses de indenização de dano moral, pouco importando a sua origem ou natureza.

¹⁶⁵ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 129.

¹⁶⁶ Ibid., p. 129-132, 140-143.

¹⁶⁷ LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Liquidação de danos morais**. 2. ed. Campinas/SP: Copola, 1997. p. 74-76.

O doutrinador Rui STOCO¹⁶⁸, embora se apresente como partidário do sistema tarifado, em verdade adere, isto sim, ao procedimento híbrido, pois declara expressamente que as margens mínimas e máximas do tabelamento devem ser estabelecidas em limites mais dilargados, justamente para permitir a atuação do julgador com certa liberdade e discricionariedade ao fixar o valor da indenização.

Deparamos ainda com a posição de Américo Luís Martins da SILVA¹⁶⁹, o qual igualmente advoga a realização de arbitramento judicial sob o efeito de regras e parâmetros, propugnando por especial atenção, primeiramente, para a realidade econômica do ofensor, e apenas depois para outros elementos informadores, tais como intensidade do sofrimento do ofendido, repercussão da ofensa, grau do dolo ou da culpa e extensão do dano. E acrescenta que a fixação de piso mínimo e teto máximo seria imprescindível para coibir abusos e excessos por parte do julgador, bem como o enriquecimento ilícito do ofendido e, sobretudo, para evitar que a condenação se torne inócua por atingir nível acima da capacidade econômica do agressor, inviabilizando a execução correspondente.

Alguns textos legais foram elaborados sob a influência do sistema híbrido, conferindo ao magistrado discricionariedade para a quantificação do dano moral, mas, ao mesmo tempo, desdobrando-se em limitações a essa liberdade com base em critérios vinculativos de ordem geral e também com fulcro em tarifação de valores.

Dita realidade constou, *v.g.*, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), o qual dispôs em seu artigo 84 o regramento a ser seguido pelo julgador na busca pelo “quantum debeatur”. Confira-se, “*in verbis*”, o seu teor:

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

Além disso, no artigo 8º, §1º daquele diploma legal foi imposto um teto, mínimo e máximo, para servir de bitola ao livre arbítrio do juiz, estabelecendo que a indenização dos danos extrapatrimoniais nos casos referidos naquele código deveria

¹⁶⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 1400.

¹⁶⁹ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 386-389.

permanecer entre os limites de cinco a cem vezes o montante do salário mínimo em vigor. Há previsão, também, para duplicação da verba indenizatória em casos de reincidência, pelo ofensor, nos ilícitos contra a honra, e também se o ato afrontoso à honra for realizado contra grupos econômicos ou em detrimento dos interesses nacionais.

Outro exemplo a ser mencionado é o da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), com as devidas alterações inseridas pela Lei nº 7.300/95, onde, da mesma forma, conferiu-se liberdade restrita ao magistrado para a fixação dos danos morais decorrentes de lesões realizadas pelas empresas jornalísticas e por aquelas que exploram serviços de radiodifusão, televisão e agenciamento de notícias, bem como pelas empresas cinematográficas.

Nesse sentido, em seu artigo 53 foram consignados os seguintes critérios para o devido balizamento do arbítrio judicial no instante do arbitramento da indenização do dano extrapatrimonial, “in verbis”:

Art. 53 – No arbitramento da indenização, em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

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

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

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

E o diploma legal em análise também determinou que a flexibilização conferida com base nos critérios acima dispostos deveria de qualquer forma permanecer limitada, nas hipóteses de ação culposa, ao patamar máximo de 20 salários mínimos para o jornalista profissional que concorrer para o dano (artigo 51) e de 200 salários mínimos para a empresa que explora o meio de informação ou divulgação (artigo 52).

Não se pode perder de vista também o Projeto de Lei Federal nº 150/99, o qual se propõe a conferir amparo ao patrimônio moral das pessoas físicas e jurídicas, estabelecendo que para a quantificação da verba compensatória o juiz deveria considerar o teor do bem jurídico protegido, os reflexos pessoais e sociais da ofensa, a extensão e duração

dos efeitos da agressão e a possibilidade de superação das seqüelas. Ademais, ficaria o magistrado adstrito a três níveis de gravidade da ofensa (leve, média ou grave), sendo que para cada grau haveria um patamar máximo limitador¹⁷⁰.

Ainda, Nehemias Domingos de MELO¹⁷¹ faz referência ao Projeto de Lei nº 3.829, de autoria do então Deputado Armando Falcão, no qual estava previsto um critério propiciador da fixação de um montante inicial básico e a partir de então se empregaria um multiplicador estabelecido que permitisse chegar ao montante final a ser estipulado na sentença.

Portanto, como visto as orientações doutrinárias e legais existentes evidenciam que o sistema híbrido realmente é o que se apresenta da forma mais equilibrada e autoriza uma maior confiabilidade na atuação judicial, no que tange ao arbitramento do dano moral, além de conferir, inegavelmente, a tão decantada segurança jurídica que todos esperam.

Não obstante isso, pregamos a utilização de uma fórmula variada do procedimento misto, a qual pode ser denominada de sistema de regulação, onde embora prevaleça a utilização de critérios norteadores para a quantificação da verba compensatória, abandona o emprego de qualquer tipo de tabelamento ou de imposição de limites mínimos ou máximos. Em capítulo próprio será destrinchado o tema.

3.4 Normas aplicáveis

Conforme já exposto em momento anterior neste trabalho, a indenizabilidade do dano moral hoje encontra acento seguro na própria Constituição Federal, notadamente em seu artigo 5º, incisos V e X, onde existe expressa referência à proteção do patrimônio

¹⁷⁰ “Artigo 7º - Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa. §1º - Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a sr paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis: I – ofensa de natureza leve – até vinte mil reais; II ofensa de natureza média – de vinte mil a noventa mil reais; III – ofensa de natureza grave – de noventa mil reais a cento e oitenta mil reais. §2º - Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta ainda a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa 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.”

¹⁷¹ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral**: problemática: do cabimento à fixação do *Quantum*. São Paulo: Juarez, 2004a. p. 166.

imaterial das pessoas e a orientação clara no sentido de que sempre que houver ofensa ao mesmo a reparação respectiva será de rigor.

Ademais, acabou se disseminando na doutrina e na jurisprudência a idéia de que o rol de interesses descritos nos dispositivos constitucionais referidos no parágrafo antecedente não é taxativo, ficando sedimentada a conclusão de que absolutamente todos os direitos da personalidade e também qualquer um dos atributos da pessoa estão contidos no campo de proteção mencionado, merecendo idêntico amparo.

No entanto, nenhuma regra específica ou critério adequado acerca da quantificação do dano moral ficou consignado naqueles ditames da Lei Maior, restando evidenciado que ao regramento infraconstitucional teria sido delegada essa responsabilidade.

Acontece que o Código Civil que vigorava na época do advento da Magna Carta de 1988 se mostrava despido de normas claras acerca do dano moral, muito embora a interpretação de algumas delas conduzissem à aceitabilidade correspondente.

Assim, quando no artigo 159 do diploma substantivo civil de 1916 constava que todo aquele que causasse prejuízo a outrem por conta da prática de um ato ilícito estava obrigado a reparar o dano causado, o termo “dano” devia ser entendido na sua forma mais ampla e abrangente, compreendendo, por isso mesmo, também o dano de natureza moral.

Como observa Robinson Bogue MENDES¹⁷², a interpretação daquele dispositivo não poderia ser diferente, comportando entendimento amplo e extensivo, pois “[...] não é dado ao intérprete restringir o que a Lei não restringe”.

Outrossim, no Código Civil de 1916 encontrávamos outros artigos evidenciadores do amparo ao dano moral: a) artigo 1537, inciso I¹⁷³, onde estava imposto o dever de indenização referente ao “luto da família” nas hipóteses de homicídio, o que nada mais era do que a inequívoca previsão de ressarcimento ao prejuízo extrapatrimonial; b) artigo 1538, §2º¹⁷⁴, que estabelecia a imposição de um dote em favor de mulher solteira ou viúva, ainda em condições de casar, que restasse com aleijão ou deformidade, o que se tratava na

¹⁷² MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar**: critérios de fixação do *Quantum*. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000. p.100.

¹⁷³ Artigo 1537 do Código Civil de 1916: “A indenização, no caso de homicídio, consiste: I – no pagamento das despesas da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia”.

¹⁷⁴ Artigo 1538, §2º do Código Civil de 1916: “[...] §2º - Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.”

verdade de compensação por dano estético; c) artigo 1543¹⁷⁵, no qual havia destaque para a substituição da coisa perdida pelo seu preço ordinário e pelo de “afeição”, o que, mais uma vez, envolvia indiscutivelmente o dano moral; d) artigo 1547, “caput”¹⁷⁶, que ordenava a indenização do dano resultante de injúria e calúnia, inegavelmente pretendia a compensação dos prejuízos de ordem moral decorrentes de ofensa à honra.

Não obstante isso, dentre todos aqueles dispositivos mencionados o único que continha critérios inequívocos destinados a nortear a quantificação do dano moral era o artigo 1.547, em cujo parágrafo único¹⁷⁷ estava anotado que a indenização nos casos de injúria ou calúnia equivaleria ao dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.

Com o advento do novo Código Civil em 2002 a situação não melhorou, pois muito embora do teor dos artigos 186 e 927 não mais resulte nenhuma dúvida no tocante à reparação de todo dano causado à esfera moral de alguém, os critérios para a quantificação da verba indenitária correspondente se tornaram ainda mais rarefeitos, pois agora o legislador optou apenas por relegar ao juiz a sua fixação equitativa, mediante arbitramento (artigos 944 e 953, parágrafo único), mesmo nas hipóteses de injúria, difamação ou calúnia, sem definir absolutamente nenhum sistema orientador específico. Adotou-se, na essência, o sistema aberto de apuração do “quantum debeatur”, na sua expressão mais irrestrita e despida de qualquer critério norteador.

E é justamente dentro desse quadro de escassez normativa que muitos operadores do direito procuraram soluções alternativas e acabaram se espraiando no campo da analogia.

Como é cediço, o sistema de integração analógica não pretende a criação de regras novas, mas apenas se propõe ao aproveitamento daquelas já existentes para a aplicação respectiva a fatos de igual natureza, sempre que para estes inexista norma própria para regulamentá-los. Segundo disposição contida no artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, nos casos em que a lei se mostrar omissa o juiz estará autorizado a decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹⁷⁵ Artigo 1543 do Código Civil de 1916: “Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art. 1.541), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avanteje àquele”.

¹⁷⁶ Artigo 1547, “caput”, do Código Civil de 1916: “A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”.

¹⁷⁷ Artigo 1547, parágrafo único, do Código Civil de 1916: “Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1550)”.

Exatamente por isso, muitos passaram a se valer das disposições insertas no artigo 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações, empregando-as mesmo para hipóteses não referentes a danos morais oriundos de divulgações efetivadas por meios de comunicação.

Porém, a jurisprudência nem sempre se manteve afeita a essa extensão analógica e muitas vezes a rejeitou. Além disso, como muito bem observado por Rui STOCO¹⁷⁸, a Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) teria sido parcialmente revogada pelo advento da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), sobretudo no que tange aos dispositivos que se tomavam emprestados por analogia.

De fato, o mestre referenciado é convincente ao dizer que no artigo 81¹⁷⁹ da Lei nº 4.117/62 estava destacado que a reparação por dano moral teria cabimento apenas nos casos em que a calúnia, difamação ou injúria tivesse restado cometida por meio de radiodifusão. No entanto, a Lei nº 5.250/67 se propõe a impor proteção ao dano moral nas mesmas hipóteses daquele outro diploma legal¹⁸⁰, além de outras, e em seu artigo 4º, §4º estende os seus ditames para todas as empresas que exploram serviços de radiodifusão, televisão e o agenciamento de notícias. Dessa forma, conclui, sendo esta lei mais recente e mais abrangente, tendo apresentado “novos parâmetros indenizatórios” (artigos 51 e 52 da Lei nº 5.250/67), as suas regras devem prevalecer, restando revogadas as pretéritas (artigos 81 e 84 da Lei nº 4.117/62).

Assim sendo, desde o surgimento da Lei de Imprensa não mais se mostrava viável o emprego analógico do artigo 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações, posto que a analogia somente se mostra possível diante de regras válidas e ainda pulsantes no sistema legal.

Outros tantos operadores do direito sugeriam a utilização analógica das normas contidas na Lei de Imprensa, a qual fixa em seus artigos 49 a 57 diversos critérios a serem observados por ocasião do arbitramento do dano moral, inclusive com tabelamento específico para o caso de ofensas decorrentes de culpa “*stricto sensu*”.

¹⁷⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.1027.

¹⁷⁹ “Artigo 81 – Independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por este, solidariamente, o ofensor, a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele”.

¹⁸⁰ “Artigo 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar: I – os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, ns. II e IV, no art. 18 e de calúnia difamação ou injúrias; II – os danos materiais, nos demais casos”.

No entanto, nascida durante o regime de exceção, a Lei nº 5.250/67 vem sofrendo diversas críticas e intenso repúdio, notadamente por conter forte conotação de cerceamento à liberdade de imprensa. Propugna-se, assim, sob diversas óticas, a inconstitucionalidade correspondente, chegando ao ponto de hoje estar em trâmite uma ação perante o Supremo Tribunal Federal visando o reconhecimento de sua afronta à Lei Maior. E na demanda em questão inclusive foi prolatada no dia 21.02.08 magnífica decisão concessiva de liminar, da lavra do Ministro Carlos Ayres Britto, através da qual restaram suspensas todas as ações e decisões judiciais no País versando sobre artigos seus.

Portanto, também a emprego desse diploma legal em processo analógico não mais se mostra um porto seguro mesmo para aqueles que a admitiam.

Outras leis em vigor em nosso ordenamento jurídico também contêm previsão de amparo ao dano moral, tal como o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65)¹⁸¹, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)¹⁸² e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)¹⁸³. Todas elas, porém, se mostram imprestáveis para a utilização em procedimento de extensão analógica, pois nenhuma delas contém regras ou critérios orientadores para fins de arbitramento de indenização.

Esse é o panorama complicado com o qual nos deparamos, no qual a incerteza, a dúvida e a inexactidão têm sido a tônica que envolve, tal como uma bruma cerrada, o campo normativo da quantificação do dano moral, o que se presta apenas a aumentar cada vez mais a responsabilidade dos juízes no processo de quantificação do dano moral.

¹⁸¹ De forma expressa, o Código Eleitoral prevê em seu artigo 244, §§ 1º e 2º a possibilidade de indenização por danos morais na hipótese de crimes contra a honra.

¹⁸² Em seus artigos 15 e 17 existe previsão protetiva ao patrimônio imaterial do menor nos seguintes termos: “Art. 15 - A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”; “Art. 17 – O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

¹⁸³ Nos incisos VI e VII do artigo 6º foi realizado destaque de garantia ao dano moral em prol do consumidor, alçando o mesmo à condição de direito básico seu: “Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: [...] VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

3.5 Lastro jurisprudencial.

Como é sabido, a jurisprudência se apresenta como uma importante fonte complementar de direito, atuando de modo subsidiário à lei, posto que esta última não tem condições de prever e normatizar todas as “experiências multifárias” decorrentes das relações interativas da sociedade, notadamente porque a vida é dinâmica e sofre modificações freqüentes por conta de fatores diversos, assim, por tal motivo a atuação do intérprete se mostra primordial para adequar o fato concreto à norma posta¹⁸⁴.

A jurisprudência é construída justamente a partir da apreciação reiterada de casos trazidos às barras dos Tribunais e corresponde à consolidação dos posicionamentos e tendências dos julgadores sobre determinado tema¹⁸⁵.

Exatamente por isso, em campos específicos do Direito onde ocorre a escassez normativa, tal como se estabelece no âmbito dos danos morais, a jurisprudência assume especial relevância e se apresenta como elemento importante para o norteamento da avaliação do “quantum” indenitário.

De fato, os precedentes judiciais estabilizados sob o manto jurisprudencial se apresentam como elementos orientadores valiosos para a utilização comparativa em casos que guardem similitude entre si. Nesse sentido, o magistrado poderá se valer de decisões anteriores dos Tribunais em hipóteses de semelhante jaez, para então melhor quantificar o dano moral no caso concreto a ser apreciado naquele instante.

Em verdade, como aponta de modo clarividente Antônio Jeová SANTOS¹⁸⁶, a jurisprudência atua como autêntica bússola na definição dos valores indenitários do dano moral em situações análogas.

O mesmo mestre retro mencionado apresenta sugestão no sentido de que o Poder Judiciário poderia aproveitar os benefícios decorrentes do processo de informatização pelo qual passa no momento, para elaborar um autêntico “banco de dados” indicativo de valores indenitários admitidos pela jurisprudência, organizando-o por tipos específicos de fatos geradores. E acrescenta que os dados indicativos em questão até mesmo poderiam

¹⁸⁴ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. **Segurança jurídica e jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996. p. 144.

¹⁸⁵ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar**: critérios de fixação do *Quantum*. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000. p. 177.

¹⁸⁶ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.192.

compor autêntica pauta flexível de valores, a qual teria divulgação ampla para emprego em geral pelos operadores do direito em casos afins¹⁸⁷.

Aliás, a elaboração de pauta de valores com base em dados jurisprudenciais é idéia abraçada também por Mirna CIANCI, a qual inclusive incluiu na sua minuta de projeto de lei uma tabela de quantias máximas e mínimas para espécies diversas de danos morais, resultante justamente de elementos obtidos em uma respeitosa pesquisa por ela realizada em repertórios de jurisprudência¹⁸⁸.

No mesmo sentido se posiciona Robinson Bogue MENDES¹⁸⁹, segundo o qual as pautas formadas com lastro jurisprudencial seriam utilizadas no sistema fechado com força vinculativa pelos magistrados e nos sistemas aberto e híbrido as mesmas serviriam como um “parâmetro abstrato” e assim, sem qualquer consequência coercitiva, ajudaria os juízes na determinação de uma indenização-base, a partir da qual dosariam a verba ressarcitória definitiva de acordo com as peculiaridades específicas do caso em apreciação.

De qualquer modo, mesmo sem considerarmos a elaboração de tabelas ou pauta de valores com esteio em dados jurisprudenciais – o que nos parece admissível apenas para fins de norteamento do magistrado, porém, jamais com um escopo vinculativo ou delimitador –, não se pode perder de vista que a atuação dos Tribunais tende a controlar, ou melhor, padronizar os montantes indenitários atinentes a hipóteses semelhantes de danos morais, em uma atividade não direcionada, mas resultante, evidentemente, de uma repetição e sedimentação da forma de pensar dos Desembargadores componentes das Câmaras Julgadoras.

É exatamente o que Mirna CIANCI¹⁹⁰ observa que estaria acontecendo com o Superior Tribunal de Justiça, o qual passou a exercitar um autêntico controle da quantificação do dano moral, tendo criado, segundo a sua ótica, uma verdadeira “tabela” mediante a reiteração de julgamentos apontando sempre valores semelhantes para hipóteses do mesmo naipe.

De qualquer modo, o que se pode concluir sem sombra de desacerto é que a jurisprudência é de fato fonte segura para obtenção de valores básicos para qualquer um dos

¹⁸⁷ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.191-192.

¹⁸⁸ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.131, 141-142.

¹⁸⁹ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar**: critérios de fixação do *Quantum*. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000.p.178.

¹⁹⁰ CIANCI, op. cit., p.129.

sistemas de quantificação existentes e, servindo ou não para a construção de tabelas norteadoras, se presta de todo modo para conceber elementos seguros para a solução de casos similares.

O trato judicial reiterado e consolidado auxilia eficazmente para a padronização dos valores indenitários, afastando os exageros e diminuindo as incertezas, sem interferir significativamente, de qualquer forma, no processo de individualização das condenações, as quais devem sempre atender às circunstâncias especiais de cada caso concreto. Converge, portanto, a Jurisprudência, no sentido de auxiliar no estabelecimento da tão desejada segurança jurídica.

3.6 Elementos influenciadores da quantificação indenitária

Existem alguns fatores que merecem atenção especial da doutrina e da jurisprudência por produzirem inequivocamente efeitos reflexos sobre a quantificação do dano moral, influenciando direta e eficazmente para a majoração ou a mitigação correspondente. Dentre eles, passaremos a analisar a seguir as hipóteses de culpa concorrente, o retardamento temporal significativo no oferecimento da ação de reparação de danos, a intensidade do sofrimento da vítima e a conduta do ofensor.

No que pertine ao primeiro item referido, deve ser observado inicialmente que o “caput” do artigo 944 do Código Civil dispõe de modo expresso no sentido de que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, e não pelo grau de culpa do agente propagador do ato lesivo.

No entanto, já no parágrafo único¹⁹¹ daquele mesmo artigo 944 existe regra que impõe a redução equitativa da indenização sempre que se verificar a existência de desproporção considerável entre o dano e a gravidade da culpa.

Portanto, se é certo que o elemento “extensão do dano” é o fator primordial para a fixação do “quantum” indenitário, não é menos correto que o requisito culpa não sofre desprezo absoluto no processo de apuração do montante ressarcitório e por vezes se apresenta como fator determinante no seu processo de valoração.

E tanto assim o é, que em referência expressa à concorrência de culpa o

¹⁹¹ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

artigo 945¹⁹² daquele mesmo “codex” destaca claramente que a participação culposa da vítima para a eclosão do evento danoso redundará em fixação proporcional da indenização.

Não obstante a novidade normativa constante do novel diploma substantivo civil definindo a questão, a jurisprudência já vinha se posicionando no sentido de que a concorrência de culpa não afastava a responsabilidade do ofensor, podendo, quando muito, implicar na diminuição do “quantum” indenitário¹⁹³. Com base nisso, diversas decisões passaram a impor expressamente a redução da verba indenizatória pelo critério da proporcionalidade¹⁹⁴ e outras tantas determinaram claramente uma mitigação à metade do montante original devido¹⁹⁵.

De qualquer modo, Rui STOCO chama a atenção para a realidade de que não é sempre que o princípio da culpa concorrente pode ser aplicado, pois algumas vezes, mesmo diante a ação culposa da vítima, nenhuma alteração se opera no resultado do ressarcimento.

Assim o mestre em questão adverte para o fato de que o comportamento do ofendido somente influi na condenação se foi decisivo para a eclosão do evento danoso. Portanto, se a sua atuação não se apresentou de modo a contribuir eficazmente para a produção do dano, nenhuma responsabilidade proporcional pode lhe ser atribuída. É preciso verificar, portanto, se a culpa da vítima se apresentou como causa eficiente do fato lesivo, sem o que, a culpa do ofensor não restará mitigada¹⁹⁶.

¹⁹² “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com o do autor do dano”.

¹⁹³ REsp 647562/MG – Recurso Especial 2004/0038692-5 – Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR - Quarta Turma - 07/12/2006 - DJ 12.02.2007 p. 263. Ficou decidido pelo STJ que a “Culpa concorrente da vítima não exclui a responsabilidade da empresa pelo evento danoso, podendo, apenas, diminuir o quantum da indenização”. No mesmo sentido: REsp 226348/SP – Recurso Especial 1999/0071371-0 - Ministro CASTRO FILHO – STJ - Terceira Turma - 19/09/2006 - DJ 23.10.2006 p. 294.

¹⁹⁴ REsp 712591/RS - Recurso Especial 2004/018424-0 - Ministra NANCY ANDRIGHI – 3ª Turma 16/11/2006 - DJ 04.12.2006 p. 300. O Superior Tribunal de Justiça determinou expressamente a adoção do critério da proporcionalidade diante da constatação de concorrência de culpa, anotando o seguinte: “Consideradas as peculiaridades do processo, caracteriza-se hipótese de culpa concorrente quando a conduta da vítima contribui para a ocorrência do ilícito, devendo, por certo, a indenização atender ao critério da proporcionalidade”. No mesmo sentido: REsp 773853/RS - Recurso Especial 2005/0135201-0 - Ministra NANCY ANDRIGHI – STJ - Terceira Turma - 10/11/2005 - DJ 22.05.2006 p. 200.

¹⁹⁵ REsp 257090 / SP - Recurso Especial 2000/0041630-4 - Ministro CASTRO FILHO - Terceira Turma - 16/12/2003 - DJ 01.03.2004 p. 178 (RT 826/165). O Superior Tribunal de Justiça entendeu neste julgado que além do emprego do critério da proporcionalidade, a indenização deveria ser reduzida à metade diante da culpa concorrente verificada.

¹⁹⁶ “É o que se convencionou chamar de ‘culpa decisiva’ e se traduz da teoria norte-americana da causa próxima, ‘the last clear chance’. Por ela, a parte que teve por último a oportunidade de evitar o dano, não obstante a negligência ou imprudência da outra, é responsável pelo evento. Assim, nega-se, nos Estados Unidos da América, a indenização reclamada pela vítima que falta ao dever de observar (‘duty to look and list’). Para nós a questão se resume em verificar a causa eficiente do fato danoso e se resolve apenas e tão-somente no plano da causalidade material, de modo que, ainda que a vítima tenha agido com culpa, dever-se-á verificar se sua atuação interferiu no resultado e contribuiu para a sua ocorrência. Inexistindo esse liame, a causa eficiente do resultado danoso terá sido outra e outro o responsável único pela reparação” (STOCO, 2001, op. cit., p. 99-100).

Por outro lado, no que tange ao retardamento excessivo e injustificado no oferecimento da ação de reparação de danos, temos que o mesmo, evidentemente, não afasta o dever que incumbe ao ofensor de prestar a indenização cabível, salvo se a demora operada atingir as raias legais para o reconhecimento da prescrição.

Apesar disso, em se tratando de dano moral o tempo demandado entre a prática delitiva e a distribuição da demanda voltada ao ressarcimento pelos prejuízos imateriais suportados pode operar reflexos sobre o “quantum” indenizável, posto que os sentimentos e os padrões morais, individuais e coletivos, mudam com o decorrer dos anos.

Nesse sentido, a doutrinadora Mirna CIANCI¹⁹⁷ bem esclareceu que por maior que seja a dor moral, esta acaba inevitavelmente se alterando com o passar do tempo, pois por certo vai se tornando mais suportável a cada dia que passa. Tal é o que se verifica na hipótese da perda de um ente querido por morte e mais ainda em outros casos de ressentimentos menos significativos.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou de forma contrária a esse entendimento, destacando que a demora na propositura da ação poderia decorrer de um estado de letargia oriundo da própria dor sofrida e que a indenização deveria se reportar à época da ofensa¹⁹⁸, e também já disse em outra feita que o passar do tempo nem sempre, e para todos, implicava em alteração da afetividade e modificação do sentimento de perda¹⁹⁹.

De qualquer modo, em outras feitas aquele mesmo Sodalício já decidiu que o decurso do tempo era mesmo capaz de diminuir – e às vezes até mesmo de causar o

¹⁹⁷ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 86.

¹⁹⁸ REsp 686139/PR – Recurso Especial 2004/0125674-4 - Ministra NANCY ANDRIGHI - Terceira Turma - 05/09/2006 - DJ 13.11.2006 - p. 249. O STJ decidiu o seguinte: “A demora na propositura da ação judicial não pode implicar a diminuição da reparação pelo dano moral. Não são raras as vezes em que o sofrimento decorrente de um fato de tamanha gravidade como a morte de um ente querido é tão profundo que retira a capacidade do ser humano de reagir. Assim, a demora pode significar, não um sintoma de que o abalo não foi profundo, mas exatamente o contrário. Além disso, é natural que, com o tempo, o abalo psíquico se reduza. A indenização, todavia, tem de se reportar à época dos fatos. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido”.

¹⁹⁹ REsp 526299 / PR - Recurso Especial 2003/0047872-5 - Ministro FRANCISCO FALCÃO Primeira Turma - 18/11/2004 - DJ 17.12.2004, p. 423. “[...] II - Em que pese ao evento danoso ter ocorrido em maio de 1994, sendo que os irmãos da autora, ora recorrida, ajuizaram a ação reparatória de danos naquele ano e esta só o fez em janeiro de 2001, tal demora não é suficiente para que haja uma diminuição no quantum indenizatório. III - Com efeito, não há como se diferenciar a dor suportada pela recorrida e a sofrida por seus irmãos, pelo simples fato daquela ter levado maior tempo para buscar o seu direito. IV - "Além do mais, caberia ao recorrente - desde as instâncias ordinárias - suportar o ônus de provar o alegado "menor sofrimento da autora", sendo, por isso, meramente descabido e antijurídico presumir-se nessa instância o grau de lesividade moral da autora/recorrida em razão do simples decurso de tempo, como se se constituísse em verdade imutável ao ser humano a consumação paulatina de sua afetividade e de seus mais nobres sentimentos de perda, quanto mais se afaste no tempo do momento da ocorrência motivadora do dano moral sofrido, ante a morte inexorável de seus entes queridos" (fls. 149/150). V - Recurso especial improvido”.

esmaecimento completo – o sofrimento resultante do falecimento de uma pessoa da família, razão pela qual a demora na propositura da demanda é fator a ser considerado para o fim de quantificação do dano moral, não podendo ser desprezado para esse fim²⁰⁰.

Mas como bem lembrado por Felipe P. Braga NETTO²⁰¹, muito embora essa realidade se mostrasse intensa sob a égide do Código Civil anterior, não mais se verificará em tempos atuais, pois de acordo com o artigo 206, §3º, V do diploma substantivo civil em vigor, a pretensão de reparação civil prescreve em apenas três anos, lapso esse que se mostra insuficiente para grandes modificações no processo de aflição suportado pela vítima por conta do fato lesivo, o que não poderá mais ser considerado como circunstância capaz de modificar a fixação do ressarcimento.

Outro fato que merece atenção diz respeito à intensidade e também à própria duração do sofrimento da vítima, pois a amplitude dos efeitos da ofensa é algo que sempre interfere na aferição do “quantum debeatur”.

Segundo escólio de Antônio Jeová SANTOS, não é possível considerar da mesma forma uma lesão física que pode ser facilmente sanada e superada sem maiores conseqüências, e os reflexos resultantes de uma deformidade permanente, a qual acompanhará o ofendido pelo resto dos seus dias, incomodando-o de forma constante e insistente. Existe indiscutível graduação na magnitude da lesão e esta deve ser considerada no momento do estabelecimento do valor da indenização.

Existem conseqüências danosas que calam fundo na alma da vítima e outras que repousam mais superficialmente em seu campo sentimental. Ao juiz incumbe a análise do maior ou menor grau do sofrimento, para poder calibrar adequadamente o “quantum” indenitário.

²⁰⁰ REsp 284266 / MG - Recurso Especial 2000/0108839-4 - Ministro ARI PARGENDLER - Terceira Turma - 06/04/2006 - DJ 02.05.2006, p. 299 (RDDP vol. 40 p. 142). “O decurso do tempo diminui, e às vezes até faz cessar, o sofrimento resultante do falecimento de uma pessoa da família, mas aquele que deu causa ao óbito responde pela indenização dos danos morais enquanto não prescrita a ação. Recurso especial conhecido e provido”.

No mesmo sentido: REsp 619006 / PR - Recurso Especial 2003/0227291-4 - Ministro CASTRO FILHO - Terceira Turma - 18/11/2004 - DJ 06.12.2004, p. 304 (RSTJ vol. 195 p. 297). “O direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso do tempo, desde que não transcorrido o lapso prescricional. Em tais circunstâncias, a demora na busca da reparação e a constituição de novo casamento são fatos a serem considerados apenas na fixação do quantum. Recurso especial provido”.

Ainda: REsp 416846 / SP - Recurso Especial 2002/0021991-3 - Ministro CASTRO FILHO - Terceira Turma - 05/11/2002 - DJ 07.04.2003, p. 281 (RSTJ vol. 167 p. 414). “[...] IX – O direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso do tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas a demora na busca da reparação é fato a ser considerado na fixação do quantum, como na hipótese”.

²⁰¹ NETTO, Felipe P. Braga. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36.

Também a duração do sofrimento é fator relevante. Uma pessoa que passou apenas dois dias com o nome anotado nos cadastros do Serviço Central de Proteção ao Crédito (SCPC) e do SERASA não pode pretender indenização no mesmo patamar fixado para alguém que esteve negativado indevidamente por dois anos. O trauma passageiro merece tanta consideração quanto o duradouro, mas a mensuração ressarcitória, por óbvio, não pode ser idêntica.

Por fim, a conduta reprovável do ofensor é outro elemento que assume relevo na estipulação do montante compensatório, notadamente porque o ressarcimento do dano moral é dotado de função ambivalente e o seu reflexo punitivo deve manter indiscutível proporcionalidade com o grau de culpa do agente agressor e a censurabilidade do seu ato.

Logo, a gravidade da falta praticada deve ser levada em conta para a valoração do “quantum” indenitário, sob pena de se perder o caráter sancionatório que o informa. Aquele que atua com culpa leve, ou até mesmo levíssima, está obrigado a ressarcir os danos morais causados, pois, “in lege Aquilia, et levissima culpa venit”. Porém, merecerá uma retaliação em montante inferior àquele que seria destinado a alguém que tivesse agido com dolo intenso.

3.7 Sistema de regulação normativa e posição do autor.

Na esteira do ensinamento disseminado por Matilde Zavala de Gonzalez, invocada por Maria Helena DINIZ²⁰², instituiu-se a chamada “Teoria da regulação normativa do ‘quantum’ indenizatório”, segundo a qual a apuração do ressarcimento do dano moral não poderia estar vinculada a qualquer forma de tarifação, mas, ao invés disso, deveria se ater unicamente a critérios objetivos ou bases fixas que pudessem conduzir o operador do direito a uma “reparação eqüitativa”, havendo uma margem para o estabelecimento da avaliação judicial, onde o magistrado atuaria com livre arbítrio controlado.

Na verdade, a teoria acima citada se conforma aos preceitos do sistema híbrido, pois a mesma propugna também a combinação dos métodos objetivo com o subjetivo, sujeitando-se, portanto, às formas de avaliação abstrata e concreta. No entanto, dele se afasta

²⁰² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. p. 100.

parcialmente na medida em que rejeita o procedimento tarifário vinculativo, cuidando, assim, de uma autêntica dissidência dessa fórmula por tantos admitida.

Evidentemente a imposição de pauta de valores máximos e mínimos para emprego compulsório pelos operadores do direito não pode ser admitido, ainda que venha a oferecer níveis mais elásticos ou dilargados para viabilizar o exercício de alguma discricionariedade entre as bitolas estabelecidas.

E a rejeição manifestada encontra respaldo no argumento de que sempre haverá a possibilidade do surgimento de situações concretas que não irão se adequar aos patamares extremos fixados, exigindo, para a realização da justiça esperada, o rompimento correspondente, arbitrando-se o “quantum” indenizatório em valores inferiores ou superiores.

Pensemos na hipótese em que a pauta de valores tenha estipulado um limite mínimo de vinte salários mínimos e máximo de trezentos para o caso de dano à honra por abalo de crédito, tal como sugerido por Mirna CIANCI²⁰³. Como ficaria a situação em que eventualmente a ofensa tenha sido praticada por um grande conglomerado empresarial contra uma sólida instituição bancária, quando, então, se verificaria que a lesão ao patrimônio imaterial objetivo desta última veio a extrapolar em percentual significativo aquela linha limítrofe da tabela? Ou ainda, o que poderia se fazer se uma pessoa física que já tivesse mais de trinta protestos em seu nome restasse ofendida pela superveniência de um novo protesto de um título, agora indevido, se fazendo merecedor de uma reparação abaixo do piso proposto?

O fato é que qualquer tipo impositivo de tabelamento, seja específico – como o que foi elaborado por Mirna CIANCI – ou genérico – como o que foi proposto por Cláudio Antônio Soares LEVADA –, sempre ocasionaria o inevitável comprometimento ao direito de alguém, impedindo o recebimento do que seria justo ou provocando o recebimento de quantia acima do que seria de direito.

Evidentemente a existência de pauta de valores não pode ser completamente desprezada, pois a mesma pode servir como norte seguro para a estipulação da indenização, ajudando de modo eficaz no processo de padronização das soluções quantitativas em casos semelhantes. Porém, a mesma deve atuar apenas como elemento sugestionador e orientador, jamais vinculativo e impositivo; sempre de forma flexível, nunca intransponível.

²⁰³ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 139.

Mas de qualquer forma preconizamos a necessidade inevitável de regulação da atividade de arbitramento judicial, pois se compreende que o magistrado não pode agir com arbítrio absoluto e desenfreado, sob pena de incorrerem em situações – ainda que raras – de arbitrariedade ou de nos mantermos em um sistema de insegurança jurídica, no qual nunca se sabe o que esperar do Judiciário como solução na busca pela reparação do dano moral.

O livre desempenho do julgador na busca pelo montante indenizatório correto para cada caso concreto é a única forma possível de chegar a resultados adequados e compatíveis com a perseguição do justo, entregando a cada um o que é seu na exata medida. A quantificação equitativa com base no bom-senso do juiz é algo a ser preservado sempre, mas, repita-se, mostra-se imprescindível a imposição de parâmetros seguros para o desenvolvimento dessa atividade, mediante critérios claros e objetivos, o que certamente vem ao encontro do anseio dos magistrados e de seus jurisdicionados.

O que sugerimos, então, para o norteamento do processo de quantificação do dano moral é o emprego do que ousamos denominar sistema de regulação normativa, o qual sujeitaria o operador do direito a regras específicas impostas em lei, com base nas quais a fixação do “quantum debeatur” passaria por duas fases distintas, sendo uma de avaliação abstrata e outra de avaliação concreta, de modo a viabilizar a apuração do montante indenizatório final.

Nesse momento inicial de avaliação abstrata, em que deveria se estabelecer a estipulação de uma indenização-base pelo julgador com esteio em elementos hipotéticos, ou seja, sem se ater ainda ao caso concreto – embora focando-o –, Robinson Bogue MENDES²⁰⁴ sugere que nesse princípio de atividade avaliadora sejam observados os parâmetros existentes no Código Civil ou em lei especial. Mas reconhecendo que o diploma substantivo civil não contém regras claras e que inexistente lei especial tratando da matéria, propõe a utilização analógica de normas diversas ou, na pior das hipóteses, deveria se valer dos elementos encontrados no direito comparado.

A nossa proposta é no sentido de que os Tribunais fossem instados a organizar e divulgar anualmente, no princípio de cada período de doze meses, uma pauta contendo os valores fixados para cada tipo de situação ensejadora de dano moral, a qual serviria para o fim de orientar o julgador, fornecendo-lhe elementos jurisprudenciais consistentes e seguros para

²⁰⁴ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar:** critérios de fixação do *Quantum*. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000. p.223-225.

a estipulação da referida indenização-base, a qual, uma vez fixada, se sujeitaria à etapa seguinte de avaliação concreta.

A publicação anual de pauta de valores elaborada pelos Tribunais e não o seu estabelecimento definitivo em lei própria se justificaria com base no fato de que a jurisprudência é muito mais ágil para se adequar às mudanças sociais do que a lei e por isso não se correria o risco de permanecermos estagnados diante da imobilização resultante de um tabelamento legal sugestivo.

Pois bem. Apontada a quantia básica que entender adequada para a situação em julgamento, obtida a partir da já referida pauta de valores emitida pelos Tribunais, passaria o magistrado a verificar os elementos concretos atinentes à espécie, consistentes naqueles envolvidos diretamente no fato determinador da lide e então, flexibilizando a indenização-base, chegaria ao montante derradeiro do ressarcimento²⁰⁵.

No tocante aos elementos concretos que devem ser considerados pelo julgador, temos que os mesmos se relacionam com as condições pessoais das partes litigantes e com o fato ocorrido, devendo se tomar em conta, portanto, o grau de instrução, o nível de educação, a posição econômica, a condição social, moral e religiosa dos envolvidos, as conseqüências do ato lesivo para o ofendido e seus familiares²⁰⁶, a duração e a intensidade do seu sofrimento²⁰⁷, os motivos que levaram o ofensor à prática do ato lesivo, a gravidade do ato praticado, as conseqüências da ofensa no meio social em que vive o ofendido²⁰⁸ e a possibilidade de reversão dos reflexos danosos.

²⁰⁵ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar**: critérios de fixação do *Quantum*. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000. p.225.

²⁰⁶ Robinson Bogue Mendes afirma que os elementos concretos diriam respeito às peculiaridades individualizadoras do caso em observação e indica como sendo “[...] com relação ao lesado, a sua sensibilidade, a sua posição social, os seus princípios morais e religiosos, o seu nível econômico, o grau de educação, a duração e a intensidade de seu sofrimento; com relação ao ofensor, a sua capacidade econômica; e com relação ao evento, a espécie de fato, a sua gravidade, a repercussão no meio social, reversibilidade ou não” (Ibid., p. 226).

²⁰⁷ Antônio Jeová Santos aponta os elementos concretos como ‘critérios particulares’ e afirma que depois de o juiz ou o advogado ter fixado a base a ser utilizada para a quantificação do dano moral, passará a considerar os seguintes itens para chegar ao resultado indenitário final: “a) o grau de reprovabilidade da conduta ilícita; b) intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima; c) capacidade econômica do causador do dano; d) condições pessoais do ofendido” (SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.186).

²⁰⁸ Cláudio Antônio Soares Levada indica no corpo de sua sugestão de nova redação ao artigo 1553 do Código Civil de 1916, os seguintes elementos concretos que deveriam ser sopesados na quantificação do dano moral: “os motivos, as circunstâncias e conseqüências da ofensa, em relação à vítima e sua família, bem como a posição social cultural e econômica do ofensor e da vítima” (LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Liquidação de danos morais**. 2. ed. Campinas/SP: Copola, 1997. p.76).

Portanto, esses elementos concretos referidos serviriam para adequar ao caso específico em julgamento o valor da indenização, prestando-se a majorar ou reduzir a quantia-base inicialmente encontrada “in abstracto”, de modo a particularizar a condenação, tornando-a própria e individualizada e, conseqüentemente, justa e equânime.

De qualquer modo, diante da transparência que o Direito exige, máxime nos julgamentos emitidos pelo Judiciário, seria de rigor que ao magistrado fosse imposto a esmerada fundamentação do seu cálculo, indicando pormenorizadamente todos os passos seguidos e os critérios utilizados, para que as partes soubessem com clareza como foi atingido o “quantum” final da compensação dos danos morais.

Esta é a proposta que fica consignada para o fim de sopesamento pelas autoridades legislativas, lembrando que a implementação correspondente dependeria necessariamente da inserção no Código Civil de novos dispositivos para regulamentá-la ou a edição de lei específica capaz de ampará-la.

CAPÍTULO 4 QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES

Sumário: 4.1 Cabimento de pedido genérico de indenização. 4.2 Antecipação de tutela e ação de reparação de danos morais. 4.3 Ônus da prova e dano moral. 4.4 Valor da causa. 4.5 Sucumbência parcial do autor. 4.6 Fixação do “quantum” indenizatório em salários mínimos.

4.1 Cabimento de pedido genérico de indenização

Dadas as dificuldades já evidenciadas para a quantificação dos danos morais, muitos ofendidos ao ingressarem com demandas destinadas à compensação respectiva deixam de atribuir um valor específico para a sua pretensão e conferem ao juízo a tarefa do arbitramento correspondente.

Essa questão tem ensejado conflito entre os doutrinadores, pois alguns entendem não ter cabimento a formulação de pedido genérico em ações de ressarcimento de dano moral, enquanto que outros apóiam a viabilidade dessa conduta.

Assim, Antônio Jeová SANTOS²⁰⁹ afirma que a quantificação do dano moral pelo próprio autor na peça vestibular da contenda é elemento imprescindível para a prevenção da superveniência de prejuízos diversos.

Segundo seu ensinamento, a indicação do “quantum” pretendido pelo autor permite a conservação do direito pleno de defesa do integrante do pólo passivo da demanda, porque então o mesmo terá pleno conhecimento da real extensão econômica do pedido e poderá questionar ocasionais exageros, bem como apresentar provas acerca do abuso identificado.

Além disso, o mestre em questão também dá conta de que a falta de apontamento do valor pretendido pela vítima dificulta sobremaneira a realização de acordo entre as partes.

²⁰⁹ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.495-496.

Ainda consoante o doutrinador em referência, o pedido ilícido inviabilizaria o oferecimento de apelação por parte do autor se acaso não restar satisfeito com o montante ressarcitório a final estipulado pelo julgador na sentença, pois, então, segundo seu ponto de vista, não haveria sucumbência propriamente dita e, portanto, lhe faltaria interesse para interpor recurso.

Por sua vez, Yussef Said CAHALI²¹⁰ garante que a apresentação de pedido genérico de dano moral não pode ser admitida, porque seria imprescindível o apontamento no libelo inaugural de elementos justificadores da indenização perseguida, sendo encargo do autor o oferecimento de critérios e valores para estreitar e nortear o arbítrio judicial, bem como para permitir ao réu o exercício irrestrito do seu direito de defesa.

De seu lado, após confirmar as assertivas anteriores Cássio Scarpinella BUENO²¹¹ denota que a falta de indicação precisa na peça vestibular do valor dos danos morais, ressalvadas as exceções do artigo 286 do Código de Processo Civil, é motivo que inevitavelmente deverá conduzir o magistrado a determinar a sua emenda, com base no disposto no artigo 284 daquele mesmo “codex”, sob pena de extinção com lastro no artigo 295, “caput”, VI do diploma adjetivo civil.

A jurisprudência outrora também já se inclinou nesse sentido, sendo que algumas Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo impunham a necessidade de especificação na peça inicial do valor ressarcitório, com o escopo de salvaguardar o contraditório e o devido processo legal²¹².

Inobstante isso, não se pode perder de vista a realidade de que o artigo 286, II do Código de Processo Civil autoriza expressamente a possibilidade de formulação de pedido genérico sempre que não seja possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito.

²¹⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 796-797, 809.

²¹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. p. 80.

²¹² A esse respeito, confira-se julgado inserto na RT 761/242: “é de rigor que o pedido de indenização por danos morais seja certo e determinado, para que não fique somente ao arbítrio do juiz a fixação do ‘quantum’, como também para que seja dada ao réu possibilidade de contrariar a pretensão do autor de forma pontual, com objetividade e eficácia, de modo a garantir-lhe o direito à ampla defesa e ao contraditório”. No mesmo sentido: RT 767/239 e JTJ 208/203.

Segundo ensinança de Ernani Fidélis dos SANTOS²¹³, o pedido genérico é certo quanto à sua existência e indeterminado apenas no tocante ao seu conteúdo mediato, o qual deverá se apresentar, de qualquer modo, em condições de determinabilidade. E explica que de toda forma se fará mister a determinação da generalidade, o que implica necessariamente na indicação das conseqüências e alcance do ato ou do fato lesivo, de modo a viabilizar a perfeita compreensão do pedido. Em outras palavras, no tocante à hipótese legal referida no parágrafo anterior será possível o pedido genérico quando a indeterminação vem a recair unicamente sobre o “quantum debeatur”, o qual ainda estará sujeito a apuração, incumbindo ao autor o apontamento de elementos capazes de viabilizar a futura mensuração do dano moral pelo juiz.

Em reforço desse posicionamento sobrevém escólio de Humberto THEODORO JÚNIOR²¹⁴, segundo o qual muito embora o fim imediato do pedido – assim entendido como o pleito condenatório, constitutivo, declaratório, executivo ou cautelar – sempre deva ser determinado, o pedido mediato, que correspondente à utilidade prática objetivada pelo autor da contenda, pode ser genérico, notadamente nas hipóteses do artigo 286 do Código de Processo Civil. Isso porque, segundo alega, a indeterminação nunca poderá ser total ou absoluta, sendo de rigor o apontamento de requisitos mínimos para a sua identificação.

Portanto, resta evidenciado que absolutamente nada impede a formulação de pedido genérico – assim denominado pelo nosso Código de Processo Civil, mas que na essência nada mais é do que um pedido relativamente indeterminado – também no tocante aos danos morais, sendo de rigor apenas que o ofendido formule o pleito correspondente na exordial e indique quais teriam sido as conseqüências danosas suportadas e a extensão da ofensa, relegando ao magistrado apenas a quantificação correspondente a partir dos elementos fáticos fornecidos.

Hoje a jurisprudência é praticamente pacífica em admitir o apontamento genérico do dano moral, reconhecendo que as dificuldades existentes para a aferição do montante ressarcitório é justificativa bastante para viabilizar a elaboração de um libelo inaugural sem a indicação do valor objetivado como ressarcimento. E mesmo que o

²¹³ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 434-435.

²¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.p. 411.

“quantum” indenitário seja apontado pelo autor, o mesmo será sempre reputado como meramente estimativo e sempre poderá ser alterado pelo juiz sem que isso implique em prejuízo ao pleito ou aos interesses do ofendido²¹⁵.

4.2 Antecipação de tutela e ação de reparação de danos morais

Como é cediço, com base no artigo 273 do Código de Processo Civil é possível à parte obter amparo judicial capaz de antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela

²¹⁵ STJ - Resp 674174 / SP - Recurso Especial 2004/0098156-6 - Ministro Jorge Scartezzini - Quarta Turma - 04/11/2004 - DJ 06.12.2004 P. 337 (RSTJ Vol. 186 P. 453): “Dada a multiplicidade de situações em que devida a reparação do dano moral, aliada à dificuldade na apuração do valor indenizatório, é plenamente admissível, excepcionando-se a regra processual, que o pedido seja genérico ou meramente estimativo. Inexistência de violação ao art. 282, IV, do CPC”. Também no mesmo sentido: STJ- REsp 693172 / MG - Recurso Especial 2004/0138729-5 - Ministro Luiz Fux - Primeira Turma - 23/08/2005 - DJ 12.09.2005 p. 233: “O pedido inicial, como manifestações de vontade, deve ser interpretado à luz do princípio da efetividade e da economia processual, que visam conferir à parte um máximo de resultado com um mínimo de esforço processual. Conseqüentemente, muito embora a lei processual imponha que o pedido seja certo e determinado não obsta que o mesmo seja genérico, como, in casu, em que foi requerida a indenização pelos danos materiais e morais sem definição, início litis, do quantum debeatur.” Em idêntico diapasão outros julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp 299833 / RJ - Recurso Especial 2001/0004193-0 - Ministro Castro Meira - Segunda Turma - 14/11/2006 - DJ 15.12.2006 p. 343; REsp 779805 / DF - Recurso Especial 2005/0148528-7 - Ministro Aldir Passarinho Junior - Quarta Turma - 14/11/2006 - DJ 12.02.2007 p. 264; REsp 777219 / RJ - Recurso Especial 2005/0142256-8 - Ministra Nancy Andrihgi - Terceira Turma - 05/10/2006 - DJ 23.10.2006 p. 310; REsp 686139 / PR - Recurso Especial 2004/0125674-4 - Ministra Nancy Andrihgi - Terceira Turma - 05/09/2006 - DJ 13.11.2006 p. 249; REsp 537386 / PR - Recurso Especial 2003/0061515-0 - Ministro Jorge Scartezzini - Quarta Turma - 19/04/2005 - DJ 13.06.2005 p. 311 (RSTJ vol. 202 p. 353); REsp 432524 / MA - Recurso Especial 2002/0050457-1 - Ministra Nancy Andrihgi - Terceira Turma - 28/10/2004 - DJ 29.11.2004 p. 316; REsp 510034 / SP - Recurso Especial 2003/0005760-2 - Ministro Antônio De Pádua Ribeiro - Terceira Turma - 02/10/2003 - DJ 07.06.2004 p. 220; AgRg no Ag 376671 / SP - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2001/0035010-0 - Ministro Antônio De Pádua Ribeiro - Terceira Turma - 19/03/2002 - DJ 15.04.2002 p. 216; REsp 167132 / RJ - Recurso Especial 1998/0017736-1 - Ministro Milton Luiz Pereira - Primeira Turma - 06/12/2001 - DJ 05.08.2002 p. 203 (RSTJ vol. 164 p. 85). E também julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Apelação 7028178800 - Relator(a): Windor Santos - Comarca: Taubaté - Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 08/04/2008 - Data de registro: 13/05/2008; Agravo de Instrumento 7240306000 - Relator(a): Rebello Pinho - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 23/04/2008 - Data de registro: 06/05/2008; Apelação 7073614400 - Relator(a): Alexandre David Malfatti - Comarca: Americana - Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 07/03/2008 - Data de registro: 25/04/2008; Agravo de Instrumento 5499864700 - Relator(a): A.C.Mathias Coltro - Comarca: Praia Grande - Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 09/04/2008 - Data de registro: 24/04/2008; Agravo de Instrumento 5356914300 - Relator(a): Fábio Quadros - Comarca: Assis - Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 10/04/2008 - Data de registro: 23/04/2008; Apelação Sem Revisão 3257874500 - Relator(a): José Carlos Ferreira Alves - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 26/03/2008 - Data de registro: 11/04/2008; Agravo de Instrumento 1166564009 - Relator(a): Clóvis Castelo - Comarca: Pitangueiras - Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 07/04/2008 - Data de registro: 10/04/2008; Agravo Regimental 7189993901 - Relator(a): Rui Cascaldi - Comarca: Barueri - Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 05/03/2008 - Data de registro: 02/04/2008; Apelação Cível 3574324500 - Relator(a): Enio Zuliani - Comarca: Ilha Solteira - Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 06/03/2008 - Data de registro: 27/03/2008.

perseguida através da contenda, desde que, para tanto, se mostrem presentes os seguintes elementos constitutivos: a) exista prova inequívoca do direito reclamado b) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; c) fique caracterizado nos autos o abuso de direito de defesa por parte do réu, ou manifesto propósito protelatório deste último; d) inexista risco de irreversibilidade do provimento antecipado.

Dessa forma, a antecipação de tutela é medida extrema destinada a propiciar ao litigante, já no início da contenda ou ao longo da mesma – porém, antes da sentença –, a concessão dos efeitos do amparo jurisdicional objetivado, quando não seja possível aguardar o momento certo para a sua obtenção face ao risco do perecimento respectivo, mas desde que exista ao menos uma aparência de bom direito que conduza à verossimilhança das alegações expendidas.

De qualquer forma, adverte João Batista LOPES²¹⁶ para o fato de que como a efetiva condenação do Réu somente pode ser imposta quando ocorrer o julgamento final da demanda, a tutela antecipada servirá como simples adiantamento provisório dos efeitos executivos satisfativos da pretensão. Ou seja, são os efeitos práticos – ou executivos – dos pedidos formulados que se concede “ab initio”, não se podendo falar em antecipação da condenação propriamente dita, máxime porque o exame da causa somente será efetivado no instante oportuno.

Portanto, cuida-se de importante instrumento processual destinado à preservação dos interesses dos litigantes, posto ao seu dispor para viabilizar a mais ampla proteção possível àqueles que buscam a solução para seus interesses junto ao Estado.

A dúvida que se coloca nesse momento, então, diz respeito ao fato de ser ou não possível a concessão de tutela antecipatória em ações destinadas ao amparo dos direitos imateriais.

Em resposta ao questionamento formulado, deve ser inicialmente lembrada a lição de Eduardo TALAMINI²¹⁷ no tocante às tutelas genéricas e específicas. Nesse sentido, o mestre em apreço nos esclarece que será genérica toda tutela voltada à obtenção de dinheiro, ou melhor, de equivalente pecuniário, seja através do tangenciamento direto de numerário existente no patrimônio do devedor, seja mediante a transformação de bens seus em pecúnia;

²¹⁶ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 53.

²¹⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 229-230.

o que se verifica aqui é verdadeira tutela “por equivalente” ou monetária. Por outro lado, será específica a tutela que pretende entregar ao titular o mesmo bem do qual foi desalijado por conta da transgressão havida à sua esfera de interesses; o que existe nesse caso é autêntica tutela “in natura” ou não-monetária.

Assim sendo, muito embora nas ações que envolvam dano moral entendamos não ser possível a antecipação da tutela genérica, pois tal implicaria do repasse de verba com caráter ressarcitório, o que somente poderia ser concedido a final, absolutamente nada impede o deferimento de tutela específica, pois muitas vezes pode se mostrar imprescindível a concessão de medida voltada à obtenção de um resultado prático correspondente.

É o que acontece, *v.g.*, quando a vítima tenha necessidade de se submeter com urgência a cuidados psicológicos para mitigar os efeitos da ofensa moral ressentida, hipótese em que o magistrado poderá compelir o réu a custear a terapia necessária antes mesmo do resultado derradeiro da contenda, adiantando os efeitos da tutela. Também é o que se verifica no caso em que o ofendido precise de outro local para permanecer até que sejam efetivados os reparos no imóvel residencial atingido por danos provocados pelo ofensor, quando o juiz forçará este último a conseguir outro lugar para a moradia provisória do primeiro, diminuindo o seu sofrimento²¹⁸. Ainda, tal ocorre quando administradora de plano de saúde recuse indevidamente atendimento a doente-segurado que padece de mal grave, podendo o julgador obrigar a ré a prestar a cobertura necessária ao tratamento médico prescrito, evitando, assim, a perpetuação do tormento e da aflição da vítima²¹⁹.

²¹⁸ STJ - REsp 411535 / SP - Recurso Especial 2002/0014793-6 - Ministro Ruy Rosado De Aguiar - Quarta Turma -20/08/2002 - DJ 30.09.2002 p. 267 (RSTJ vol. 164 p. 403): “Deferimento de tutela antecipada em ação promovida pelo adquirente de apartamento contra a construtora, por periódicas inundações do seu apartamento. Necessidade de receber o necessário para pagamento de aluguel de outro imóvel enquanto são realizadas as obras necessárias”.

²¹⁹ STJ - REsp nº 880.035 - PR - Rel. Min. Jorge Scartezini - J. 21.11.2006 : “Indenização - Dano moral - Seguro - Saúde. Acometido de um tumor cerebral maligno, o recorrente viu a seguradora recusar-se a custear as despesas de cirurgia de emergência que o extirpou, ao fundamento de que tal doença não fora informada na declaração de saúde quando da assinatura da proposta de seguro de assistência à saúde. Só conseguiu seu intento em juízo, mediante a concessão de antecipação de tutela para o pagamento dos custos médicos e hospitalares decorrentes da cirurgia e o reembolso do que despendido em tratamento quimioterápico. Porém pleiteava, em sede do especial, a indenização por danos morais negada pelo Tribunal a quo. A Turma, então, ao reiterar os precedentes da jurisprudência deste Superior Tribunal, deu provimento ao recurso, por entender que a recusa indevida à cobertura é sim causa de dano moral, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia do segurado, já em estado de dor, abalo psicológico e saúde debilitada. [...] Precedentes citados: REsp 657.717- RJ, DJ 12/12/2005; REsp 341.528-MA, DJ 9/5/2005, e REsp 402.457-RO, DJ 5/5/2003, Ag 661.853-SP, DJ 23/5/2005.

Mas, também, como adverte Yussef Said CAHALI²²⁰, terá igualmente pleno cabimento na seara das demandas envolvendo dano moral a concessão do que se denomina tutela preventiva ou inibitória, que é aquela destinada a prevenir a prática do ato ilícito, impedindo a consumação do prejuízo extrapatrimonial, ou até mesmo voltada a fazer cessar a ofensa, obstando a prática correspondente que se ache em curso, ou ainda, evitando a sua reiteração ou seu agravamento.

O que se pretende através da espécie de tutela antecipatória acima mencionada é a cominação de prestações de fazer ou de não-fazer destinadas a: a) impedir a atuação violadora do agressor, prevenindo a prática da atividade ilícita; b) viabilizar a interrupção do ataque ao patrimônio imaterial; ou c) permitir a reversão dos reflexos materiais do ato lesivo, impedindo que continuem propagando efeitos negativos sobre os direitos da personalidade da vítima.

As tutelas preventivas têm sido amplamente empregadas pelos juízes e Tribunais em diversas situações, notadamente naquelas que dizem respeito à retirada imediata do nome do ofendido de cadastros negativos, impedindo que o abalo ao seu crédito se propague até o final da ação²²¹.

E ainda que se pretenda dizer que algumas dessas tutelas preventivas tenham natureza cautelar, nada impedirá a concessão da tutela antecipada com caráter fungível, tendo em vista o permissivo legal existente no §7º do artigo 273²²² do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 10.444/02.

²²⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 792.

²²¹ STJ - REsp 357034 / GO - RECURSO ESPECIAL 2001/0131854-5 - Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR - QUARTA TURMA - 07/11/2002 - DJ 10.02.2003 p. 215: “Admite a jurisprudência do STJ que, no curso de ação revisional onde se discute a validade das cláusulas contratuais, a parte possa, mediante requerimento judicial nesse sentido, pleitear, via pedido de tutela antecipada ou cautelar, a suspensão ou o cancelamento da inscrição”. No mesmo sentido : TJRS - APC nº 70.003.499.787 - 9ª C. Cív. - Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino - J. 20.02.2002; STJ - REsp nº 151.380-RS - Rel. Min. Barros Monteiro - J. 1º.3.2001; 1ºTACivSP - AI nº 1.010.820-6 - Campinas/SP - 4ª Câm. - Rel. Juiz Rizzatto Nunes - J. 30.5.2001 - v.u.; 2ºTACivSP - AI nº 612.365-00/1 - 1ª Câm. - Rel. Juiz Magno Araújo - J. 20.12.99; TJDF - AI nº 9.134/97 - DF - 3ª T - Rel. Des. José de Campos Amaral - J. 09.03.98 - DJ 15.04.98 - v.u.; STJ - REsp. nº 168.934 - MG - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - J. 24.06.98 - DJU 31.08.98; Tribunal Regional Federal - TRF2ªR. - AGRAVO Nº 135.751 - 18/05/2005 Rel. Desembargador Federal Benedito Gonçalves - DJU 09/06/2005; TJRJ - AI nº 2005.002.05.430 - 12ª Câm. Cível - Rel. Des. Henrique Magalhães de Almeida - J. 17.05.2005; 1ºTACivSP - AI nº 1.156.711-0-SP - 4ª Câm. - Rel. Juiz Paulo Roberto de Santana - J. 05.02.2003 - v.u.

²²² “Art. 273 [...] §7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

A esse respeito, porém, Antônio Jeová SANTOS²²³ chama a atenção para o fato de que a fungibilidade das tutelas cautelares e antecipatórias somente se estabelece nos casos obscuros, quando se estabelece dúvida no tocante à tipificação e definição de uma das duas medidas como sendo a adequada. Segundo sua ótica, sempre que o caso se mostre claro e inequívoco no tocante ao pedido formulado corresponder a uma cautelar típica (nominada), não deverá ser concedida tutela cautelar de forma incidental, mas, isto sim, promovida ação acessória própria.

4.3 Ônus da prova e dano moral

Não bastassem as controvérsias existentes em torno do dano moral puro, outra considerável celeuma se estabelece a respeito da necessidade ou não de se realizar prova acerca da sua ocorrência, de modo a viabilizar o direito à reparação correspondente.

Bem se sabe que no tocante ao campo da prova no processo civil vigora a ordem geral de que o ônus corresponde incumbem a quem alega o fato. Assim, sobre os ombros do autor da demanda recai o encargo de demonstrar os elementos constitutivos do direito reclamado e ao Réu compete o dever de demonstrar os fatos impeditivos, modificados e extintivos do direito propugnado pelo integrante do pólo ativo da contenda²²⁴.

No entanto, a disposição genérica acima referida não pode ser aplicada de modo absoluto e inflexível, sob pena de comprometer o direito em jogo na demanda, motivo pelo qual comporta o devido abrandamento e a necessária adaptação em casos específicos.

É justamente o que acontece na seara do dano moral, porque o mesmo se caracteriza pela ofensa aos direitos da personalidade, provocando abalo no espírito da vítima e repercussões diretas no seu campo íntimo, o que torna difícil – e muitas vezes até mesmo impossível – a demonstração da efetiva ocorrência do prejuízo havido.

Não seria fácil demonstrar por meios probatórios diretos a existência e a intensidade da dor, a angústia, a decepção, o ressentimento, ou o padecimento espiritual de qualquer ordem, pois tais sentimentos e percepções estão relacionados com os aspectos internos e sensoriais de cada um.

²²³ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.501-503.

²²⁴ Artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil.

Bem por isso e justamente porque a ofensa moral recai diretamente sobre bens incorpóreos, imateriais e abstratos da pessoa, vem se entendendo que, no mais das vezes, fica dispensada a prova do dano, afirmando-se que o mesmo se encontra ínsito no só fato da ação violadora do direito.

Parcela considerável da doutrina e da jurisprudência defende a posição de que o dano moral normalmente se mostra presumido a partir da mera consumação da ofensa, pois freqüentemente as máximas da experiência e o bom-senso comum conduzem à conclusão de que houve inevitável repercussão no íntimo do ofendido. O prejuízo imaterial na maioria das vezes se torna evidente e inquestionável diante do próprio fato que implicou na violação do interesse imaterial, apresentando-se, assim, “in re ipsa”.

Destarte, o prejuízo de ordem moral em diversas situações dispensa a prova de seu estabelecimento, pois este se revela de modo intuitivo, como consequência lógica do próprio fato. É o que se verifica, v.g., no caso da morte de um filho, quando ninguém questionaria a realidade de que os seus pais sofreriam abalo psíquico significativo. Também é o que se constata quando alguém, atingido por um acidente automobilístico, tem um dos seus membros amputados e resta com aleijão. Ainda, é o que se verifica quando determinado sujeito vê o seu nome enlameado por uma notícia afrontosa na imprensa, passando a ser acoimado de corrupto, sem de fato sê-lo. Nesses casos, a simples observação dos fatos havidos conduz à ilação irretorquível de que se estabelece em detrimento da vítima dor moral, sofrimento e humilhação, face à notoriedade das consequências do evento lesivo e à presunção natural do que dele decorre.

Sobre o assunto, Antônio Jeová SANTOS²²⁵ preleciona que no campo do dano imaterial a prova é presuncional, ou seja, se estabelece de forma indireta a partir de um exercício de raciocínio e silogismo com base nas circunstâncias do fato e das qualidades morais do ofendido, subentendendo, então, a ocorrência do agravo moral.

O que deve ser feito no âmbito da prova indireta é um exercício intelectual com espeque no ato danoso havido, de modo a concluir aquilo que ordinariamente acontece como reflexo conseqüente do mesmo (‘quod plerumque accidit’)²²⁶.

²²⁵ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.517.

²²⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 503.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça converge nesse sentido e em diversas ocasiões aquele Pretório Excelso manifestou solução em que dá conta de que o dano moral se apresenta de modo ínsito a partir da ilicitude do ato praticado, dispensando, por isso mesmo, a realização de prova a respeito²²⁷.

A mestra Mirna CIANCI²²⁸ inclusive lembra escólio disseminado em V. Acórdão do extinto 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, da lavra do juiz Artur Marques, hoje eminente Desembargador do E. Tribunal de Justiça daquela mesma Unidade Federativa referida, em que foi abordada e abraçada a teoria da “responsabilização pelo simples fato da violação”, com base na qual resta concebida a idéia de que o dano moral está presente no acontecimento fático violador.

Também não se pode esquecer da prevalência nesse campo da chamada teoria da “carga dinâmica das provas”, com base na qual o ônus da prova incumbirá àquele que se encontra em melhores condições de realizá-la, por lhe ser mais cômodo e menos oneroso. Estabelece-se uma autêntica atividade compartilhada entre os litigantes no campo probatório, de modo a abrandar a regra geral do artigo 333 do Código de Processo Civil e evitar que se cobre de algum dos contendores a realização de prova diabólica²²⁹.

Assim, no campo do dano moral de qualquer modo nem sempre seria aconselhável determinar ao ofendido que comprove os prejuízos imateriais suportados, pois tal implicaria em comprometimento certo ao seu direito, face à indiscutível dificuldade de

²²⁷ REsp 709877 / RS - Recurso Especial 2004/0175667-0 - Ministro LUIZ FUX - Primeira Turma - 20/09/2005 - DJ 10.10.2005 p. 244. “É cediço na Corte que “como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe in re ipsa. Afirma Ruggiero: “Para o dano ser indenizável, basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito.” (RESP 608918/RS, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 21.06.2004).”

No mesmo sentido, encontramos os seguintes julgados do próprio STJ: RESP 575469/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004; RESP 204825/RR, Relatora Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, DJ de 15.12.2003; AgRg nos EDcl no AG 495358/RJ, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 28.10.2003; RESP 496528/SP, Relator Ministro Sálvio DE Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 23.06.2003; RESP 439956/TO, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ de 24.02.2003, REsp 775766 / PR - Recurso Especial 2005/0140039-0 - Ministro BARROS MONTEIRO, REsp 608918 / RS - Recurso Especial 2003/0207129-1 - Ministro JOSÉ DELGADO, REsp 721137 / SE - Recurso Especial 2005/0013589-3 - Ministro BARROS MONTEIRO.

²²⁸ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 57.

²²⁹ Nas palavras sempre claras de Antônio Jeová Santos, a carga dinâmica da prova deve ser entendida como a que “[...] impõe o ônus da prova a quem se encontra em melhores condições de produzir a prova respectiva e não impor a uma das partes, cega e aprioristicamente, pela só circunstância de tratar-se de um fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo. Considera-se como regra de distribuição do ônus da prova, colocar sobre a responsabilidade da parte que se encontra em melhores condições de produzi-la” (SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.529).

demonstrar no âmbito instrutório da demanda, por mais amplo que seja, o abalo de sua alma e a profundidade de sua dor. Muito melhor, nesse caso, presumir a ocorrência do prejuízo imaterial e aguardar que o ofensor comprove que o mesmo incorreu ou que as repercussões do ato faltoso não foram tão graves quanto transparece, derruindo aquela presunção relativa²³⁰, estabelecendo-se autêntica inversão no ônus da prova.

De qualquer modo, não se pode perder de vista o fato de que a dispensabilidade da prova do dano moral não pode ser encarada de forma absoluta, existindo exceções a essa regra. Algumas vezes, como adverte Arnaldo MARMITT²³¹, a realidade do fato em que a vítima se viu envolvida se apresenta confusa e intrincada e por isso o dano moral não pode ser inferido diretamente a partir da sua só ocorrência. Em certos momentos a apresentação de prova por parte da vítima se mostra intransponível, pois existem situações que carecem de melhor verificação e, sobretudo, de demonstração segura acerca dos prejuízos imateriais reclamados. Tal se verifica, por exemplo, quando o ofendido afirme que por conta da lesão suportada passou a se ressentir de síndrome de pânico, hipótese em que a realização de prova pericial médica será de rigor para a comprovação dessa seqüela indicada e da intensidade dos seus efeitos.

Portanto, sempre que a análise do fato lesivo, dada a sua complexidade, não permitir presumir por um processo de raciocínio direto a ocorrência do dano, então à vítima será dado provar tanto a existência do dano imaterial, quanto a sua gravidade²³².

O próprio Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar questão que não se mostrava muito clara, teve oportunidade de reconhecer a falta de elementos que pudessem conduzir à presunção automática de que o ato lesivo causou dano moral, exigindo a prova correspondente²³³.

Não se pode esquecer, de qualquer modo, que sempre competirá ao ofendido o dever de provar de modo suficiente e cabal a autoria do ato lesivo e o nexo de causalidade entre este e o dano alegado.

²³⁰ MARMITT, Arnaldo. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p.18.

²³¹ *Ibid.*, p. 17.

²³² MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral**: problemática: do cabimento à fixação do *Quantum*. São Paulo: Juarez, 2004a. p.226.

²³³ REsp 921398 / MS - Recurso Especial 2007/0020789-1 - Ministra Nancy Andrihgi - Terceira Turma - 09/08/2007 - DJ 27.08.2007 p. 250: “Em que pese o entendimento de os danos morais prescindirem da prova, em razão do seu caráter *in re ipsa*, trata-se de presunção relativa, que não pode prevalecer ante à existência de elementos nos autos que evidenciem que o ato inquinado de ilícito não causou os prejuízos alegados.

4.4 Valor da causa

Consoante disposição contida no artigo 258 do Código de Processo Civil, a todas as causas, indistintamente, será atribuído um valor certo e preciso, o que inclui até mesmo aquelas demandas que não possuam um conteúdo econômico imediato. E isso é tão importante que a própria Lei Adjetiva Civil galgou à condição de requisito indispensável para petição inicial o apontamento do valor da causa²³⁴.

Acontece que muito embora em diversas espécies de demanda esta questão se mostre tranqüila, no âmbito daquelas que dizem respeito a pedidos de compensação de danos morais subsiste forte controvérsia em torno do assunto, sobretudo porque a estimativa do próprio valor indenitário se apresenta envolvida em uma bruma de dúvidas e incertezas decorrente da inexistência de parâmetros fixos, como já se viu anteriormente ao longo deste trabalho.

De qualquer modo, a solução da celeuma estabelecida relativamente ao tema é matéria premente, sobretudo porque o valor da causa serve como base para o cálculo das custas processuais²³⁵ – aí incluído o preparo para recursos –, se apresenta como critério definidor do rito a ser empreendido ao feito²³⁶, e também se mostra como elemento norteador para a fixação dos honorários advocatícios²³⁷, sem contar que até mesmo para a estipulação da multa e do montante indenizatório destinados à retaliação pela litigância de má-fé ele foi indicado como parâmetro obrigatório²³⁸, bem como para a fixação de multa no caso de ser reputado como procrastinatório o recurso de embargos de declaração²³⁹.

Daí resulta que a escorreita e adequada estipulação do valor em causas que tais é primordial, pois se a quantificação respectiva se mostrar exagerada poderá impedir o acesso ao Judiciário, servindo de óbice à propositura da contenda se a parte acionante não tiver capacidade financeira suficiente para bancar as custas necessárias para a sua distribuição, quando não lhe seja dado pugnar pelas benesses da Lei nº 1.060/50. Além disso, a sua fixação em patamar elevado, feita pelos autores abonados ou por aqueles que sejam beneficiários da assistência judiciária gratuita, pode causar prejuízos à parte “ex adversa”, cerceando-lhe o direito de interpor recursos se não puder pagar o preparo respectivo.

²³⁴ Artigo 282, inciso V.

²³⁵ Artigo 4º, incisos I a III da Lei Estadual nº 11.608/03.

²³⁶ Artigo 275, I, do Código de Processo Civil.

²³⁷ Artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil.

²³⁸ Artigo 18 do Código de Processo Civil.

²³⁹ Artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Sobre o assunto, Antônio Jeová SANTOS²⁴⁰ lembra que inicialmente a doutrina mantinha entendimento no sentido de que o valor da causa envolvendo danos morais não deveria guardar qualquer correlação com o montante propugnado a título de ressarcimento, sendo o caso de total desprendimento entre os mesmos como forma de evitar que o Réu permanecesse inteiramente vinculado ao arbitramento unilateral do Autor.

Posteriormente aquele posicionamento inicial evoluiu para a postura hodierna, segundo a qual a problemática atinente ao valor da causa em ações de reparação de danos morais deve ser solucionada sob dois critérios distintos, conforme tenha sido formulado pedido genérico na exordial correspondente ou oferecido pedido certo e determinado de indenização²⁴¹.

Assim, quando o Autor da demanda vem a atribuir valor específico para a compensação objetivada, quantificando expressamente esta última, deverá ser estabelecida exata inter-relação entre o mesmo e o valor da causa. No dizer do mesmo mestre retro mencionado, se é certo que o pleito se apresenta como estimativo, terá idêntica característica o valor da causa, mas, então, este último deverá ser equivalente ao primeiro²⁴².

Em defesa do que foi dito no parágrafo antecedente deve ser acrescentado que em verdade o montante da pretensão sugerida pelo ofendido representa o real conteúdo econômico da ação deduzida em juízo, motivo pelo qual será de rigor a correspondência precisa entre o mesmo e o valor da causa.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou em diversas ocasiões dizendo que o valor da causa deve ser necessariamente idêntico ao da condenação postulada, acaso esta última tenha sido quantificada na inicial pelo Autor²⁴³.

De qualquer forma, muitas vezes a estimativa unilateral realizada pela vítima no libelo inaugural da contenda atinge patamares evidentemente abusivos e claramente

²⁴⁰ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 506.

²⁴¹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 795.

²⁴² SANTOS, A. J. S., op. cit., p. 507.

²⁴³ REsp 807120 / RS - Recurso Especial 2006/0002770-2 - Ministro José Delgado - Primeira Turma - 06/06/2006 - DJ 22.06.2006 p. 189: "Tendo o autor estimado o valor da condenação por danos morais em sua exordial, razoável apontar-se a mesma importância como valor atribuído à causa. 'A jurisprudência das Turmas que compõem a 2.ª Seção é tranqüila no sentido de que o valor da causa nas ações de compensação por danos morais é aquele da condenação postulada, se mensurada na inicial pelo autor.' (Resp 784.986/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01/02/96)". No mesmo sentido: Resp 439.003/RJ, Rel. Min. Castro Filho, DJ 17/12/2004; AGRESP nº 468.909/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 05/05/2003; RESP 416.385/RJ, Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 04/11/2002; RESP 402.593/SP, Min. Rel. Nancy Andrighi, DJ de 07/10/2002; RESP 173.148/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 8/02/2002; AgRgREsp n. 132.700-RJ, DJ 16/12/2002, Rel. Min. Ari Pargendler ; Resp 692580 / Mt - Recurso Especial 2004/0132758-2 - Ministro João Otávio De Noronha - Quarta Turma - 25/03/2008 - DJ 14.04.2008. p. 1.

anormais, distanciando-se do senso comum. Nesses casos específicos, então, deverá ser realizado um controle judicial para reconduzir o valor da causa para nível compatível e que preserve o direito de acesso ao duplo grau de jurisdição²⁴⁴. Assim, os exageros na valoração da demanda devem ser repelidos pelo juiz da causa.

Por outro lado, quando o ofendido se isenta de qualquer apontamento no petítório inaugural da contenda, deixando de realizar mensuração acerca do “quantum” indenitário, ou seja, formula pedido genérico e atribui ao julgador integral liberdade de fixação do montante ressarcitório segundo seu prudente arbítrio, então nesse caso deverá ser aplicada a regra do artigo 258 do Código de Processo Civil, por conta da qual lhe será dado estipular o valor da causa em qualquer importância pecuniária²⁴⁵, ressalvados abusos.

Não obstante isso, a jurisprudência mais atual tem se inclinado no sentido de dizer que diante da impossibilidade de mensuração da expressão econômica da indenização perseguida, o valor da causa será estimado pelo Autor da demanda em quantia provisória e simbólica, a qual se sujeitará a posterior adequação ao valor apurado na sentença²⁴⁶.

Outrossim, nas demandas em que o ofendido cumula pedidos de ressarcimento por danos materiais e compensação de danos morais, deve ser observada a regra contida no

²⁴⁴ Resp 784986 / Sp - Recurso Especial 2005/0161985-1 - Ministra Nancy Andrighi (1118) - Terceira Turma - 29/11/2005 - DJ 01.02.2006 P. 558: “A jurisprudência das Turmas que compõem a 2.ª Seção é tranqüila no sentido de que o valor da causa nas ações de compensação por danos morais é aquele da condenação postulada, se mensurada na inicial pelo autor. Contudo, se o autor pede quantia excessiva a título de compensação por danos morais, mas ao mesmo tempo requer a gratuidade da justiça, para não arcar com as custas e demais despesas processuais, pode e é até recomendável que o juiz acolha impugnação ao valor da causa e ajuste-a à realidade da demanda e à natureza dos pedidos”.

Em idêntico diapasão: “A jurisprudência das Turmas que compõem a 2.ª Seção é tranqüila no sentido de que o valor da causa nas ações de compensação por danos morais é aquele da condenação postulada, se mensurada na inicial pelo autor. Contudo, se o autor pede quantia excessiva a título de compensação por danos morais, mas ao mesmo tempo requer a gratuidade da justiça, para não arcar com as custas e demais despesas processuais, pode e é até recomendável que o juiz acolha impugnação ao valor da causa e ajuste-a à realidade da demanda e à natureza dos pedidos” (Resp 819116 / Pb - Recurso Especial 2006/0031235-9 - Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma - 17/08/2006 - DJ 04.09.2006 - p. 271).

²⁴⁵ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 508.

²⁴⁶ Resp 764820 / Mg - Recurso Especial 2005/0110882-9 - Ministro Luiz Fux - Primeira Turma - 24/10/2006 - DJ 20.11.2006 P. 280 (RDDP Vol. 48 P. 120): “O valor da causa deve ser fixado considerada a expressão econômica da indenização pleiteada, porquanto representativo do benefício pretendido pela parte através da prestação jurisdicional. Deveras, na impossibilidade de imediata mensuração do quantum debeat da indenização, como soem ser aqueles decorrentes de complexos cálculos contábeis, o valor da causa pode ser estimado pelo autor, em quantia simbólica e provisória, passível de posterior adequação ao valor apurado pela sentença ou no procedimento de liquidação”. No mesmo sentido: REsp 591351/DF, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 21.09.2006; RESP 363445/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 01.04.2002; RESP 120307/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 09.12.1997; RESP 180842/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 23.11.1998; Resp 714242 / Rj - Recurso Especial 2004/0183099-0 - Ministro João Otávio De Noronha - DJ 10.03.2008.

artigo 259, inciso II do Código de Processo Civil, segundo a qual se fará mister a correspondência do valor da causa à somatória dos pleitos.

Dessa forma, para a valoração da causa o autor deverá computar as quantias pretendidas a título de danos materiais, aí incluídos os danos emergentes havidos e os lucros cessantes ocorridos, e em seguida somará àqueles o “quantum” atinente aos danos morais. Porém, quanto a estes últimos deverá levar em conta as regras já expostas, considerando, portanto, se houve indicação precisa do valor compensatório objetivado ou se o arbitramento correspondente foi relegado ao juízo²⁴⁷.

4.5 Sucumbência parcial do autor

A regra geral disposta no artigo 20 do Código de Processo Civil prevê que ao prolatar a sentença deva o magistrado condenar o vencido a pagar ao vencedor todas as custas processuais e os honorários advocatícios à parte “ex adversa”, o que implica em dizer que o perdedor da demanda arca com as verbas de sucumbência.

Por vezes, no entanto, cada litigante acaba se mostrando em parte vencedor e também vencido, hipótese em que cabe avaliar o grau de decaimento da pretensão dos contendores. Assim, quando um dos litigantes vier a sofrer redução mínima quanto ao seu pleito, o outro responderá integralmente pelos ônus sucumbenciais. No entanto, nos demais

²⁴⁷ STJ - Resp 565880 / Sp - Recurso Especial 2003/0077161-4 - Ministro Fernando Gonçalves - Quarta Turma - 06/09/2005 - DJ 03.10.2005 P. 262 (RT 843/196) : “1. O entendimento pretoriano é no sentido de que havendo "cumulação de pedidos autônomos entre si, economicamente identificados, segundo os elementos da inicial, o valor da causa é fixado pelo somatório de todos, a teor do art. 259, II, do CPC" - Resp 178.243-RS. 2. No caso, entretanto, houve elevação do valor da causa, através de aditamento à petição inicial, de noventa mil reais para duzentos milhões de reais, sem que a estimativa para fixação dos danos materiais utilizasse critério preciso, resultante de quantia certa, mas dependente de apuração, mediante prova pericial. 3. Quanto ao dano moral prevalece o direcionamento de que o seu valor é meramente estimativo, ficando na dependência do prudente arbítrio judicial - Resp 80.501-RJ. Assim, quando estimado este valor em verdadeira demasia pode o Judiciário adequá-lo à realidade, o mesmo se dando quando alvitrada soma irrisória. 4. Neste contexto, a alteração levada a cabo, com simultâneo pedido de justiça gratuita pelo interessado na elevação, de resto negado, mas obtendo o diferimento das custas para o final, a par de evidente maltrato ao art. 258 do Código de Processo Civil, pois não ministrado qualquer parâmetro para a violenta elevação do valor da causa, com extrapolação dos limites adequados, teve em mira apenas impor um ônus à parte contrária”.

No mesmo sentido: Resp 773728 / SP - Recurso Especial 2005/0135048-0 - Ministro Aldir Passarinho Junior - Quarta Turma - 05/10/2006 - DJ 06.11.2006 P. 334; Resp 512082 / SC - Recurso Especial 2003/0041693-9 - Ministro Humberto Martins - Segunda Turma -06/02/2007 - DJ 14.02.2007 P. 206; Resp 713800 / Ma - Recurso Especial 2005/0001522-4 - Ministro Sidnei Beneti - Terceira Turma - 11/03/2008 - DJ 01.04.2008 P. 1; Resp 692580 / Mt - Recurso Especial 2004/0132758-2 - Ministro João Otávio de Noronha - Quarta Turma - 25/03/2008 - DJ14.04.2008 P. 1.

casos de derrota recíproca será de rigor a divisão proporcional das despesas processuais e verba honorária, inclusive com a compensação de valores já adiantados, na exata medida do perdimento enfrentado por cada um dos opositores²⁴⁸.

Assim considerado, a questão que ora se aborda diz respeito ao fato recorrente de uma pessoa ofendida em seu patrimônio imaterial vir a estimar determinado valor na peça inaugural da ação de indenização por ela proposta e o juiz na sentença, embora acabe condenando o réu ao pagamento de certo montante, fixa este último em quantia inferior àquela pedida. Nesse caso poder-se-á ou não falar em sucumbência recíproca, com repartição dos encargos correspondentes?

A resposta a essa indagação nem sempre se mostrou tranqüila, pois a jurisprudência por vezes tem considerado que diante da indicação de um valor preciso para o fim de compensação do dano moral suportado feita pelo ofendido na peça vestibular, o mesmo ficaria a ela atrelado para os fins de sucumbência, tanto que lhe seria dado suportar os encargos decorrentes de modo proporcional e na exata medida do afastamento da sua pretensão²⁴⁹.

No entanto, os Tribunais passaram a se posicionar de forma diversa na exata medida em que admitiram as dificuldades existentes para a mensuração do valor destinado à compensação dos danos morais, reconhecendo o caráter meramente estimativo ou sugestionador do “quantum” eventualmente indicado no libelo inaugural pela vítima, abandonando a idéia de que este último assumiria os contornos de pedido certo e vinculativo.

Assim, diante dessa nova realidade não mais se pôde considerar sucumbente em parte aquele autor que deixou de ser agraciado com o exato montante sugerido em ação de ressarcimento de dano moral. Como a estimativa feita na exordial de demandas que tais não atrela a pretensão ao acolhimento respectivo, prestando-se como mero elemento norteador para o arbitramento final pelo juiz, a vítima-requerente será reputada vencedora única

²⁴⁸ Artigo 21 do Código de Processo Civil: “Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas. Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários”.

²⁴⁹ RJTJRS 225/325; JTJ 220/76, 224/76.

integral pelo só fato de ter havido condenação do ofensor ao ressarcimento, pouco importando o montante fixado²⁵⁰.

Colocando uma última pá de cal sobre o assunto e serenando de vez a celeuma existe, sobreveio a Súmula nº 236 do Superior Tribunal de Justiça, definindo o seguinte:

Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

E o mesmo raciocínio expendido para o fim de rejeição da sucumbência recíproca nas ações de ressarcimento de danos morais vale para justificar a viabilidade da condenação do réu ao pagamento de montante superior àquele que fora indicado pelo autor, sem que isso implique em julgamento “ultra petita”. Como a sugestão inserida na petição inicial, como visto, é somente estimativa, o magistrado poderá posicionar a verba compensatória no patamar que entender mais justo e suficiente para o caso, não importando se abaixo ou mesmo acima daquilo que fora sugerido pelo autor²⁵¹.

²⁵⁰ Nesse sentido se posiciona remansosa jurisprudência, da qual fazem eco os seguintes julgados do STJ: REsp 826406 / RJ - Recurso Especial 2006/0047675-5 - Ministro Jorge Scartezini - Quarta Turma - 25/04/2006 - DJ 15.05.2006 p. 241; REsp 821548 / RJ - Recurso Especial 2006/0036028-3 - Ministro Teori Albino Zavascki - Primeira Turma - 20/06/2006 - DJ 01.08.2006 p. 385; REsp 744643 / SC - Recurso Especial 2005/0067238-3 - Ministro Hélio Quaglia Barbosa - Quarta Turma - 15/02/2007 - DJ 12.03.2007 p. 241; REsp 591238 / MT - Recurso Especial 2003/0154144-9 - Ministro Hélio Quaglia Barbosa - Quarta Turma - 10/04/2007 - DJ 28.05.2007 p. 344; REsp 799581 / RR - Recurso Especial 2005/0194136-4 - Ministra Eliana Calmon - Segunda Turma - 21/06/2007 - DJ 29.06.2007 p. 543; REsp 579157 / MT - Recurso Especial 2003/0143536-0 - Ministro Hélio Quaglia Barbosa - Quarta Turma - 04/12/2007 - DJ 11.02.2008 p. 1; REsp 865750 / MG - Recurso Especial 2006/0145272-8 - Ministro Aldir Passarinho Junior - Quarta Turma - 07/02/2008 - DJ 17.03.2008 p. 1. E também decisões do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Apelação Com Revisão 1005468000 - Relator(a): Antonio Benedito Ribeiro Pinto - Comarca: Jaú - Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 06/05/2008 - Data de registro: 12/05/2008; Apelação Com Revisão 4895384700 - Relator(a): Donegá Morandini - Comarca: Americana; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 29/04/2008 - Data de registro: 12/05/2008; Apelação 1181830900 - Relator(a): Mauro Conti Machado - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 19/02/2008 - Data de registro: 13/05/2008; Apelação 7104683400 - Relator(a): Melo Colombi - Comarca: Capão Bonito - Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 30/01/2008 - Data de registro: 17/04/2008; Apelação 7182399300 - Relator(a): Melo Colombi - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 09/04/2008 - Data de registro: 16/05/2008.

²⁵¹ Entendendo pela inexistência de julgamento “ultra petita” e não violação dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil: STJ – AgRg no Ag. 625.911, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª T., j. 05/05/05, DJ 20/06/05; STJ – REsp 240.213, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 18/11/03, DJ 25/02/04.

4.6 Fixação do “quantum” indenizatório em salários mínimos

Consoante se observa nos anais forenses, tem sido prática das mais comuns, largamente empregada, a fixação do montante compensatório em ações de reparação de danos morais em equivalentes a salários mínimos. Aqui, no entanto, se estabelece mais um ponto de discórdia.

Acontece que o artigo 7º, inciso IV²⁵² da Constituição Federal, contém vedação expressa quanto à utilização do salário mínimo para qualquer vinculação a obrigações em geral sem caráter trabalhista, o que ficou estabelecido de modo a preservar a sua finalidade precípua de retribuição para atividades laborais desenvolvidas pelo trabalhador, permitindo-lhe o suprimento de suas necessidades de vida.

A despeito disso, o Superior Tribunal de Justiça sempre entendeu possível a fixação da reparação do dano moral em importe equivalente a salários mínimos, argumentando que tal providência não seria inconstitucional na medida em que o objetivo da Magna Carta seria unicamente evitar a utilização do salário mínimo como fator de correção monetária, porém, isso não ocorreria quando do seu emprego como fator de indenização de prejuízos imateriais sofridos pelo cidadão²⁵³.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal acabou fechando questão quanto à impossibilidade de emprego do salário mínimo até mesmo para a quantificação do dano moral, entendendo que o uso correspondente com tal escopo assumia contornos de autêntico indexador, o que afrontava a norma inserta no já referido artigo 7º IV da Constituição Federal²⁵⁴.

²⁵² “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

²⁵³ REsp 149161 / RS - Recurso Especial 1997/0066503-8 - Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Terceira Turma- 15/10/1998 -DJ 19.04.1999 p. 135; REsp 56288 / RJ - Recurso Especial 1994/0033064-2 - Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira - Quarta Turma - 18/04/1995 - DJ 22.05.1995 p. 14414.

²⁵⁴ “Dano moral. Fixação da indenização com vinculação a salário mínimo. Vedação Constitucional. Art. 7º, IV, da Carta Magna. O Plenário desta Corte, ao julgar, em 01.10.97, a ADIN 1425, firmou o entendimento de que, ao estabelecer o artigo 7º, IV, da Constituição que é vedada a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, ‘quis evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado’. No caso, a indenização por dano moral foi fixada em 500 salários mínimos para que, inequivocamente, o valor do salário mínimo a que essa indenização está vinculada atue como fator de atualização desta, o que é vedado pelo citado dispositivo constitucional. Outros precedentes desta Corte quanto à vedação da vinculação em causa” (STF – RE 225.488, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., j. 11/04/00, DJ 16.06.00 – RT 782/102).

Por conta disso, o Superior Tribunal de Justiça voltou atrás naquele seu entendimento inicialmente esposado e passou a se filiar ao Pretório Excelso, emitindo julgamentos declaradamente contrários ao uso do salário mínimo para o fim de ressarcimento de dano moral²⁵⁵.

De qualquer modo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo continua decidindo no sentido de que o salário mínimo pode ser utilizado como parâmetro de fixação da indenização por danos morais²⁵⁶, muito embora existam algumas câmaras dissidentes²⁵⁷.

Porém, sem embargo das duntas opiniões em sentido contrário, defendemos a posição de que nada obsta à utilização do salário mínimo como parâmetro para a estipulação do “quantum” compensatório na demanda de ressarcimento do dano moral, mediante o emprego correspondente apenas com o escopo de equivalência, procedendo-se, após, a correção do montante respectivo com base nos índices oficiais de atualização inflacionária.

Portanto, deve o juiz indicar o número de salários mínimos atinentes à indenização e o cálculo de liquidação posterior levará em conta o valor em moeda corrente no momento da sentença, atualizando-se o mesmo a partir de então com esteio nos indicadores inflacionários convencionais. Assim, o salário mínimo não assumirá a condição de indexador e diante disso inexistirá afronta à Magna Carta²⁵⁸.

²⁵⁵ REsp 588291 / RS - Recurso Especial 2003/0157613-7 - Ministro Barros Monteiro - Quarta Turma - 03/11/2005 - DJ 19.12.2005 p. 417; REsp 669691 / RJ - Recurso Especial 2004/0127142-1 - Ministro Jorge Scartezzini - Quarta Turma - 28/06/2005 - DJ 29.08.2005 p. 359; REsp 684985 / RJ - Recurso Especial 2004/0129429-1 - Ministro Cesar Asfor Rocha - Quarta Turma - 19/04/2005 - DJ 19.09.2005 p. 346; REsp 659128 / RS - Recurso Especial 2004/0050576-7 - Ministro Cesar Asfor Rocha - Quarta Turma - 28/09/2004 - DJ 22.11.2004 p. 364.

²⁵⁶ Apelação Sem Revisão 1061080006 - Relator(a): Marcos Ramos - Comarca: Santos - Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 30/04/2008 - Data de registro: 14/05/2008; Apelação Sem Revisão 1067765001 - Relator(a): Emanuel Oliveira - Comarca: Lençóis Paulista - Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 14/05/2008 - Data de registro: 16/05/2008; Apelação Sem Revisão 1066954008 - Relator(a): Orlando Pistoressi - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 14/05/2008 - Data de registro: 16/05/2008; Apelação Com Revisão 5212764200 - Relator(a): Carlos Stroppa - Comarca: São José do Rio Preto - Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 12/02/2008 - Data de registro: 03/03/2008; Apelação Sem Revisão 1062779009 - Relator(a): Felipe Ferreira - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 25/02/2008 - Data de registro: 04/03/2008.

²⁵⁷ Apelação Com Revisão 821929008 - Relator(a): Arantes Theodoro - Comarca: São José do Rio Preto - Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 13/03/2008 - Data de registro: 18/03/2008; Apelação Com Revisão 4977764600 - Relator(a): Encinas Manfré - Comarca: Suzano - Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 06/03/2008 - Data de registro: 18/03/2008; Apelação Com Revisão 5614485400 - Relator(a): Peiretti de Godoy - Comarca: Cabreúva - Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 26/03/2008 - Data de registro: 11/04/2008; Agravo de Instrumento 5123984800 - Relator(a): Joaquim Garcia - Comarca: Barretos - Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 16/04/2008 - Data de registro: 25/04/2008.

²⁵⁸ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 135-136.

CONCLUSÃO

As análises encetadas até o momento nos conduzem à ilação segura de que todo dano moral causado à pessoa física, jurídica ou à coletividade, assim considerado como qualquer ofensa aos direitos da personalidade – de ordem subjetiva ou objetiva –, merece integral atenção do nosso sistema jurídico, o qual exige e viabiliza a mais ampla reparação possível, traduzida, nesse caso, pelo critério da compensação.

Inexiste repulsa do Direito à quantificação pecuniária do dano moral, pois tal se estabelece como a única forma de reconduzir o ofendido o mais próximo possível da situação em que se encontrava antes do ataque à sua esfera de interesses imateriais. O que não se pode permitir é que atos ilícitos de qualquer natureza permaneçam impunes, pouco importando a sua origem (contratual ou extracontratual), e também que algum dano venha a quedar sem a indispensável reparação, na medida em que daí resultaria inaceitável manutenção de desequilíbrio nas relações sociais.

De todo modo, restou igualmente patente que não é qualquer dor ou aflição que se mostra capaz de caracterizar o dano moral e justificar a compensação correspondente, mas como tal apenas pode ser entendida a lesão efetiva e significativa a um dos direitos da personalidade, aos atributos da pessoa ou à dignidade humana, ficando afastados, portanto, os incômodos corriqueiros e de somenos importância, sem maiores repercussões na vida do homem médio.

Dentro desse prisma, e em se considerando a admissão da compensabilidade irrestrita do dano moral, ficou assentado que os sistemas existentes (aberto, fechado ou híbrido puro) para a reparação correspondente não se mostram adequados e suficientes, apresentando falhas que de uma forma ou de outra corrompem o direito da vítima ou comprometem a segurança jurídica almejada por toda a comunidade.

O arbítrio judicial, lastreado no bom senso do julgador, embora imprescindível para a adequação da verba compensatória ao caso concreto não pode vicejar de forma totalmente livre e desenfreada. Outrossim, a tarifação também apresenta inconvenientes consideráveis, pois mesmo quando utilizada no sistema misto restringe o ressarcimento às suas bitolas e com isso compromete os interesses daqueles que necessitam mais do que o estipulado no teto da tabela ou merecem menos do que o piso correspondente.

Nesse sentido, é possível concluir, extirpe de dúvidas – reforçando as colocações já realizadas a esse título –, que somente o sistema de regulação permite o estabelecimento de uma realidade jurídica conveniente e capaz de gerar resultados justos e equânimes, na medida em que o julgador utilizará pauta de valores apenas como um elemento norteador e não vinculativo, com base na qual estipulará uma indenização-base, e a partir de uma flexibilização desta última lhe será dado chegar ao montante ressarcitório adequado através do sopesamento de diversos critérios objetivos impostos, que conduzirão à exata moldagem do valor final ao caso concreto em julgamento.

O objetivo sempre será a realização de justiça, mas esta somente poderá se estabelecer quando se conseguir entregar a cada um o que é seu, na exata medida do direito violado. E o equilíbrio ideal do justo na hipótese dos danos morais somente poderá ser conseguido a partir da adoção do sistema proposto.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Tânia Mara Fonseca Mendes. Dano moral do consumidor: admirável mundo novo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 145, 28 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4529>>. Acesso em: 28 abr. 2008.

AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 1968.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

BENUCCI, Eduardo Bonasi. **La responsabilità civile**. Milão: Giuffré Editore, 1955.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 559, p. 1-2, 17 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

BUSSADA, Wilson. **Danos e indenizações interpretados pelos tribunais**. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1996. t.1-4.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

CAMERINI, João Carlos Bemerguy. O dano moral ambiental difuso: objeções à interpretação civilista adotada em precedente do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n.1576, 25 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10573>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

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

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classicbook, 2000.

_____. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Servanda, 1999.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Bookseller, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

CUPIS, Adriano de. **Il danno: teoria generale della responsabilità civile**. Milano Giuffrè, 1979.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

_____. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.

ESÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. v. I.

ESTEVES, Paulo et al. **Dano moral : observações sobre a ação de responsabilidade civil por danos morais decorrentes de abuso da liberdade de imprensa**. São Paulo: Fisco e Contribuinte, 1999.

FERREIRA, Aparecido Hernani. **Dano moral como consequência do indiciamento em inquérito policial**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

JURISPRUDÊNCIA do Tribunal de Justiça. São Paulo: Lex , 2000/2007.

LANDI, Guido; LARICCIA, Sérgio; PIGA, Franco. **Enciclopedia del diritto**. Itália: Giuffré Editore, 1988. v. 39.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Liquidação de danos morais**. 2. ed. Campinas/SP: Copola, 1997.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5.

LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MAGALHÃES, Jorge de Miranda. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme ; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

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

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. ; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MATOS, Enéas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD Leon. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Traduzido para o espanhol por CASTILLO, Luis Alcalá-Zamora. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. t. 1. v. 1-2.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data'**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral: problemática: do cabimento à fixação do Quantum**. São Paulo: Juarez, 2004a.

_____. Dano moral coletivo nas relações de consumo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 380, 22 jul. 2004b. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5462>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar: critérios de fixação do Quantum**. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.

MONTENETRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

NETTO, Felipe P. Braga. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

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

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto. **Dano moral: proteção jurídica da consciência**. Leme/SP: LED, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Instituições de direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REMÉDIO, José Antônio; FREITAS, José Fernando Seifarth e LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Dano moral**. São Paulo: Saraiva, 2000.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Ed. RT, 2000-2006. Mensal.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano moral**. Leme/SP: LED, 1997.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.. v. 2.

SILVA, Américo Luís Martins da Silva. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Antônio Carlos Costa e. **Tratado do processo de execução**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. **Segurança jurídica e jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença: processo cautelar e tutela de urgência. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2.

_____. **Dano moral**. 5. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

_____. Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil. **Revista Síntese de Direito Civil**, Porto Alegre, v. 12, p. 14, jul./ago. 2001.

VALLE, Christino Almeida do. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

VALLER, Wladimir. **A reparação do dano moral no direito brasileiro**. 2. ed. Campinas, SP: E.V., 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.