



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

TAYRINE GIRLANE SIQUEIRA SOARES

**DANO MORAL: INSERÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS COMO
AUXÍLIO NA VALORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO**

**SOUSA - PB
2010**

TAYRINE GIRLANE SIQUEIRA SOARES

**DANO MORAL: INSERÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS COMO
AUXÍLIO NA VALORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

**SOUSA - PB
2010**

TAYRINE GIRLANE SIQUEIRA SOARES

**DANO MORAL: INSERÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS COMO AUXÍLIO NA
VALORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO**

Projeto de Pesquisa apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof^a Carla Pedrosa de Figueiredo – UFCG

Orientadora

Prof^a Cecília Paranhos Santos Marcelino

Membro

Prof^o Francivaldo Gomes de Moura

Membro

SOUSA-PB

2010

Dedico a Deus, primeiramente, e à minha família; meu pai, minha mãe e minha irmã, porque sabem o quanto foi árdua a jornada até chegar aqui. Pelo amor incondicional, pelo apoio, e por me oportunizar esse momento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a meu “Mestre”, o meu Deus que tem contemplado tudo de perto, que tem sido o sustentáculo da minha vida, que jamais me desamparou; mesmo no dia mau, da angústia e da adversidade, Ele estava lá e por isso consegui vencer mais uma etapa. Por isso, amo esse Deus a quem sirvo e exalto todos os dias de minha vida.

Aos meus pais Francisco de Assis Soares e Lúcia Maria de Siqueira Soares que me tornaram a pessoa que sou.

À minha amada irmã, Gisele de Siqueira Soares. Agradeço a Deus por tê-la como irmã, não poderia receber presente melhor de Deus, você que é um anjo do Senhor em minha vida, que acredita nos meus sonhos e sonha comigo.

Agradeço profundamente à orientadora, Carla Pedrosa de Figueiredo, pela paciência e, principalmente, por me entender no momento em que mais precisei, revelando-se como uma pessoa humana, solícita, compreensiva e uma ótima orientadora. Assim como, o auxílio prestado pela professora Cecília Paranhos Santos que, extraordinariamente, me ajudou a desenvolver a abordagem desse tema e que me abriu os olhos para a realidade da Valoração do *quantum* indenizatório.

Às minhas amigas-irmãs: “Aucy”, “Danny”, “Mari”, Mayara, Cíntia, Ciarle, Larissa, Simoní e Kamila Nethiely que são pessoas que amo e prezo, como também essenciais para minha felicidade.

Ao meu amigo-irmão, Clécio, por quem tenho muito apreço e admiração e sei que está sempre torcendo por mim e pelo meu sucesso.

A minha “Tia Leda” que, sempre torceu por minha vitória.

Aos meus primos, que sempre me deram força para seguir a árdua caminhada da vida.

Aos colegas de turma, pelo aprendizado e convivência.

Aos professores, que me auxiliaram e aturaram durante esses cinco anos, representados pela pessoa de Cecília Paranhos.

A todos os funcionários que me dedicaram tanto carinho, representados por “Tico” e Consuêlo.

E a todos que direta e indiretamente participaram de minha vitória.

Se você é capaz de tremer de indignação
a cada vez que se comete uma injustiça
no mundo, então somos companheiros.

Ernesto Che Guevara

RESUMO

O dano moral é real e se deduz de qualquer sofrimento ou desconforto moral relevantes, que atinja a pessoa natural ou jurídica por conta da conduta de um agente. É também indenizável e, apesar do dinheiro não aniquilar ou pagar a dor, proporciona ao lesado experimentar sensações construtivas, positivas e até mesmo prazerosas, diametralmente opostas às que construíram o dano, na tentativa de reequilibrar o seu estado psicológico. Com efeito, o tema do trabalho monográfico que ora se apresenta é “Dano moral: Inserção de critérios objetivos como auxílio na valoração do *quantum* indenizatório”. O objetivo central da pesquisa é analisar, a ausência de requisitos legais para a determinação do quantum indenizatório nas ações por dano moral, defendendo a aplicação de critérios objetivos aditados aos subjetivos para nortear o magistrado no momento de mensurar a compensação. Para tanto, tendo em vista o método de abordagem e o procedimento, desenvolveu-se uma pesquisa eminentemente teórica mediante pesquisa bibliográfica, formulando-se argumentações sólidas a partir de estudos detalhados em escritos especializados no assunto exposto. Tendo ainda, em alguns momentos, feito uso do método exegético-jurídico ao estudar a legislação que serve de supedâneo ao assunto e, por fim, mas com uma importância singular, o desenvolver do método dedutivo, produzindo e ampliando o estudo do tema, favorecendo as gerações contemporâneas e futuras o melhor entendimento do que hoje se apresenta passível de discussões. O trabalho foi estruturado em três capítulos: o primeiro tratando da evolução histórica da responsabilidade civil; o segundo versando acerca dos princípios constitucionais que norteiam a compensação indenizatória juntamente com os fatores basilares que a circundam; o terceiro abordando a temática da jurisprudência pátria voltada para a eficácia de sua aplicabilidade, especificamente no dano moral. Da investigação resulta que a indenização deve ser paga em moeda corrente e de uma única vez, com os consectários da condenação incidentes apenas a partir da data do decism condenatório e que a condenação em dano moral visa dois efeitos: o compensatório, obtido com o valor que se entende justo a simples compensação do dano moral e o preventivo, atuante no íntimo do agente, correlato ao intuito norte-americano punitive damages, que se constitui em verdadeira penalidade pecuniária para inibir novos atos danosos pelo agente. Conclui-se que, o ordenamento jurídico brasileiro deve estabelecer métodos objetivos de fixação do valor indenizatório fazendo-se uso de tarifas, apreciação de provas e análises periciais, que emanem de princípios constitucionalmente assegurados e de fundamentação legal, estabelecendo uma segurança jurídica mais sólida e um real estágio pleno de direitos do cidadão.

Palavras-chave: dano moral, *quantum* indenizatório, métodos objetivos de fixação.

ABSTRACT

The moral damage is real and can be deduced from any pain or moral discomfort that is relevant, which achieves the natural or legal person on account of the conduct of an agent. It is also indemnified and, although the money does not pay or annihilate the pain, gives the victim feel constructive sensations, positive and even enjoyable, diametrically opposed to those who built the damage in an attempt to rebalance the victim's psychological state. Indeed, the theme of the monograph work presented here is: "Insertion of objective criteria as a help in assessing the indemnity quantum." The central aim of the research is to analyze the absence of legal requirements for determining the indemnity quantum in the actions for moral damages, arguing the application of objective criteria added to subjective to guide the magistrate at the time of measuring the compensation. To do so, given the approach and procedure method, it was developed a mainly theoretical research through literature research, making up solid arguments from detailed studies on specialized writings on the subject above. Having yet, at times, made use of legal-exegetical method to study the legislation that serves as a footstool to the subject and, finally, but with a singular importance, the developing of the deductive method, producing and expanding the study of the topic, helping contemporary and future generations the best understanding of what today is likely to present discussions. The work was divided into three chapters: the first dealing with the historical evolution of civil liability, the second verses about the constitutional principles that guide the compensation for indemnification together with the basic factors that surround it, the third addressing the issue of homeland jurisprudence toward the effectiveness of its applicability, specifically in moral damage. Research shows that the compensation should be paid in cash and in just one time, with the condemnation effects incident only from the date of the condemnatory sentence and that condemnation in moral damages aimed at two purposes: the compensatory, with the value that is meant just to the mere compensation of moral and preventive damage, active in the depths of the agent, which correlates to the American view of punitive damages, which constitutes true financial penalty to inhibit further harmful acts by the agent. It was concluded that the Brazilian legal system should establish objective methods for determining the indemnity amount by making use of tariffs, assessment of evidence and forensic analysis, emanating from the constitutionally guaranteed principles and legal grounds, establishing a stronger juridical security and a real stage of full citizen rights.

Keywords: moral damage, indemnity quantum, objective methods of fixation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO -----	9
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ----	11
2.1 GÊNESE DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR -----	12
2.2 O DANO MORAL NO CÓDIGO CIVIL DE 1916-----	14
2.3 SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	16
3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CRITÉRIOS ADOTADOS PARA A REPARAÇÃO DO DANO MORAL -----	24
3.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE -----	25
3.2 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OBJETIVA -----	27
3.3 A ESTIMATIVA DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL: FATORES PREPONDERANTES -----	28
3.4 DA INSUFICIÊNCIA DESSES FATORES-----	30
4 A INSERÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS COMO AUXÍLIO NA VALORAÇÃO DO <i>QUANTUM</i> INDENIZATÓRIO EM SE TRATANDO DO DANO MORAL -----	37
4.1 JULGADOS INEFICAZES-----	39
4.2 DO PONTO DE VISTA DO STJ-----	43
4.3 ANALOGIA COM O DIREITO PENAL -----	46
4.4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	49
5 CONCLUSÃO -----	52
REFERÊNCIAS -----	55
ANEXOS -----	58

1 INTRODUÇÃO

Após anos de discussão acerca da possibilidade de punição decorrente de dano moral, desenvolvendo-se argumentações sobre sua eventual existência, sua viabilidade acabou-se por ser solidificada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde se observou uma maior segurança em lidar com a aplicabilidade do assunto.

Dentre esta evolução referente ao dano moral, está a discussão a respeito da possibilidade de se desenvolver critérios efetivos que auxiliem o magistrado na eficaz aplicação das indenizações de cunho valorativo, determinando o quantum indenizatório não só por pressupostos subjetivos, baseados em princípios razoavelmente proporcionais, mas, inserindo no ordenamento jurídico pátrio requisitos objetivos que possam ser utilizados no momento da condenação dos causadores de danos que sofreram penas compensatórias.

Leva-se sempre em consideração a omissão do Código Civil de 2002 no que tange aos expressos pressupostos determinantes à reparação punitiva, visto que, mesmo sendo uma legislação muito aplicada nas relações intersubjetivas contemporâneas, de forma argumentativa, ainda não trata do objeto aqui estudado com precisão e coerência, o que atualmente vem gerando discussões entre juristas, dentre eles advogados e juízes. Não se consegue ainda, vislumbrar de forma transparente a aplicabilidade de métodos eficazes ao se indenizar à vítima. Partindo-se sempre da premissa de que nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional poderá desconstituir a supremacia da Ordem Jurídica e segurança pública.

Assim, pretende-se abordar o problema em se considerando: a) a origem do dano moral e sua evolução no Brasil e em países que vivenciaram ou vivenciam a atual organização jurisprudencial pátria; b) a importância do sistema positivista; c) a aplicabilidade ainda não satisfatória do princípio da razoabilidade objetiva; d) a analogia com o ordenamento penal, no que tange a critérios satisfatórios futuramente estabelecidos na responsabilidade civil; e) a necessidade de se ter uma uniformização legal dos possíveis métodos de determinação do quantum indenizatório.

Para tanto, desenvolver-se-á a pesquisa de forma eminentemente teórica e, em alguns momentos, empírica, com emprego dos métodos bibliográfico e exegético-jurídico, para exame da legislação pertinente ao tema; histórico-evolutivo, para dar conhecimento acerca da história do instituto em exame e por fim o dedutivo, para análise dos assuntos partindo-se dos termos mais gerais para as especificidades.

O trabalho, então, será estruturado em três capítulos: o primeiro tratando da evolução histórica do instituto da responsabilidade civil, pátrio e comparado; o segundo versando sobre os princípios constitucionais que norteiam o dano moral possibilitando a inserção de critérios objetivos para servir de parâmetro no momento da valoração do quantum indenizatório e o último abordando a atual forma de aplicabilidade desta compensação-punitiva através da exposição da jurisprudência brasileira apresentada em tribunais pátrios, expondo alguns modelos ineficazes e outros que, outrora, possibilitaram uma melhor forma de se fazer justiça.

Desta feita, a intenção do trabalho não foi a desvalorizar o método atualmente adotado, mas sim valorizar o Poder Judiciário concedendo-lhe melhores formas de lidar com a indenização por dano moral, especialmente com a subjetividade persistente no livre convencimento do magistrado em detrimento a uma definição legal que assegure não só o melhor exercício do direito privado, mas também, a integridade do interesse público.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Atualmente, vive-se em sociedades de risco, e, o sentido da expressão, porém, não se vincula diretamente as crescentes hipóteses de risco – entendidas estas como aumento real do número de acidentes – mas, às sociedades que se organizam para fazer frente ao incremento destas hipóteses, introduzidas principalmente pelos avanços tecnológicos e pela intensa interferência humana no meio ambiente, conforme denota Moraes (2006).

Advinda dessas transformações, e levando em consideração os quase vinte e cinco anos que já se passaram desde a promulgação da Constituição da República, uma verdadeira reviravolta ocorreu no âmbito do Direito Civil. Na atualidade, poucos civilistas negam eficácia normativa ao texto constitucional ou deixam de reconhecer o seu impacto sobre a regulação das relações privadas.

Estudos de teoria geral do direito acerca da aplicação dos princípios constitucionais e da metodologia de sua ponderação foram determinantes para afastar definitivamente a cristalizada concepção da Constituição como mera carta política, endereçada exclusivamente ao legislador infraconstitucional. Claramente, o efeito desta alteração na interpretação-aplicação dos institutos civilísticos tem sido notável e, deve-se mesmo observar, ainda não está completamente realizada.

Em relação ao dano, segundo a visão especializada de nobres doutrinadores, tais quais Gagliano e Paplona (2004), pode-se defender que o dano é o fundamento unitário da responsabilidade civil, a própria razão de ser do dever de indenizar. Conceitualmente, a responsabilidade civil consiste justamente na imputação do evento danoso a um sujeito determinado, que será, então, obrigado a indenizá-lo. Diversamente do Direito Penal, porém, o Direito Civil não tipifica legislativamente cada comportamento danoso; ao contrário, a obrigação de indenizar está inserida em uma cláusula geral prevista no artigo 186 c/c o artigo 927 do atual Código Civil.

Por conseguinte, cumprir identificar quais são os eventos que fazem nascer a obrigação de indenizar, em outras palavras, é preciso “circunscrever a área dos danos ressarcíveis”, de modo a evitar a “propagação irracional dos mecanismos de tutela indenizatória”, tal como afirma Picazo, (2009).

2.1 GÊNESE DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

A primeira idéia que se tem conhecimento acerca do dano e sua reparação deu-se no Código de Hamurabi. Assim, o axioma "olho por olho, dente por dente" nada mais era do que uma forma de reparação do dano. Segundo Reis (2002), as ofensas pessoais eram reparadas na mesma classe social, através de ofensas idênticas. Este Código ainda incluía a teoria de reparação à custa de pagamento em um valor pecuniário, o que resultou, hodiernamente, na chamada teoria da compensação econômica, mas isso só veio a se consolidar mais tarde, com o Código de Manu.

Nesse diapasão, Gagliano e Paplona (2004) mencionam que o Código de Manu, nome advindo da mitologia hinduísta referente ao homem que sistematizou as leis sociais e religiosas do Hinduísmo, estabeleceu a reparação do dano adicionando um valor pecuniário com a finalidade de reparação. Ainda hoje o Código de Manu interfere na vida religiosa e social da Índia, onde o Hinduísmo ainda é a principal religião conforme entendimento defendido por Reis (2002, p. 16):

O que diferencia o Código de Hamurabi do Código de Manu é que, no primeiro, a vítima ressarcia-se à custa de outra lesão levada a efeito pelo lesionado, enquanto que, no segundo, o ressarcimento ocorria com o pagamento de valor pecuniário, arbitrado pelo legislador. Ocorria, portanto, a evolução do ressarcimento físico para o pecuniário.

Desta feita, a ideia de "indenização" pecuniária evoluiu inicialmente para países como a China, Egito, Grécia, Roma, Alemanha, Itália e França. Na China, homens notáveis como Kung-Tse (Confúcio) e Lao-Tse, humanizadores do espírito chinês e estudiosos da bíblia sagrada, já pregavam que não se devia fazer aos outros o que não querias que te fizessem conforme defendido por Reis (2002). Na Grécia, com o advento da democracia, a reparação do dano era feita de acordo com as normas instituídas pelo Estado. As leis gregas fixavam a reparação do dano sempre primando pelo caráter pecuniário, a fim de afastar a vingança física e pessoal como forma de satisfação ao lesado. Mesmo na mitologia grega fez-se presente a ideia de reparação dos danos extrapatrimoniais, de acordo com Reis (2002, p. 19):

Em um caso de adultério, conta a lenda, que Hefesto, o marido traído, surpreendeu em flagrante e em seu próprio leito sua esposa Afrodite, com Ares. Hefesto reclamou aos deuses uma providência, tendo estes, condenado Ares a pagar exorbitante multa.

Por conseguinte, em Roma, havia a distinção dos delitos privados e públicos, os delitos públicos eram considerados mais graves, pois ofender ao Estado implicava ofender toda a estrutura político-econômico-social. Assim como todo ato lesivo ao patrimônio ou à honra de alguém implicava uma conseqüente reparação. Nasce aqui a ideia do quantum indenizatório.

Também advêm de Roma os preceitos do jus naturale: "suum cuique tribuere", "honeste, vivere" e "alterum non laedere" que correspondem em "dar a cada um o que é seu", "viver honestamente" e "não lesar outrem". (GAGLIANO e PAPLONA, 2004). Observa-se então, que o pagamento passou a ser um débito obrigacional, objetivando salvaguardar os interesses morais do ofendido. Só que a reparação do dano moral já era presente na Lei das XII Tábuas, parágrafo 9, "aquele que causar dano leve indenizará 25 asses". Huberman, (1980, p. 37), leciona que:

Conta-se que um rei chamado Lucius Veratius se deliciava a esbofetear com a sua mão o rosto dos cidadãos livres que encontrava na rua. Atrás de si vinha um escravo seu entregando 25 asses a todos em que o dominus batia, evidenciando a necessidade de se reparar um dano ofensivo à moral de uma pessoa, através de pena econômica, correspondente a uma soma em dinheiro em decorrência das circunstâncias do caso.

Observa-se que os romanos não questionavam a que título o dano acontecia, mas somente se este efetivamente tinha ocorrido, ou seja, não importava a vontade de lesionar, independente desta, havia a obrigatoriedade de reparar. Desconheciam os critérios subjetivos de reparação.

Analisando-se essas passagens históricas, vistas pela doutrina dominante como primordiais para o intuito de um estudo detalhado acerca da indenização do dano moral, é imperioso lembrar que a evolução da reparação do dano decorrente de fatores extrapatrimoniais é nítida, advinda do Código de Hamurabi, sistematizada no Código de Manu, incorporada pela Lei das XII Tábuas, em Roma, e observada pelas civilizações chinesa, egípcia e grega, onde a noção de reparação de dano foi aprimorando-se até chegar ao Direito Moderno, segundo Reis (2002).

2.2 O DANO MORAL NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil Brasileiro de 1916 se inspirou no Código Napoleônico de 21 de março de 1804, trazendo consigo a ideia do liberalismo que demorou um pouco para tocar o solo brasileiro devido à lenta propagação dos fatos que aconteciam naquela época, principalmente em termos intercontinentais, observando-se com isso, um grande espaço de tempo entre o surgimento do Codex e do Diploma Civil de 1916. Todavia, é evidente a influência exercida pelo primeiro sobre o segundo, mercê do inegável influxo cultural e intelectual exercido pela França sobre o Brasil, no começo do século XX, como registra Pereira (2001, p. 25):

[...] Constitui – se, aliás, a Revolução Francesa, no século XVIII, divisor de águas na história da humanidade. Os ideais libertários e a efervescência cultural, artística, social, filosófica, política, etc., revisaram consciências inspirando transformações. Passou a prevalecer uma supervalorização do homem (individualismo, liberalismo) e uma conseqüente limitação ao poder de interferência estatal. Ou seja, floresceu o Estado de Direito.

Desta feita, a Carta Civil Francesa teve arrimo nesse liberalismo – *laissez faire, laissez passaire*- que se desdobrou na essência do Código Civil Brasileiro de 1916. O Código Napoleônico privilegiou o mercado livre, permitindo que a burguesia da época alcançasse seu voo em busca do lucro, sem qualquer intervenção estatal. No entanto, aquele mesmo repositório de leis levou ao aniquilamento dos miseráveis, não dispendo eles de bens materiais, mas somente de sua força de trabalho. O bem jurídico mais protegido pelo Codex foi a propriedade, que apesar dos enormes avanços políticos e sociais ocorridos na França nos fins do século XVIII, manteve-se no proscênio dos ideais franceses da época. De acordo com os estudos de Pereira (2001, p. 36) tem-se que:

[...] Depois que a revolução acabou, foi a burguesia quem ficou com o poder político na França. O privilégio de nascimento foi realmente derrubado, mas o privilégio do dinheiro tomou o seu lugar. “Liberdade”, “Igualdade”, “Fraternidade” foi uma frase popular gritada por todos os revolucionários, mas que coube principalmente à burguesia desfrutar. O exame do Código Napoleônico deixa isso bem claro. Destinava-se evidentemente a proteger a propriedade – não a feudal, mas a burguesia. O Código fora constituído de cerca de 2000 (dois mil) artigos, dos quais apenas 7 (sete) tratavam do trabalho e cerca de 800 (oitocentos) da propriedade privada. Os sindicatos e

as greves eram proibidos, mas as associações de empregadores permitidas.

Este foi o parâmetro de lei civil disponível à inteligência jurídica brasileira, e utilizado pelo Brasil, no início do século XX: um liberalismo que mascarava os oprimidos e fazia do capital e da propriedade os fatores diferenciadores. Neste tipo de Estado Liberal não se cogitava a intervenção do Poder Público nas relações econômicas, norteando-se, pelo princípio "pacta sunt servanda" os negócios jurídicos, ou seja, pelo Princípio da Força Obrigatória, segundo o qual o contrato obrigava as partes nos limites da lei.

Outra não seria a doutrina dominante no Código Civil Brasileiro de 1916. A situação econômico-social e a condição humana dos contratantes, quando da celebração de um contrato, não eram levadas em consideração, pois a vontade livremente expressa, no instante da pactuação seria uma verdade estipulada para valer. Pouco importava que acontecimentos futuros passassem a modificar as condições de adimplemento entre os pactuantes. A estes competia cumprir o que fora acertado, com fidelidade, sob pena de incorrer em infração contratual, ensejadora de multa, juros, etc.

Não obstante, legisladores e, mesmo os tribunais franceses, passaram a contribuir para a evolução do direito, no campo da Responsabilidade Civil. Gonçalves (2010, p. 21) acerca do assunto menciona:

A noção de culpa in abstracto e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código de Napoleão [...]. A responsabilidade civil se funda na culpa – foi à definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo.

Por seu turno, o Código Civil de 1916 dedicava poucos dispositivos ao instituto da Responsabilidade Civil. Mas é claramente perceptível que, como um todo, a responsabilidade acolhida pelo velho digesto foi a subjetiva, a qual, para que ficasse configurada, reclamava a concorrência do elemento "culpa", *latu sensu*, que abrange o dolo e a culpa *strictu sensu* ou *aquiliانا*.

Pereira (2001, p. 41) ainda argumenta que:

A doutrina da culpa assume todas as veras de uma fundamentação ostensiva e franca com o Código Napoleônico.[...] Os autores franceses

desenvolveram-na em seus caracteres e construíram por todo o século passado, e ainda neste século, a doutrina subjetiva. [...] O mesmo aconteceu no direito brasileiro, assentado na disposição do art. 159 do Código Civil de 1916, qual seja: "Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo dispositivo neste Código".

Com isso, foi verificado que, em qualquer ordenamento jurídico de qualquer país, ainda que se considerasse a grande diferença cultural entre os povos, percebeu-se que, quando o tema é responsabilidade civil, a tendência, ao menos quando da formação das noções preliminares a respeito do tema em questão, é a de que fosse abraçada a teoria da culpa (teoria subjetiva da culpa). Isso porque é humanamente natural atribuir-se ao agente que cometeu o ato, o dever de reparar o dano infligido a outrem. Ou seja, inculpar aquele que cometeu o ato imediatamente antecedente ao dano, aplicando-se uma lógica temporal aos fatos que contribuíram para o evento danoso.

Não deixa esta, de configurar uma "ideia justa", que conferia a obrigação de reparar àquele que necessariamente agiu com culpa (*latu sensu*) facultando a que a relação jurídica entre ofensor e ofendido recobrisse seu equilíbrio inicial, de sorte a ninguém arcar com prejuízo para o qual não ocorreu.

Com o decorrer do tempo, entretanto, foram surgindo relações jurídicas de maior complexidade e os juristas passaram a perceber que, em algumas delas, mesmo que ninguém agisse ou se omitisse com culpa, poderia haver repercussão na área civil e que, na ausência de constatação de culpa, o prejudicado acabaria por assumir os danos causados ao seu próprio patrimônio. Foi por esse caminho sutil que as linhas básicas da doutrina da responsabilidade objetiva começaram a progredir.

2.3 SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Os povos da antiguidade desconheciam, de forma clara, a perfeita noção da reparação da dor moral e íntima, pois esse conceito corporificou-se com a evolução natural das espécies e de seus costumes, onde o homem passou a ser considerado instrumento do meio com um complexo de bens materiais e imateriais a compor o

seu universo patrimonial, como comenta Gonçalves (2010). Desta forma, a modernidade pode observar no curso da história as raízes da ideia do dano imaterial para que se entendesse e aperfeiçoasse o dano moral na doutrina contemporânea.

O assunto da responsabilidade civil, principalmente no que tange ao dano moral, por muito tempo foi motivo de grandes debates jurídicos, em relação à possibilidade de se obter indenização por lesão ao seu objeto, qual seja a honra, a dignidade e a integridade psicológica, haja vista que são bens incorpóreos, abstratos, ao quais exige um nível elevado de dificuldade ao se atribuir um valor exato e aritmético que os defina. Discussão visualizada por Gonçalves (2010).

A instituição do dano moral é relativamente nova no Brasil, ganhando maior divulgação e enfoque com o advento da Constituição da República de 1988. Na Carta Cidadã a proteção à moral ficou bem clara, no artigo 5º, incisos V e X, in verbis:

Art. 5º, inc. V: É Assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] Inc. 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.

Sendo assim, a responsabilidade civil, principalmente no que tange ao dano moral, consagrou-se na realidade jurídica e social pátria, com um pleito possível de se buscar junto ao Poder Judiciário, por meio de uma valoração pecuniária, como forma de satisfação compensatória ao lesado, haja vista que a dor, as angústias, assim como todo e qualquer sentimento com repercussão negativa à personalidade de alguém não tem preço, dificultando a indenização compensatória com um valor exato.

Desta feita, com o advento do Código Civil de 2002 o dano moral foi reconhecido e adequado de forma expressa em seu artigo 186, e sua conseqüente reparação incorporada ao artigo 927 e seu parágrafo único, in verbis:

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.

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Observa-se com esses dispositivos que a questão consolidou-se de forma incisiva no ordenamento jurídico pátrio, vislumbrando-se isto ao constar que o legislador brasileiro, outrora, já se preocupava com a honra das pessoas, advindas de disposições expressas no atual Código Penal (Decreto Lei nº 2.848/1940), demonstrando assim a presença das lesões morais também no âmbito penal, em relação aos crimes de injúria, calúnia e difamação, delineadas nos artigos 138 a 140 do diploma legal citado, onde a injúria seria a ofensa à dignidade ou ao decoro de alguém; a calúnia seria uma imputação a alguém de fato previsto como crime; e a difamação, a imputação a alguém de fato ofensivo à sua reputação, difundindo assim a responsabilidade criminal. (CAVALIERI FILHO, 2008).

Sendo assim, autores como Diniz (2004), Stolze (2004) e Rodrigues (2002), entendem que o dano moral é o prejuízo que afeta os ânimos psíquicos, morais e intelectuais da vítima. Entendimento também do renomado doutrinador, Venosa (2003, p. 18), como se observa a seguir:

Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano através de um valor pecuniário. E em muitas situações cuida-se de indenizar o inefável.

Os direitos da personalidade mencionados são classificados pela doutrina de formas diferentes e a depender do ponto de vista do que vem a ser personalidade. De um modo geral são classificados em direitos públicos da personalidade e direitos privados da personalidade. Pensamento suscitado pelo próprio Venosa (2003).

É notório que alguns direitos da personalidade cabem apenas à pessoa humana, devido a motivos naturais, como exemplo a integridade psicofísica, que nunca caberá às pessoas jurídicas, utilizando-se para a solução destes conflitos o bom senso, como característica básica. Todavia, mesmo assim, o ordenamento brasileiro já reconhece hipóteses de proteção aos direitos da personalidade de pessoa jurídica, em especial nos casos referentes à imagem e à honra. Entretanto,

os interesses da pessoa jurídica que apresentem semelhança com os direitos da personalidade devem ser cogitados suplementariamente.

Neste mesmo sentido, Venosa (2003), aponta que os direitos da personalidade apresentam conteúdo tão variado quanto complexa é a natureza humana, pois caracterizam o indivíduo, compreendendo as faculdades ou poderes atinentes à vida, à liberdade, à segurança e a todos os direitos delas decorrentes como a intimidade, a privacidade, a imagem e outros.

Os direitos da personalidade no que tange a patrimonialidade estão fora do seu contexto, visto que o valor econômico não alcança os danos sofridos tendo no âmbito da responsabilidade civil o direito de ressarcimento através da ação por danos morais, visualizado, não na indenização do mal causado a personalidade, mas sim na compensação da dor ou aflição, em razão de um interesse juridicamente relevante. O lesado pleiteia uma indenização por dano moral sem pedir um preço pela sua dor, mas uma atenuante dos prejuízos morais sofridos para superar o déficit acarretado pelo dano, de acordo com Diniz (2004).

Por conseguinte, a Constituição Federal de 1988, de forma inovadora deu uma roupagem e dimensão ao dano moral, consagrando a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo esta a base de todos os valores morais e a essência de todos os direitos da personalidade. No entanto, a Carga Magna e as leis infraconstitucionais estão omissas quando o assunto refere-se a métodos objetivos e eficazes no momento oportuno de se aplicar a quantificação da indenização, gerando, por muitas vezes compensações aquém ou além do que realmente traduz em termos reparatórios.

Todavia, os bens imateriais pela sua natureza, quando, de acordo com a Carta Cidadã de 1988 e o Código Civil de 2002, são igualmente reparados dentro do sentido da compensação. Disto decorre a ideia de responsabilidade civil que se baseia no princípio multissecular do *neminem laedere* (a ninguém se pode lesar) tendo por efeito a reparação do feito, seja na forma de compensação, quando decorre de lesões a bens imateriais, seja na forma de reparação propriamente dita, nos casos de bens materiais. Diniz (2004, p.36) preleciona que:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar um dano (material ou moral) causado a terceiro, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responda, por alguma coisa a ela pertencente ou por simples imposição legal.

Sendo assim, a reconstituição natural é a reparação propriamente dita, pois é a que melhor garante a reconstrução da integridade das pessoas e dos bens, qual seja, o dano material ou imaterial o que se busca é a reconstituição da situação que existia se não houvesse ocorrido o evento danoso.

Entretanto, há lesões que não podem ser sanadas, sem que deixem graves consequências, seja por impossibilidade física ou jurídica. E, é por estas que existe a indenização em dinheiro que funciona apenas como uma atenuante para a dor. Deste modo, a responsabilidade civil vem cumprindo o seu papel, seja reconstruindo ou atenuando, pois, a compensação, como o próprio nome já diz, é um mero afago, um agrado ao ofendido, para que esqueça mais rapidamente dos aborrecimentos que suportou. De acordo com Venosa (2003, p. 31):

[...] No que tange aos direitos da personalidade, estes devem ser analisados, basicamente, por meio da responsabilidade civil subjetiva e objetiva. A jurisprudência dos tribunais brasileiros aponta que a culpa e o dolo são pressupostos importantes da reparação, portanto, a responsabilidade civil deverá ser justificada pela culpa ou pelo dolo, assim como pela ação ou omissão lesiva a determinada pessoa. Portanto é preciso que se comprove a culpa ou dolo do agente para que o dever de reparar seja concreto.

Entretanto a lei impõe em determinadas situações e a certas pessoas o dever de reparar um dano cometido sem culpa, aqui utilizada em sentido lato sensu englobando também o dolo, sendo necessária somente a presença do dano e do nexó de causalidade para que haja o dever de reparar. Sendo assim, se inexistir relação entre a omissão ou a ação e o dano, inexistirá também o dever de reparar, como bem ressalta Cavalieri Filho (2008).

Se inexistir relação entre a omissão ou a ação e o dano, inexistirá também o dever de reparar, essa teoria, chamada do risco e da atividade, ou como denomina o Supremo Tribunal Federal, teoria da causalidade direta ou imediata, ou ainda, teoria da necessidade do dano mencionada por Gonçalves (2010), também pode ser aplicada aos direitos da personalidade sendo possível a reparação dos danos imateriais independentes de culpa.

Gonçalves (2010, p. 33) ainda reforça que:

O que é imprescindível é que se prove o dano sofrido, o que não é tarefa das mais fáceis, visto que decorrem de danos de caráter pessoal. Quando

ocorre um dano, há sempre o dever de reparar, salvo quando o prejuízo decorre de culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente, culpa comum, culpa por terceiros, caso fortuito ou por força maior que também podem ser enquadrados nos casos dos danos à personalidade.

No que tange à prova do dano moral, esta é de extrema relevância e significativo desafio, visto que a sua comprovação não pode ser feita com a utilização dos mesmos meios destinados à prova do dano material, pois não há como provar a falta de prestígio, o vexame e o descrédito. Venosa (2003, p. 38), reforça que:

Chega a ser impossível na maioria dos casos descobrir se o ofendido sofreu com a prática do fato ilícito, podendo o juiz ver um sofrimento onde não há mais do que uma hipocrisia dissimulada que ele não consegue desmascarar. Portanto, é preciso que o fato alegado seja analisado com base na razoabilidade humana, podendo ser causador de uma lesão ao patrimônio moral ou considerado mero fruto de uma sensibilidade exacerbada. Já em relação à pessoa jurídica a verificação do dano moral engloba um conjunto de fatores diferentes dos que se aplicam à pessoa humana, pois a avaliação das provas está voltada ao lucro e à eficiência daquelas.

Com essa argumentação, fica notório que, no que tange à prova do dano moral, a dor não configura como um elemento essencial, mas nas situações em que ela deve estar presente, pelo senso comum, baseado nos sentimentos do “homem mediano” e nos critérios de razoabilidade, é importante que exista a dor decorrente da lesão sofrida, acarretando assim, a presunção juris tantum de que aquela pessoa sofreu um dano imaterial, salvo pela presença de prova em contrário.

Diante disso, o dano moral deve ser visualizado na própria ofensa, que por si só estabelece sua gravidade, pois o dano decorre da existência do próprio fato. Esclarece a jurisprudência do STJ:

Na concepção moderna de reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação, sendo desnecessária a prova do prejuízo concreto. (REsp.331.517, Rel. Min. César Asfor Rocha, 4ª T., j. 27/11/01, p. DJ 25/03/02).

Isso ocorre devido à valoração e proteção atribuídas a esses direitos e pela dificuldade de provas em decorrência de fatores instrumentais. Com isso, em se tratando de direitos da personalidade, qualquer que seja o fato lesivo, independente

de culpa, é interessante que seja reparado, pois estes são direitos em sua excelência. Portanto, os direitos da personalidade são resguardados utilizando-se dos fundamentos da responsabilidade civil objetiva, que em linhas gerais, prescindem de culpa, não, porém, no nexo causal entre o dano e a ação ou omissão.

Outro ponto de extrema relevância nos aspectos de responsabilidade civil aplicada ao dano moral é a questão de seu arbitramento, ou seja, até que ponto um magistrado, partindo-se do princípio do livre convencimento, adequa-se às exigências pertinentes à razoabilidade e à proporcionalidade, estes vistos como parâmetros basilares à reparação compensatória.

Tais indagações permeiam o campo da responsabilidade civil de forma incisiva, a ponto dos estudiosos na área aprofundarem-se mais um pouco, ao argumentarem se além desses percalços relativos aos princípios constitucionais, seria exemplarmente acolhido o fato de tal reparação indenizatória ser em forma de pecúnia, ou seja, seria a melhor forma de aplicabilidade? Somente desta forma, com este objeto? É de notória observação a dificuldade que os doutrinadores e estudiosos no tema têm para determinar se seria esta a melhor forma de fato. Um candidato a discussão do tema, Gagliano (2004) não partidário desta idéia, aponta que: “mais imoral do que compensar uma dor em dinheiro é deixar o lesionado sem qualquer tutela jurídica e o ofensor livre e sem comprometimento para causar novos danos”.

Observa-se até que ponto, a responsabilidade civil como instrumento jurídico, pode ser flexível ao possível nível exemplar da aplicabilidade dos princípios constitucionais e das determinadas possibilidades de se fazer uso de outras fontes secundárias, tais como, a analogia e os costumes, dentre outros. Tendo em vista que este instituto é dotado de extrema simplicidade, estando apto a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela tão logo sua presença seja identificada pela consciência social, e que de outra maneira ficariam desprotegidos, porque ainda, aparentemente, não seriam suficientemente amadurecidos para receberem atenção e, portanto, regulamentação própria por parte do legislador ordinário.

Sendo assim, previsto em lei e minuciosamente exemplificado, o magistrado torna-se, além de aplicador da lei, um fiel intérprete ao analisar as possíveis saídas para determinados casos concretos, tendo sempre um exemplo, a partir das

jurisprudências que antecederam a situação atual a ser analisada, sempre fazendo uso, claro, de sua imparcialidade e coerência.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CRITÉRIOS ADOTADOS PARA A REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Para uma análise satisfatória sobre o conceito de princípio no âmbito do Direito, mostra-se importante que sejam levantadas, inicialmente, as significações de princípio fora da esfera jurídica para somente depois se iniciar o estudo desses instrumentos nesta área.

De acordo com Lima (1994), princípio significa a base, o ponto de partida, e ao mesmo tempo, a síntese e o ponto de chegada. Nessa concepção, todos os princípios são circulares: o princípio, assim, se funde com o fim. Isso pode ser comparado com a forma dos corpos celestes, o movimento planetário, de modo que tudo obedece à lei circular das coisas do Universo. Conclui Lima (1994, p. 13) seu raciocínio, afirmando que:

As leis, quer naturais, quer humanas, são descrições que se prestam para compor o círculo, unindo em pontilhados o espaço compreendido entre o ponto de partida e o ponto de chegada. O ponto de partida e o de chegada são coincidentes e se representam pelo princípio.

Assim, a palavra traz consigo a ideia de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formuladas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.

Partindo dessa premissa, os princípios seriam elementos componentes da visão de mundo essencial que caracteriza as pessoas e grupos sociais, resultando de suas práticas cotidianas e sobre elas influenciando, como atesta Silva (2001, p. 639) em sua exemplificação mais profunda acerca do assunto:

Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito.

Configura-se assim, que a evolução do direito trouxe conteúdo axiológico aos princípios, possibilitando sua distinção das meras regras de conduta. Assim, de acordo com a ótica da Ciência Jurídica, os princípios não somente preservam irrefutável validade, como se destacam pela qualidade de importantes contributos à compreensão global e integrada de qualquer universo normativo. São dessa maneira, diretrizes centrais que se inferem em um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam informando-o.

Nessa acepção jurídica, Reale (1999, p.60), ilustra exemplarmente o conceito de princípio, em toda sua extensão, ensinando que:

[...] São verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada proporção da realidade. [...] Constituem, desta forma, certas proposições que, apesar de não serem evidentes, ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Assim, segundo este pensamento, o processo lógico para obtenção de um princípio consiste em induzir uma solução mais geral da comparação de disposições particulares concordantes, para aplicar o princípio assim obtido a qualquer hipótese não abrangida por nenhuma lei específica.

3.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O entendimento de que o princípio da proporcionalidade está implicitamente presente na Carta Cidadã já é pacífico na doutrina e jurisprudência pátrias. No entanto, há divergências quanto a qual dispositivo da Constituição se pode tomar por base para fundamentá-lo.

Barros (2008), defende a posição de que o princípio da proporcionalidade deriva de diversos preceitos da Constituição brasileira, por exemplo: art. 1º, inc. III (dignidade da pessoa humana); art. 3º, inc. I (sociedade livre, justa e solidária); art. 5º caput (isonomia), inc. II (princípio da legalidade), inc. XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional), inc. LIV (devido processo legal), dentre outros, todos da Carta Magna de 1988.

De acordo com Bonavides (2001, p.229), observa-se que:

É incrível a presença implícita do referido princípio fundamentado no art. 5º, § 2º da Constituição da República de 1988, pois, os direitos e garantias fundamentais expresso nesta Carta não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Para este autor, este dispositivo enumera de maneira exemplificativa os direitos e garantias fundamentais, possibilitando a extração, por meio dele, de diversos preceitos da própria Constituição, que remetem ao princípio da proporcionalidade, tais como: art. 5º, inc. V (o direito de resposta é assegurado de modo proporcional ao agravo); art. 7º, inc V (piso salarial proporcional à extensão e a complexidade do trabalho); art. 37, inc. IX (a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público); dentre outros.

Por conseguinte, Bonavides (2001, p. 305), adicionalmente, divide os elementos (também chamados por alguns de requisitos ou subprincípios) da proporcionalidade em três, quais sejam:

[...]1º Elemento: Adequação: também chamada como “aptidão” ou “pertinência”, e exige uma “conexão lógica” entre “meio e fim”. Nela se estabelece que deva haver uma coerência entre o direito fundamental a ser limitado e a finalidade que a norma deseja alcançar; 2º Elemento: Necessidade, onde se requer o menor sacrifício possível de um direito fundamental para se atingir uma finalidade e o 3º Elemento: Proporcionalidade em sentido estrito, estando este, diretamente relacionado aos conflitos de direitos fundamentais.

Desta forma, vê-se que, é a proporção entre benefícios e malefícios, já que nem sempre atende ao suposto “interesse público”. De fato, pode ocorrer de a proteção a um determinado direito do particular ser a medida mais recomendável em determinadas circunstâncias. Ou seja, só em face das situações concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro, como assegura Canotilho (1993).

E é assim, que a proporcionalidade é comumente invocada pelo STJ nos casos envolvendo indenizações, sobretudo por danos morais, nos quais não há parâmetros matemáticos. A área cível, juntamente com a penal, são as áreas mais sensíveis relativas ao uso de referido princípio, desprendendo-se do positivismo exacerbado de regras para proporcionar ao julgador uma aplicação literal.

Observa-se o funcionamento do princípio da proporcionalidade como um direcionador em relação aos demais princípios, no sentido de que em um conflito entre princípios deve haver uma ponderação de valores baseada na moderação, buscando sempre a preservação da dignidade da pessoa humana. Mesmo esse princípios não estando expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, é inafastável a sua aplicação, visto ser um pressuposto fundamental para efetivação do Estado Democrático de Direito, de acordo com o entendimento de Guerra Filho (2005).

3.2 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OBJETIVA

O princípio constitucional da Razoabilidade Objetiva se baseia nos princípios gerais de justiça e liberdade. Busca-se o justo equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos, trazendo uma harmonia e bem estar sociais, evitando dessa forma atos arbitrários. O razoável traduz-se na conformidade da razão, moderação, equilíbrio e harmonia. Este princípio visa auferir a justiça com valor máximo conferido pelo ordenamento jurídico. Exemplifica Canotilho (1993, p. 28), assegurando que:

O princípio da razoabilidade traduz-se no estabelecimento do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins almejados. [...] Entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim, devendo existir uma inequívoca conexão material de meios e fins.

Não obstante, demonstra-se, com tal citação, que a importância desse princípio se dá na medida em que se impõem limites a situações nas quais a lei não consegue prevê-los de forma muito rígida, dadas as inúmeras circunstâncias que podem surgir no caso objeto da apreciação. Ou seja, o magistrado deve trabalhar com a ciência e com a consciência, agindo com bom senso e não de maneira arbitrária.

O Ministro do STF, Marcos Aurélio (2009), acentuou em seu posicionamento que, o princípio da razoabilidade rege o direito civil da mesma forma que a própria

vida gregária nos rege e que tal fonte vigora com tríplice missão, qual seja, informadora, interpretativa e normativa resolvendo de forma justa, de acordo com a lei e o livre convencimento do juiz, as lides existentes.

Tal como afirma Marini (2007), os princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade têm sido utilizados como sinônimos pela maioria dos estudiosos e dos tribunais brasileiros. No entanto, apesar da estreita ligação, há algumas diferenças entre os mesmos, podendo-se destacar 03 (três) delas: 1º) origem histórica; 2º) estrutura e 3º) abrangência na aplicação.

No que diz respeito à origem histórica, a razoabilidade se desenvolveu no Direito anglo-saxônico, enquanto que a proporcionalidade foi desenvolvida pelos germânicos. Cada um, assim, guardando seus aspectos culturais próprios. Porém, um buscou inspiração no outro no momento de serem aplicados.

Observando-se os aspectos culturais próprios, a diferença acentua-se na estrutura dos presentes princípios. Os povos germânicos (principalmente os alemães) são notadamente metódicos, objetivos e organizados com seus estudos, desta forma, evidencia-se que a proporcionalidade tem uma estrutura mais objetiva, com parâmetros mais claros para se trabalhar o caso concreto, enquanto que a razoabilidade acaba se confundindo com a noção de racionalidade ou equilíbrio em uma determinada circunstância, o que abre uma maior margem à subjetividade do julgador, assim preceitua Marini (2007).

No que diz respeito à abrangência, tem-se que a razoabilidade tem como objeto impedir a prática de atos que fogem a razão e ao equilíbrio do “pensamento comum”, enquanto que a proporcionalidade opta por um campo de atuação maior, estabelecendo um verdadeiro parâmetro para se aferir à adequação e a necessidade de um determinado comando normativo no ordenamento jurídico.

3.3 A ESTIMATIVA DA INDENIZAÇÃO NO DANO MORAL: FATORES PREPONDERANTES

A Lei de Introdução ao Código Civil de 2002, de forma expressa, traz em seu art. 4º que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Porém, neste arbitramento, imposto

por determinação legal, deverá o órgão judiciário mostrar prudência e severidade, tolhendo a reiteração de ilícitos análogos.

Segundo o mestre Venosa (2003, p.45):

A vítima de uma lesão a direitos sem cunho patrimonial efetivo, ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.

Comumente, constatam-se os fatores a serem considerados no arbitramento da indenização do dano moral: a) o nível econômico e a condição particular e social do ofendido; b) o porte econômico do ofensor; c) as condições em que se deu a ofensa; d) o grau de culpa ou dolo do ofensor.

Desta feita, tem o primeiro deles importância para que a indenização por dano moral não se constitua em instrumento de ganância ou mero capricho, enriquecendo o ofendido de maneira desmedida. Mas, de outro lado, o segundo fator (porte econômico do ofensor), se não observado, poderá levar a um julgado insignificante para o culpado, não se constituindo, via de consequência, em reprimenda capaz de desestimular a reiteração da prática moralmente danosa.

Em suas pesquisas, o festejado Theodoro Junior (2008, p. 51), ao tratar sobre a liquidação do dano, preleciona:

Se de um lado se aplica uma punição àquele que causa dano moral a outrem, e é por isso que se tem de levar em conta a sua capacidade patrimonial para medir a extensão da pena civil imposta; de outro lado, tem-se de levar em conta a situação e o estado do ofendido, para medir a reparação em face de suas condições pessoais e sociais.

Assim, de início, comumente as ideias deste autor, é congruente que se faça um mapeamento dos princípios e normas morais do indivíduo na hora do evento danoso, deve-se ab initio, buscar saber quem foi tal indivíduo, como ele vive, como se relaciona com seus amigos e parentes, se é uma pessoa conservadora ou liberal, se é violenta, pacífica, honesta, enfim, nesta primeira fase deve-se tentar traçar o perfil psicológico da vítima, deduzindo-o através de sua história, assim como analisar os fatores sócio-culturais em que este indivíduo está inserido. É esta

conjuntura "invisível" que normalmente modela o arcabouço moral do cidadão, além de outros fatores internos desconhecidos e imensuráveis. Por isto, é mister tomá-la como objeto fundamental de estudo para conhecer o atingido e suas características interiores.

Com estes dados, traçado o perfil psicológico e sócio-cultural da vítima, deve-se analisar o fato danoso em questão e tentar perceber o quão profundo foi a mácula obtida naquela pessoa. Neste tocante, é importante salientar que as pessoas sentem as situações de forma diferente. O magistrado não deve por isto julgar com os "seus" próprios critérios axiológicos, devendo perceber o dano pela visão do atingido, se colocando na posição do mesmo apenas para "sentir" como este se sentiu no momento. Pois o juiz não foi atingido no evento, nem é o seu conjunto moral que se está buscando analisar, logo, não deve valorar a causa, tendo por base o que iria atingi-lo naquela situação.

Desta forma, por mais difícil que isto possa parecer, deve o magistrado tentar manter distância de seus critérios valorativos e analisar o fato na visão daquele que foi efetivamente atingido, senão estaria arbitrando uma indenização para sua dor e não para a dor sentida pela parte. Além de sempre lembrar que, o papel judicante, é apenas o de "medir a extensão do dano" do cidadão e fixar o valor para este e não o de sentir este dano e estimá-lo como se fosse em si próprio.

Aplicando a mesma orientação, que se pode dizer universal nos pretórios, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais teve oportunidade de assentar em acórdão recente que, para a fixação do quantum em indenização por danos morais, devem ser levados em conta a capacidade econômica do agente, seu grau de dolo ou culpa, a posição social ou política do ofendido e a prova da dor. (TAMG, Ap. 140.330-7, Rel. Juiz BRANDÃO TEIXEIRA, Ac. 05.11.08, DJMG, 19.03.09, pág. 09). Reforçando-se, assim, a fundamentação já consagrada na Carta Magna e na Lei nº 10.406 de 2002.

3.4 DA INSUFICIÊNCIA DESTES FATORES

Instrumento valiosíssimo, que ganhou força após a edição da Carta Política de 1988 e que certamente poderia ser utilizado contra um tipo específico de exacerbação do poder – a humilhação (lato sensu) e coerção moral exercida sobre

as pessoas em posição econômica ou socialmente inferior – é a amplamente conhecida, reparação do dano extrapatrimonial. Via de regra, estará mais exposto a tais dissabores o indivíduo de poucos recursos ou que esteja em posição mais vulnerável numa relação específica (de trabalho, de consumo, etc.). É o caso do empregado frente a seus patrões, do cliente perante o estabelecimento comercial ou financeiro, ou do simples freqüentador de um clube frente à diretoria do mesmo. Observa-se, com a devida reserva, que em muitos casos a vulnerabilidade é proporcional à diferença de forças entre os indivíduos ou classes de indivíduos, verificada em cada caso concreto.

Lecionando sobre o tema, Theodoro Júnior (2008, p. 59), menciona que:

Com a Constituição de 1988 advogados e juizes foram se sentindo mais confortáveis no combate ao chamado "dano moral". As decisões judiciais reparadoras dessa forma específica de violência e de humilhação tornaram-se mais abundantes. A par disso, tem-se que admitir, passaram a ser impetradas demandas que traziam ao Judiciário questões com intuito duvidoso, situações de menor importância ou casos literalmente mesquinhos. Tinha-se a impressão de que a suposta "vítima" estava a objetivar não um alívio psicológico ou a afirmação/recomposição de seus valores morais perante a sociedade, mas sim uma polpuda quantia como um fim em si mesma. [...] Outro mau uso do consagrado direito de ação nesta seara são os exageros cometidos no arbitramento das indenizações. Vislumbra-se pleitos e decisões que parecem andar no compasso norte-americano, em que empresas modestas, mas sólidas financeiramente, já foram à falência por conta de indenizações estratosféricas.

De acordo com essas observações, constata-se que, com o passar do tempo e provavelmente para coibir e reparar essas distorções, que o Judiciário – mais especificamente o Superior Tribunal de Justiça simplesmente "passou para um outro extremo da situação". Seja para evitar exageros, seja para desestimular o ajuizamento de ações com intenção e conteúdo duvidosos, o fato é que, o STJ foi ao outro extremo, concedendo indenizações inexpressivas e literalmente "fazendo cócegas" em instituições financeiras e outras empresas de grande porte, indo ao desencontro a preceitos infraconstitucionais que afirmam que a indenização também deve servir de exemplo e advertência, coibindo a reincidência das práticas ilícitas e constituindo-se, assim, em excelente instrumento de pacificação social, aliás, finalidade máxima da jurisdição prestada pelo Estado-Juiz.

Entre os dois extremos citados nos parágrafos antecedentes, vários Tribunais permaneceram exemplarmente equilibrados naquela balança: conferem

indenizações que não chegam a enriquecer ninguém, mas que também não são ridículas a ponto de estimular grandes empresas a continuarem com seu "modus operandi". Só que, infelizmente, em grau de recurso especial, vê-se muitas vezes essas indenizações serem reduzidas a níveis microscópicos, e o ofensor que macula a honra, suja o nome e dificulta a vida social de uma pessoa ou empresa, acaba saindo praticamente ileso. Afinal, como afirma a Colenda Corte Superior, tal verba não deve ser motivo de enriquecimento. Utilizando-se este chavão como uma clava que cai pesadamente sobre aquele cidadão que, humilhado, confiou no Judiciário, mas que se desilude, na maioria das vezes, após anos de espera.

Desta feita, acorda Theodoro Junior (2008) que as indenizações aplicadas pelo STJ, bem como os fundamentos dos votos analisados, data venia, não são justas e tampouco juridicamente corretas.

Afirmando ainda que, o "enriquecimento" por conta de alguma indenização mais elevada não significa, de modo algum, "enriquecimento sem causa" ou "indevido" ou muito menos "ilícito", o que a moral e o direito repudiam. Ao contrário, quando o ordenamento jurídico prevê e o Judiciário defere um pleito indenizatório, ainda que oriundo de prejuízo extrapatrimonial, há causa sim, e absolutamente lícita e devida a atribuí-lo. São existentes os fatos (o evento ilícito e danoso = CAUSA REMOTA) e os fundamentos jurídicos (previsão legal da indenização = CAUSA PRÓXIMA) do pedido. Assim, se o julgador chegasse à conclusão de que uma indenização "x" seria a mais coerente num caso concreto (considerados os vários fatores já expostos, dentre eles o porte econômico do ofensor), mesmo que se pudesse cogitar de que tal quantia poderia ser considerada "enriquecedora" frente às condições da vítima, ainda assim eventual enriquecimento seria justo e devido, pois absolutamente sedimentado nos vários parâmetros fáticos e jurídicos tomados em consideração pelo aplicador da lei, e não apenas na situação financeira da vítima, como tem ocorrido.

Prova maior disso é que até mesmo o enriquecimento oriundo da prática de jogos, restringindo-se aos lícitos, tem sido acolhido em nosso ordenamento jurídico. O ganhador de uma loteria enriquece sem qualquer contraprestação ou labor, mas nem por isso seu enriquecimento é juridicamente "sem causa". Pelo contrário, já que a própria lei contemplou referida hipótese.

Completando ainda, ao lado dos critérios adotados em diversos julgados injustos, por mais premiarem o ofensor do que inibi-lo, o STJ comete ainda uma

impropriedade, ao alegar que revendo o quantum indenizatório não está a rever fatos e provas. É que a análise de fatos e provas é obrigatória para se chegar a um mínimo de coerência na fixação daquele valor. Em sede de recurso especial haveriam apenas duas opções na análise dos casos concretos: a) ou não se investiga fatos e provas, e serão estipuladas indenizações absolutamente arbitrárias e aleatórias ou, no mínimo, deficientemente fixadas (com base em apenas um ou dois fatores, como, por ex., a situação econômica e social do ofendido); ou b) analisa-se fatos e provas, única maneira de se investigar e mensurar os outros elementos/parâmetros, quais sejam: o grau de dolo ou culpa e as circunstâncias em que se deu a ofensa, como recomenda Theodoro Junior (2008). Sem isto, não se pode dizer que este ou aquele juiz ou tribunal exagerou na indenização ou foi tímido ao arbitrá-la.

Theodoro Junior (2008. p. 68) leciona ainda que:

[...] Afora estas duas opções, admite-se uma falsa e odiosa "igualdade", nivelando as indenizações ("iguais para todos") ou aplicando-as sempre segundo as condições econômicas de apenas uma das partes (a vítima), mesmo quando distintas – de um julgado para outro – as condições econômicas dos ofensores e as demais situações: evento danoso, gravidade da prática nociva e a intensidade do dolo (em seu aspecto qualitativo e temporal, como, por ex., o tempo que um banco demora para "limpar" o nome da vítima injustiçada). Somente analisando e "mensurando" estas diversas variantes, em cada caso concreto, estar-se-ia, aí sim, tratando-se desigualmente as situações desiguais – primado da justiça e da igualdade efetiva ou real, sob pena de "tabelarmos" as indenizações, de acordo com a profissão e condição financeira das vítimas. (grifos do autor)

Todavia, procurando visivelmente uma fórmula para adentrar na seara da indenização por dano moral sem, todavia, violar sua própria Súmula 07 (sete), qual seja, pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial e a tão discutida impossibilidade de reexame de fatos e provas na via do apelo extremo, passou o STJ a sustentar que, restringindo-se a modificar o quantum não estaria analisando matéria fático-probatória. Data venia, observa-se que não é necessariamente assim, pelos motivos retromencionados.

Ao analisar esta vertente, Moretti (2003), vislumbra que, em um mundo lúdico, seria surreal pensar que em determinado acórdão o STJ apenas se vale dos fatos e provas ali narrados e expostos, sem investigar, por si, os documentos e depoimentos contidos nos autos, pois o dano moral reclama análise diversa, ao

contrário do dano patrimonial ou de recursos processuais que discutem apenas matéria de Direito. Em se tratando de litígio que versa sobre o dano moral e sua indenização pecuniária, sabe-se que a tarefa de arbitrará-la não é simples questão aritmética. Assim sendo, se fosse o STJ louvar-se apenas no raciocínio lógico e nos fundamentos adotados no decisum recorrido, os Ministros haveriam de chegar ao mesmo montante, já que exatamente por aqueles fundamentos a instância anterior chegou num valor "x" ou "y"! Para rever tais julgados o STJ haveria, no mínimo, de efetuar a mesma análise, percorrer o mesmo "trilho", pois, do contrário, como reformá-lo? Apenas "entendendo" ser pouca ou muita a indenização (alterada), num critério absolutamente subjetivo?

Theodoro Junior (2008. p. 95) ainda assegura que:

[...] Por outro lado, sempre causará estranheza um juízo emitido com base apenas em um único elemento do processo (ainda que se trate da decisão recorrida), quando a demanda reclama ampla investigação e a tarefa de estipular uma indenização revela-se árdua, pois não-patrimonial o prejuízo causado. Afinal, o julgado recorrido, este sim, fora fruto de uma elaborada investigação que resultou em dado convencimento/arbitramento, calcado, todavia, em um conjunto fático-probatório, em elementos objetivos, concretos e peculiares de cada caso. Só assim poderia o magistrado chegar numa valoração mais coerente ou próxima da Justiça (meta nem sempre atingida, mas eternamente perseguida). (grifos do autor)

Aliás, outro critério de decisão sempre abrirá maiores possibilidades à opiniões estritamente pessoais ou, quiçá, até preconceituosas do julgador (enquanto ser humano), já que desconsiderados fatos e provas de cada caso concreto. O julgamento, assim, seria formulado de um modo exclusivamente subjetivo, em que o magistrado (um ser humano, repita-se) provavelmente já tem impresso em seu espírito se este ou aquele valor é "muito" ou "pouco" para aquele tipo de pessoa, àquela classe ou categoria econômica. Claro que a "valoração", neste tipo de ação, sempre será uma atividade subjetiva – não se estar negando isto. Mas deverá (ou deveria) ela dar-se exatamente com base em elementos e procedimentos objetivos, a fim de diminuir-lhe ao máximo a margem de subjetivismo.

Em sua visão quanto às possibilidades de ser rever esses métodos subjetivos aplicáveis, Diniz (2004, p. 44) afirma que:

Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida

que deverá corresponder à lesão, e não ser equivalente por ser impossível a equivalência.

Consequente ao pensamento da honrosa doutrinadora, outro renomado articulador de ideias, Dias (2008, p. 59), defende que:

A condição da impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo. Não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente estado, porque, em matéria de dano moral, o arbítrio é até da essência das coisas.

Transparecendo o posicionamento destes doutrinadores, nota-se que, mesmo assim, com toda atenção e cuidado que a situação requer, usando-se ainda da razoabilidade como critério determinante nas decisões dos Tribunais Superiores, nada obsta que casos distorcidos ocorram com frequência. Fato que, além de banalizar o instituto da indenização por danos morais, compromete à Segurança Jurídica, revelando ainda uma grande lacuna a ser preenchida, no sentido de ser necessária uma fórmula mais eficaz e realista para se chegar a um resultado mais útil não só individualmente considerado na valoração do quantum a ser pago, por ocasião de indenização por danos morais. Daí nasce a ideia de criar uma “estimativa prudente” legalmente quantificada.

E foi pensando justamente nisso que o projeto de Lei n. 6960/2002 que altera o artigo 944 do Código Civil, visa acrescentar um parágrafo que assim dispõe: §2º - A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo do lesante. Refutando qualquer condenação excessiva onerosamente atribuída ao responsável, mesmo que este tenha um patrimônio considerável, pois a adequação não deve recair somente sobre a condição pessoal do agente, mas sim, também, se deve levar em consideração aspectos sócio-econômicos, motivado pelo enriquecimento sem causa.

No entanto, na visão de Dias (2008), o que acontece atualmente é que a complexidade social provoca um salto no número de acidentes, gerando danos injustos que, em virtude da incapacidade da vítima de provar a culpa do agente na produção do dano, ficavam irressarcidos. A insuficiência de um sistema de reparação calcado exclusivamente na noção de culpa lato sensu foi destacada de maneira pioneira por alguns juristas, que buscaram a construção de outros

mecanismos de imputação de responsabilidade que prescindissem do elemento subjetivo.

4 A INSERÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS COMO AUXÍLIO NA VALORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO EM SE TRATANDO DO DANO MORAL

O que se tem de concreto atualmente é o fato de que a lei não regulamenta a fixação do quantum indenizatório, quando se trata de indenização por danos morais, deixando ao arbítrio do juiz a estipulação do valor indenizatório. Tem-se, apenas, o que está previsto na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) que em seu artigo 4º descreve que a lei, sendo omissa, o caso será decidido pelo magistrado, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, restringindo-se, com isso, os julgados brasileiros apenas aos critérios subjetivos determinantes da indenização no momento de compensar o dano ao lesado.

Esta determinação legal e pricipiológica constantemente presente em jurisprudências pátrias vem sendo aplicada desde a revogação do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117/62, e da conhecida Lei de Imprensa, nº 5.250/67, onde, até então se usavam requisitos a serem respeitados e cumpridos no momento de aplicar o valor das indenizações. Mesmo, atualmente extintas, estas leis contribuíram bastante para o surgimento de uma nova proposta que visasse a quantificação das indenizações por dano moral, estabelecendo requisitos. Tais parâmetros, outrora, eram apresentados de forma taxativa ao determinarem valores mínimos e máximos a serem usados no quantum das compensações, como se observa no Código Brasileiro de Telecomunicações, ao restringir em seu artigo 84 parágrafo 1º, a indenização ao valor mínimo de 05 (cinco) salários mínimos e o valor máximo a 100 (cem) salários mínimos e, de forma análoga, em seu artigo 52, a lei de imprensa fixa o mínimo estabelecido na Lei nº 4.117/62, mas com o máximo de 200 (duzentos) salários mínimos.

Porém, após certo período de aplicabilidade das normas, o STF entendeu que seria inconstitucional a fixação da indenização calcada em salário mínimo, o qual não podia ser transformado em índice de indexação, por força do disposto no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Cidadã, in verbis:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
[...] omissis.

Inc. 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.

Portanto, observou-se por força de decisão do STF, com o auxílio da Constituição brasileira vigente, a proibição das decisões que se baseassem no salário mínimo ao limitar a indenização por danos morais, sendo, portanto, estas compensações apenas fixada pelo juiz a seu arbítrio. Ensejando-se assim, uma discricionariedade plena, com uma suposta convicção revestida de livre convencimento e sem qualquer limite determinado em lei. Em relação a essa “evolução” desprovida de eficácia, Venosa (2003, p. 284) diz:

[...] A falta de legislação específica nessa problemática tem gerado, todavia, decisões díspares e incongruentes. [...] Como ainda é nova essa disseminação dessa modalidade de indenização em nossos tribunais, chegar-se-á, certamente, em breve tempo, a balizamento razoável imposto pela própria jurisprudência.

Vislumbra-se, de acordo com o entendimento do renomado doutrinador que a ausência de normas que disciplinem a questão tem produzido muitos julgados esdrúxulos, aquém ou além de uma razoabilidade esperada, produzindo assim, uma “indústria do dano moral”, onde algumas decisões chegam a ser merecedoras de lamentações por não alcançarem seus objetivos específicos, quais sejam, uma compensação justa ao lesado e um desestímulo significativo ao lesante.

De forma abrangente, afora os fatores preponderantes outrora mencionados, Diniz (2004, p. 103-104), ainda estende os critérios a serem observados na hora do arbitramento do quantum indenizatório, apresentando-os assim:

[...] evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima; b) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão; c) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas; d) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter anti-social da conduta lesiva; e) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica; f) apurar um real valor do prejuízo sofrido pela vítima e do lucro cessante, fazendo uso do juízo de probabilidade para averiguar se houve perda de chance ou de oportunidade, ou frustração de uma expectativa; g) levar em conta o contexto econômico do país; h) verificar o nível cultural e a intensidade do dolo ou grau de culpa do lesante em caso de responsabilidade civil subjetiva, e, se houver

excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poder-se-á reduzir, de modo eqüitativo, a indenização (CC, art. 944, parágrafo único); j) basear-se em prova firme e convincente do dano; k) analisar a pessoa do lesado, considerando os efeitos psicológicos causados pelo dano, a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social e política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura; l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes.

É assim, de forma extensiva e peculiar que, segundo a doutrinadora, o dano tem que ser observado, ou seja, com todos estes requisitos outrora mencionados. Demonstra-se com isso, a atenção a cada detalhe que posteriormente fará uma diferença considerável, pois são os pormenores observados pelo magistrado que o farão digno de produzir uma sentença justa e fiel aos preceitos legais.

Porém, incisivamente, sobre o mesmo assunto, Diniz (2004, p.100) comenta que:

Ante a dificuldade de estimação pecuniária do dano moral, a disparidade de julgados, para alguns autores, o mais sensato seria que houvesse uma disciplina legal prescrevendo, para impedir excessos, uma indenização tarifada em salários mínimos, atendendo as peculiaridades de cada caso, ou a fixação de teto mínimo e de teto máximo para determinação da quantia indenizatória.

Mesmo a ideia sendo minoritária na doutrina, é notória a necessidade de haver um padrão a ser seguido no momento de se indenizar, senão nem mesmo esta minoria tinha se pronunciado quanto ao assunto. Assim, não se deve analisar se é uma preocupação de poucos ou de muitos estudiosos, mas sim se ater à carência social, quando, de forma desrespeitosa, não lhe é apresentada uma resposta condizente aos ideais de justiça almejados, ferindo a dignidade humana que emana de uma observação da realidade social, a qual é acolhida e legalizada, e não o contrário.

4.1 JULGADOS INEFICAZES

Atualmente, mesmo com a razoabilidade e proporcionalidade sendo usados como critérios determinantes nas decisões dos Tribunais Superiores, nada obsta

que casos destorcidos ocorram com certa freqüência, fato que além de banalizar o instituto da indenização por danos morais, compromete a segurança jurídica, revelando ainda uma grande lacuna a ser preenchida, no sentido de ser necessária uma fórmula mais eficaz e realista para se chegar a um resultado mais útil não só individualmente considerado na valoração do quantum a ser pago, por ocasião de indenização por danos morais, nascendo, assim, a ideia de uma “estimativa prudente” legalmente quantificada para que estes percalços sejam extintos do ordenamento jurídico pátrio.

A preocupação mostra-se relevante no momento que se percebe a insatisfação frequente de membros do Judiciário e núcleos da sociedade atingidos, pois, os julgados acabam por destorcer a imagem da justiça, remetendo seus membros a diferentes comentários insatisfatórios e aos litigantes uma sentença que não atende nem a pedagogia oferecida ao lesante e nem a compensação justa ofertada ao lesado.

Esse subjetivismo dado ao magistrado, para que decisões como esta aconteçam, possibilita pedidos absurdos que buscam quantias ilógicas e irreais no sentido de se valorar “muito” ou “pouco”. As quantias em muitos casos vêm sendo formadas pelos Tribunais Superiores embasados em uma “interpretação” incongruente. Contribuindo assim, com o atual constrangimento do Judiciário, oriundo, dentre outras causas, dos inúmeros pedidos de indenização por danos morais, sem qualquer causa de pedir, ou quando possuem são motivados pela possibilidade de ganhar muito dinheiro, o que vem a ser, na maioria dos casos, a verdadeira causa pedenti.

Com isso, Marini (2007) explica que a indenização não pode tornar-se meio de enriquecimento ilícito. Seu valor deverá estar de acordo com o nível social e econômico do autor. Todavia, a nível de análise, um trabalhador remunerado mensalmente com um salário mínimo, obrigado a pagar uma indenização na monta de 50 (cinquenta) salários mínimos traduziria uma compensação adequada, porquanto lhe permitiria fruir de alegrias e benesses sem alterar de forma brusca e radical sua condição social.

Contudo, Marini (2007) menciona que, por outro lado, tomando por base, com o devido respeito, a realidade social e econômica de um magistrado com vários anos de experiência, cuja remuneração gira em torno de 15.000,00 (quinze mil reais), aquela indenização de 50 (cinquenta) salários mínimos, não se revestiria do caráter

necessário de compensação, pois seria pouco superior à sua remuneração mensal, não se traduzindo em móvel de alegrias e benesses suficientes para compensar o dano moral sofrido. Respeitada a necessária proporção de uma realidade à outra, ao magistrado caberia uma indenização em torno de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) quantia que lhe garantiria alegrias, mas que não acarretaria enriquecimento ilícito e nem estaria distante de sua realidade social e econômica. Atribuir ao magistrado valor muito inferior àquele seria causar um novo atentado à sua moral.

Observando-se o caso da Apelação Cível Nº 70034688507, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 29/07/2010, tem-se que:

APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO MONOCRÁTICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA. QUANTUM. REDUÇÃO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Evidenciada a ilicitude do ato praticado pela instituição financeira ré, que lançou o nome da autora em órgão de proteção ao crédito, por dívida que esta não contraiu, causando-lhe lesão à honra e reputação, caracterizado está o dano moral puro, daí, o dever de indenizar. Condenação mantida. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, bem como aos parâmetros utilizados por esta Câmara, em situações análogas, conduz à redução do montante indenizatório fixado para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora, conforme determinado no ato sentencial. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIES A QUO. A correção monetária incide desde a data do arbitramento da indenização por dano moral, a teor da Súmula 362 do STJ. Precedentes desta Corte. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. Em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora são devidos a contar do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do C. STJ. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

De acordo com o que foi exposto, a situação vigora sobre indenização por dano moral evidenciada sobre autora que teve seu nome, indevidamente, inserido em cadastro de inadimplentes de instituição financeira, por dívida não contraída, deixando, além de realizar possíveis compras em seu nome, que sua identidade fosse exposta à sociedade de forma desonrosa e vexatória. Observa-se que o julgado indenizou a vítima em apenas 5.000,00 (cinco mil reais), ensejando uma decisão aquém do que se esperava diante de todos os percalços obtidos pela vítima,

visto que, a comparação feita com um cidadão comum e uma instituição financeira remonta a um numerário muito maior do que fora imposto pelo tribunal citado.

Outro caso bastante polêmico e não menos estorrecedor, noticiado pelo jornal Folha de São Paulo, foi a situação apresentada em Brasília-DF onde, um professor universitário conseguiu na justiça que sua ex-aluna lhe pagasse uma indenização por tê-lo xingado e ameaçado fisicamente após ela ter sido flagrada colando em uma prova. A 1ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal-DF condenou, por unanimidade, a ex-aluna do curso de Direito, a pagar R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por danos morais ao professor. Não cabendo recurso da decisão. Em primeira instância, a universitária havia sido condenada a pagar R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), mas tanto a aluna como o professor recorreram. A 1ª Turma Recursal do Distrito Federal-DF aumentou o valor. No acórdão, o relator do processo, juiz Esdras Neves, mencionou que, ninguém pode ser destrutado, tampouco se tornar motivo de chacota, por quem quer que seja, sobretudo diante de grande público que, por medida de costume lhe deve obediência e respeito hierárquico. Já o professor disse que ajuizou a ação em 2007 por ter ficado “estorrecido” com a atitude da aluna, afirmando que a mesma tinha lhe chamado de “babaca”, “moleque” e que até proferiu alguns palavrões, ratificando que ia bater no docente na saída da aula. O caso foi fortemente divulgado.

Desta forma, percebe-se que, em primeiro lugar, a “indústria do dano moral” é evidente e corriqueira, visivelmente constata-se casos como este, anteriormente mencionado, onde, avalia-se aquilo que se “acha ser relevante” para ser indenizado. Uma indenização de 500.000,00 (quinhentos mil reais) obrigatoriamente paga por uma aluna universitária diante de um “xingamento” constata a discrepância judicial ao apreciar a situação, desfazendo-se dos princípios norteadores da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade, congruente a isso, o bom senso. Fato que denota a realidade como é, ou seja, com a ausência de regras fixas a serem seguidas e respeitadas, aliadas a falta de magistrados que sigam estas normas em nome de uma segurança jurídica eficaz.

Em detrimento desta análise, uma situação que serviu de supedâneo à reflexão contemporânea foi o caso da estudante universitária Geyse Arruda versus Uniban, recentemente noticiado em meios de comunicação de relevância nacional. A aluna ganhou uma indenização de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) em indenização por dano moral advinda de constrangimento na faculdade. Casos como estes de

Geyse acontecem cotidianamente, mas não são tão bem solucionados pelo ordenamento jurídico como os que são alvo da imprensa nacional.

Aumenta-se assim, a cada caso concreto julgado, a dúvida quanto aos critérios que a justiça pátria usa para mensurar as indenizações. Na situação da estudante universitária, indaga-se sobre o peso que a mídia tem em relatar um caso individual a âmbito nacional. Procurando-se resposta para o fato de uma estudante “Geyse” ser merecedora de uma indenização maior de que a estudante “Maria” de uma outra universidade.

4.2 DO PONTO DE VISTA DO STJ

Como instância máxima de questionamentos envolvendo legalidade, o STJ definiu algumas quantias para determinados tipos de indenização. Um dos exemplos são os casos de morte dentro de estabelecimentos de ensino, cujo valor de punição aplicado é de cerca de 500 salários mínimos. Quando a ação por dano moral é movida contra um ente público, cabe às turmas de Direito Público do STJ o julgamento do recurso. Seguindo o entendimento da 2ª Seção, a 2ª Turma vem fixando o valor de indenizações no limite de 300 salários mínimos. Foi o que ocorreu no julgamento do Recurso Especial 860.705, relatado pela ministra Eliana Calmon. O recurso era dos pais que, dentre outros pontos, tentavam aumentar o dano moral de R\$ 15 mil para 500 salários mínimos em razão da morte do filho ocorrida dentro da escola, por um disparo de arma. A 2ª Turma fixou o dano, a ser ressarcido pelo Distrito Federal, seguindo o teto padronizado pelos ministros.

O patamar, no entanto, pode variar de acordo com o dano sofrido. Em 2007, o ministro Castro Meira levou para análise, também na 2ª Turma, um recurso do estado do Amazonas, que havia sido condenado ao pagamento de R\$ 350 mil à família de uma menina morta por um policial militar em serviço. Em primeira instância, a indenização havia sido fixada em cerca de 1.600 salários mínimos, mas o Tribunal local reduziu o valor, destinando R\$ 100 mil para cada um dos pais e R\$ 50 mil para cada um dos três irmãos. O STJ manteve o valor, já que, devido às circunstâncias do caso e à ofensa sofrida pela família, não considerou o valor exorbitante nem desproporcional (Resp. 932.001).

Já os incidentes que causem paraplegia na vítima motivam indenizações de até 600 salários mínimos, segundo o Egrégio Tribunal Superior. A subjetividade no momento da fixação do dano moral resulta em disparidades gritantes entre os diversos Tribunais do país. Em um recurso analisado pela 2ª Turma do STJ em 2004, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul apresentou exemplos de julgados pelo país para corroborar sua tese de redução da indenização a que havia sido condenada, segundo a revista *Consultor Jurídico*.

Feito refém durante um motim, o diretor-geral do hospital penitenciário do Presídio Central de Porto Alegre acabou paraplégico em razão de ferimentos. Processou o ente estatal e, em primeiro grau, o dano moral foi arbitrado em R\$ 700 mil. O Tribunal Estadual gaúcho considerou suficiente a indenização equivalente a 1.300 salários mínimos. Ocorre que, em caso semelhante — paraplegia —, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais fixou em 100 salários mínimos o dano moral. Daí o recurso ao STJ, dados reforçados pela revista *Consultor Jurídico*.

A 2ª Turma reduziu o dano moral devido à vítima do motim para 600 salários mínimos (Resp 604.801), mas a relatora do recurso, ministra Eliana Calmon, destacou dificuldade em chegar a uma uniformização, já que há múltiplas especificidades a serem analisadas, de acordo com os fatos e as circunstâncias de cada caso.

Passado o choque pela tragédia, é natural que as vítimas pensem no ressarcimento pelos danos e busquem isso judicialmente. Em 2002, a 3ª Turma fixou em 250 salários mínimos a indenização devida aos pais de um bebê de São Paulo morto por negligência dos responsáveis do berçário (Ag 437968). Assim foi fixado o limite de 250 salários para os casos de morte de filho no parto.

Caso semelhante foi analisado pela 2ª Turma neste ano. Por falta do correto atendimento durante e após o parto, a criança ficou com sequelas cerebrais permanentes. Nesta hipótese, a relatora, ministra Eliana Calmon, decidiu por uma indenização maior, tendo em vista o prolongamento do sofrimento, veja-se:

A morte do filho no parto, por negligência médica, embora ocasione dor indescritível aos genitores, é evidentemente menor do que o sofrimento diário dos pais que terão de cuidar, diuturnamente, do filho inválido, portador de deficiência mental irreversível, que jamais será independente ou terá a vida sonhada por aqueles que lhe deram a existência”, afirmou a ministra em seu voto. A indenização foi fixada em 500 salários mínimos (Resp 1.024.693).

O STJ reconheceu também, a necessidade de reparação a uma mulher que teve sua foto ao lado de um noivo publicada em jornal do Rio Grande do Norte, noticiando que se casariam. Na verdade, não era ela a noiva, pelo contrário, ele se casaria com outra pessoa. Em primeiro grau, a indenização foi fixada em R\$ 30 mil, mas o Tribunal de Justiça potiguar entendeu que não existiria dano a ser ressarcido, já que uma correção teria sido publicada posteriormente. No STJ, a condenação foi restabelecida (Resp 1.053.534) a R\$ 30 mil, limite então pacificado para casos de fofoca social.

Um cidadão alagoano viu uma indenização de R\$ 133 mil minguar para R\$ 20 mil quando um caso de protesto indevido de seu nome chegou ao STJ. Sem nunca ter sido correntista do banco que emitiu o cheque, houve protesto do título devolvido por parte da empresa que o recebeu. Banco e empresa foram condenados a pagar cem vezes o valor do cheque, de R\$ 1.333. Houve recurso e a 3ª Turma reduziu a indenização. O relator, ministro Sidnei Beneti, levou em consideração que a fraude foi praticada por terceiros e que não houve demonstração de abalo ao crédito do cidadão (Resp 792.051).

Outra situação com limite pré-estabelecido é o disparo indevido de alarme antifurto nas lojas. Já noutro caso, no ano passado, a 3ª Turma manteve uma condenação no valor de R\$ 7 mil por danos morais devido a um consumidor do Rio de Janeiro que sofreu constrangimento e humilhação por ter de retornar à loja para ser revistado. O alarme antifurto disparou indevidamente. Para a relatora do recurso, ministra Nancy Andrighi, foi razoável o patamar estabelecido pelo Tribunal local (Resp 1.042.208). Ela destacou que o valor seria, inclusive, menor do que em outros casos semelhantes que chegaram ao STJ. Em 2002, houve um precedente da 4ª Turma que fixou em R\$ 15 mil indenização para caso idêntico (Resp 327.679).

Há casos, porém, que o STJ considera as indenizações indevidas, firmando jurisprudência no sentido de que não gera dano moral a simples interrupção indevida da prestação do serviço telefônico (Resp 846273), por exemplo. A tabela abaixo denota alguns desses julgados mencionados.

Tabela 1

Alguns casos já julgados pelo STJ:

Evento	2º grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	R\$ 4,65 mil	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	R\$ 8 mil	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; resolvido pela garantia	R\$ 15 mil	Não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes	R\$ 232,5 mil	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	Não há dano	R\$ 23,2 mil	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	R\$ 200 mil	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	R\$ 360 mil	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	R\$ 52 mil	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22,5 mil	Resp 401358
Preso erroneamente	Não há dano	R\$ 100 mil	Resp 822630

Fonte: Adaptado da Revista Consultor Jurídico

4.3 ANALOGIA COM O DIREITO PENAL

Amparados em previsões legais, encontra-se na analogia à pena de multa criminal um referencial para a solução do problema aqui exposto, qual seja, a valoração do quantum. O Direito Penal, ao estabelecer as sanções cominadas aos infratores da norma, prevê, dentre outras, a aplicação da pena de multa, sendo o

seu principal fim evitar novos delitos. Prevenindo novas infrações, intimidando todos os destinatários da norma com a certeza de retribuição à prática de atos delitivos. Portanto, ao se cominar pena de multa no Direito Penal, está se buscando primordialmente a educação e a prevenção conforme entendimento esposado pelo doutrinador Capez (2005).

Com o intuito de abranger a referida fundamentação legal outrora mencionada, é de grande valia referir-se a exordial legislação penal para que se tenha a real distinção, positivada, da segurança que se é punir com uma regra que preveja o dano causado com antecedência, ou seja, com a predisposição do princípio do devido processo legal.

Da mesma forma, tais normas basilares do Direito Penal podem ser aplicadas no Direito Civil, no campo da reparação pecuniária do dano moral, dado a omissão legislativa neste ponto específico. Até porque a legislação civil, como já mencionado anteriormente, utiliza-se da pena de multa criminal como referencial na liquidação das obrigações decorrentes de ato ilícito, em que não há somente o prejuízo material, mas sim, a abrangência, também, do prejuízo moral. Atenta-se ao Código Penal a respeito da implementação da pena de multa no artigo 59, in verbis:

O Juiz, atendendo a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - [...] omissis;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Desta feita, o critério da fixação da pena de multa é objetivo-subjetivo, assegurando em grande dimensão a subjetividade, mas, em contrapartida, carente, em sua essência, de critérios objetivos lógicos que, analogicamente aplicados à valoração do quantum indenizatório no âmbito do dano moral civil, oferecem uma solução adequada ao caso concreto, através do qual o Juiz – Estado terá elementos efetivos de proteção, equilíbrio e ordem das relações sociais.

Aliás, hodiernamente, é através da sanção pecuniária que o Poder Público consegue disciplinar os atos e relações sociais. Basta observar as leis de trânsito, tributárias, trabalhistas, etc. Em grande parte destas normas, a possibilidade de elevada condenação em dinheiro é constante freio ao desrespeito generalizado, decorrente da ausência de cominação legal objetiva para regê-los.

Analizando o Código Penal, o seu artigo 49 - A, servindo de supedâneo para a norma acima descrita tem-se, de forma expressa que:

Pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10(dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.
I-O valor do dia-multa será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 05 (cinco) vezes esse salário.

A regra de aplicação da pena de multa no direito penal é clara e eficaz, e considera principalmente a situação econômica do réu. Determinam-se ainda no artigo 60 do Código Penal os critérios especiais da pena de multa, conforme pode ser observado: na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu; I - A multa pode ser aumentada até um triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada ao máximo.

Por conseguinte, analogicamente, na valoração do dano moral é de grande relevância que sejam considerados os seguintes aspectos: a) A situação econômica do causador do dano; b) seu grau de dolo ou culpa; c) se é reincidente em atos ilícitos similares; d) sua conduta frente ao lesado após o ato ilícito; e) as conseqüências do ato ilícito e f) a situação econômica do lesado e sua conduta à época do fato. Por isso a devida menção feita ao Código Penal, para que, de forma explicativa, seja possível entender a importância dada a outros institutos que visam, de forma análoga, a segurança jurídica, tais como o próprio Código Civil.

Determina ainda, o artigo 60, § 1º do Código Penal vigente que, a multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz embora aplicada ao máximo, estabelecendo assim, um modelo de critério basilar para a efetiva determinação da indenização, qual seja, a multiplicação da multa, de acordo com a análise previamente feita sobre a condição de quem a pagará, ou seja, o réu. Possibilitando assim, uma punição que possa compensar, efetivamente, o dano causado, de acordo com sua extensão. Efetividade esta que serve de parâmetro para o Direito Civil, no âmbito da responsabilidade.

4.4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os legisladores e julgadores vêm utilizando vários parâmetros de fixação da indenização por dano moral, sendo certo que os pontos de vista divergem, como não poderia deixar de ser, dada a contundente subjetividade do instituto. O ponto pacífico é apenas estar tal valor atrelado ao proporcional e razoável arbítrio dos juízes. Será, entretanto, que há prudência deixar sem escalas ou, ao menos, elementos positivamente delineados para a sua quantificação? Oliveira Júnior (2003), afirma em proporções gerais qual a preocupação que circunda essa indagação:

O que é salutar que se evite no âmbito das indenizações por danos morais, mormente diante da sua saudável proliferação, é o enriquecimento desmedido e desproporcional em relação às características e à dimensão da lesão em si mesma, é à (SIC) condição do lesado, mas não qualquer enriquecimento. Neste sentido, desmedido e indevido seria o acréscimo de um valor indenizatório que levasse à vítima a saltar de um patamar sócio-econômico para outro mais elevado, tornando remediado quem era pobre, rico quem era apenas remediado, e milionário, quem era apenas rico. Assim, mesmo para quem recebe um salário mínimo mensal ou milhares deles como paga de seu trabalho, o recebimento de um real que seja, e apenas um real, importa em substancial e efetivo enriquecimento ilícito, porque o valor acresceu ao que normal e ordinariamente é percebido pelo beneficiado, de modo que o que o enriquece é o acréscimo em si, e não o seu montante, isoladamente.

Desta feita, observa-se qual a finalidade que os julgados brasileiros estão atingindo atualmente, desprovidos de normas que regulamente o quantum indenizatório no âmbito do dano moral.

Tendo por base esta análise, foi apresentado ao Senado Federal em 08/08/2002, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 7124/2002, que trata especificamente sobre o dano moral e os critérios de quantificação do valor indenizatório, inclusive o enriquecimento ilícito.

Os principais pontos abordados neste Projeto de Lei, que tem sido motivo de ampla discussão, são os seguintes: a) ofendido: passa a considerar a pessoa jurídica e os entes jurídicos como passíveis de ofensa por dano moral, e não tão somente a pessoa física, estabelecendo, no artigo 3º, que seriam bens juridicamente tutelados destes entes a imagem, a marca, o símbolo, o prestígio, o nome e o sigilo

da correspondência; b) ofensor: admite, em seu artigo 4º, a responsabilidade civil de todos os envolvidos no evento danoso, quer por ação ou omissão, na proporção da participação de cada um; c) cumulação com dano material, embora este ponto já esteja pacificado; d) lucros cessantes e danos emergentes, determinando no artigo 5º, § 2º, que tais parâmetros não podem refletir na determinação do dano moral; e) fixação do quantum indenizatório, o ponto mais polêmico deste Projeto de Lei, que está no artigo 7º, o qual estabelece os critérios a serem adotados pelos juiz. Com base no § 1º do artigo 7º, o magistrado ao julgar procedente o pedido, fixará a indenização a ser paga a cada um dos ofendidos de acordo com a natureza da ofensa: se for leve, o valor não deve ultrapassar R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), ofensa de natureza média deve ser fixada entre R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), e entre R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) e R\$ 180.000,00 (oitenta mil reais), se, todavia, a ofensa for grave. Como se depreende dos parágrafos 2º e 3º desse mesmo artigo admite-se, concomitantemente, a adoção de critérios de tarifação e o critério pessoal das partes. Vislumbra-se também o critério punitivo, também incluído como parâmetro de fixação do quantum indenizatório, prevendo que, na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização e, f) fator temporal, introduzido no artigo 8º, prevendo um prazo de 06 (seis) meses para interposição de ação indenizatória por dano moral advinda do tempo da dor e do sofrimento passível de reparação.

Outro Projeto de Lei, de forma significativa, foi apensado ao Projeto de Lei nº 7124/2002, determinado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, tratando-se do Projeto de Lei nº 1443/2003, que trouxe alterações significativas no que tange à fixação do quantum indenizatório, estabelecendo parâmetros adicionais, limitadores e, conseqüentemente, de caráter tarifário, como se observa no artigo 2º deste Projeto de Lei, o qual prevê que a indenização do dano moral será fixada em até duas vezes e meia os rendimentos do ofensor ao tempo do fato, desde que não exceda em dez vezes o valor dos rendimentos mensais do ofendido, que será considerado limite máximo. Outro ponto polêmico está no artigo 2º, § 1º, que estabelece uma correlação entre o valor indenizatório do dano moral e dano material, cujas características são essencialmente independentes. Ademais, introduz no artigo 2º, § 2º, a figura da retratação tácita por parte do ofendido, que pode

acarretar em redução ou até mesmo no cancelamento do valor da indenização por dano moral.

De toda forma, sejam quais forem os critérios acolhidos para se estabelecer tanto às hipóteses de incidência como os limites de atuação da função punitivo-compensatória, não há mais razão lógica, muito menos ambiente social para que se continue a negá-la, prendendo-se o sistema jurídico civil às amarras de um pensamento político-ideológico ultrapassado, que resiste ou simplesmente ignora os reclamos de efetividade e pragmatismo do mundo globalizado do século XXI.

É preciso, assim, que o legislador atenda a tais reclamos, definindo mediante critérios objetivos, tanto quanto possível, as condições, hipóteses e limites da função punitivo-compensatória da responsabilidade civil, seja por intermédio da importação da figura dos punitive damages, seja por via da determinação de que os magistrados fixem nas sentenças, distintamente, valores devidos a título de indenização e ou compensação, danos patrimoniais e ou extrapatrimoniais, respectivamente, e valores devidos a título de punição, servindo, então, a um só tempo, aos objetivos de punição e dissuasão da repetição de condutas altamente reprováveis no campo civil.

Sob essa perspectiva, a clássica função de reparação da responsabilidade civil vem se demonstrando insuficiente para solucionar toda a problemática que envolve o tema, diante dos fenômenos sociais próprios da sociedade contemporânea, levando em consideração à própria transformação da noção de dano.

Assim, tem-se em vista que, as atuais reflexões acerca da responsabilidade civil, devem partir da análise de suas modernas funções com ênfase em seu caráter punitivo-pedagógico, que vem sendo aplicado pelos tribunais pátrios juntamente com a função compensatória para a fixação do quantum indenizatório a título de danos extrapatrimoniais.

5 CONCLUSÃO

As garantias constitucionais são consideradas imprescindíveis à pessoa humana, necessárias para garantir a todos uma existência digna, livre e igual. Podem ser definidas tanto como aquelas que dizem respeito aos direitos básicos que o indivíduo, natural e universalmente, possui em face do Estado, como direitos considerados fundamentais quando o Direito vigente em um país assim os qualifica, estabelecendo regras para sua efetiva observância.

E é desta forma que um Estado Democrático de Direito exige para sua própria consistência a impossibilidade de se impor poderes ilimitados assim como de exercer direitos sem qualquer restrição legal, como garantia da sua própria ordem institucional, pois, considerar a Constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significa esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários atores sociais, transportadores de ideias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados, antagônicos e contraditórios.

Em detrimento desta análise, o presente trabalho monográfico vislumbrou a existência de uma lacuna legislativa, no que importa a quantificação do dano moral. Decorrendo daí, as dificuldades, distorções e equívocos de avaliação, submetendo os cidadãos a valores tão variáveis, apesar de irradiadas de fatos, se não idênticos, bastante semelhantes. A partir do estudo abordado também foi discutido o fato da responsabilidade civil não vir a ser o meio para impor uma pena ao causador de um dano; sendo seu objetivo maior a reconstrução do aparato material ou imaterial, de quem sofreu o prejuízo.

Nesse diapasão, constatou-se que, apesar de ser de difícil mensuração, não pode a indenização servir de escopo ao enriquecimento ilícito, nem tampouco, levar a ruína o devedor. Desta feita, também não deve permear o irrisório, dado o caráter preponderantemente pedagógico que a fixação do quantum deve conter. Valores ínfimos, não desestimulam as novas práticas e produzem a sensação de que, os prejuízos advindos da violação moral, não são tão danosos.

Demonstrou-se assim, ao longo do referido estudo, que a finalidade do trabalho não foi a de criticar a sistematização atualmente adotada com o intuito de valorar as indenizações por danos morais, mas sim demonstrar que apesar da

razoabilidade e da proporcionalidade estarem presentes em tribunais pátrios, a subjetividade persiste em detrimento a uma definição legal que garanta não somente o exercício do direito privado, mas também, respeito às limitações que resguardem uma maior segurança jurídica, e, por conseguinte, o interesse público.

Desta feita, foi demonstrado no trabalho apresentado as soluções pertinentes visualizadas pela classe jurídica e pelos demais núcleos da sociedade, as quais seriam a formulação de um conjunto de normas infraconstitucionais estabelecidas em ordenamento vigente, que estabelecesse critérios legalmente estruturados e aplicáveis, aditado a parâmetros subjetivos já existentes, e que juntos, constituíssem um método eficaz de determinação do quantum indenizatório.

Por conseguinte, o estudo feito por aqueles que se interessam no tema tendem a continuar, visto que, embora o dano moral seja um tema muito presente na vida de todo profissional do direito, ainda é, em regra, algo que não se tem à exata compreensão, o que dificulta a própria argumentação jurídica. Assim sendo, é de suma importância o entendimento de como essa espécie de lesão está sendo tutelada jurisdicionalmente, analisar os critérios norteadores quando da fixação do valor indenizatório, permitindo, pois, um melhor embasamento para a argumentação jurídica e, certamente, uma melhor e mais eficaz defesa dos direitos daquele indivíduo que sofreu a lesão.

E, sendo assim, As dúvidas, receios e inseguranças quanto ao instituto da responsabilidade civil, especialmente no âmbito do dano moral, tendem a crescer, em especial quanto ao aspecto subjetivo do órgão julgador e os critérios para a fixação do quantum indenizatório. Porém, diante do trabalho acima apresentado pode-se observar que soluções existem e que podem ser efetivamente aplicadas a partir do momento que membros do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário primem por um conjunto de normas que regulem o tema e que se comprometam em fazer uso do bom senso para dosimetrar o quantum nas indenizações por dano moral. Fortalecendo assim, a segurança jurídica e os direitos constitucionais inerentes aos cidadãos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito civil**. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 mai 2010.

_____. **Decisões do STF criam uma 'tabela' de indenizações**. Revista Consultor Jurídico, set 2009. Disponível em: <<http://www.portalcorreio.com.br/noticias/matler.asp?newsId=99767>>. Acesso em: 11 out 2010.

_____. **STJ define valor de indenizações por danos morais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em: 18 out 2010.

_____. **Código civil, lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 07 abr 2010.

_____. **Código Penal, decreto lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 07 abr 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Liv. Almeida, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Forense, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de direito civil**. v. 3. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v.4. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo, 2005.

HUBERMAN, Leo. **A história da riqueza do homem**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980. Disponível em: <<http://josedocarmo.blogspot.com/2010/05/responsabilidade-civil-nos-codigos-de.html>>. Acesso em: 27 jun 2010.

LIMA, Francisco Menton Marque de. **Os princípios do direito civil lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTR, 1994.

MARINI, Bruno. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo**. Disponível em: <<http://www1.jusnavegandi.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 22 out 2010.

MORETTI, Ivan César. **A indenização por danos morais no stj 2003**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3383>>. Acesso em: 19 out 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Revista de Direito Civil. São Paulo, n. 65, jul./set., 2006. Disponível em: <<http://josedocarmo.blogspot.com/2010/05/responsabilidade-civil-nos-codigos-de.html>>. Acesso em: 27 jun 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade civil**. v. 4. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 5^o ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SILVA, Américo Luís da. **Dano moral e sua reparação civil**. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 18^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. v. 4. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ANEXOS

1º Decisão:

RECURSO ESPECIAL Nº 860.705 - DF (2006/0136826-0).

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Francisco Barbosa do Nascimento e outro

Advogado: Pedro Soares Vieira e outro

Recorrido: Distrito Federal

Procurador: Antônio Osterno Rodrigues e Souza e outros

EMENTA

ADMINISTRATIVO RESPONSABILIDADE CIVIL PENSIONAMENTO POR MORTE DE FILHO NO INTERIOR DE ESCOLA MANTIDA PELO PODER PÚBLICO DEVER DE VIGILÂNCIA DANO MATERIAL SÚMULA 282/STF DANO MORAL AUMENTO DE VALOR DE INDENIZAÇÃO.

1. Aplica-se a Súmula 282/STF em relação à tese em torno do dano material, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre ela.
2. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não volte a reincidir.
3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais.
4. Aumento do valor da indenização para 300 salários mínimos.
5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.

ACÓRDAO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora." Os Srs. Ministros João

Otávio de Noronha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2006 (Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON

Relatora

2ª Decisão:

Órgão: 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais

Classe: ACJ- Apelação Cível no Juizado Especial

N. Processo: 2007.07.020422-3

Apelante(s): Sandra Aparecida de Sousa

Apelante(s): Alexander Augusto Santos Escossa de Oliveira

Apelado(s): Os mesmos

Relator Juiz: Esdras Neves

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OFENSAS EM SALA DE AULA. XINGAMENTOS E AMEAÇAS DE ALUNA À INTEGRIDADE FÍSICA DE PROFESSOR QUANDO SURPREENDIDA FRAUDANDO AVALIAÇÃO DA MATÉRIA. CONSTRANGIMENTO DEMONSTRADO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA VIOLADA. FIXAÇÃO MÓDICA DO QUANTUM. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS MAJORADA. RECURSO DO AUTOR PROVIDO.

Comete dano moral, passível de reparação, a aluna que, ao ser flagrada fraudando avaliação, por seu professor, profere xingamentos de baixo calão e ameaça à integridade física de seu mestre diante da turma. O dano moral, na situação dos autos, sobleva na medida em que importa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que ninguém pode ser destrutado, tampouco tornar-se motivo de chacota, por quem quer que seja, mormente diante de grande público que, por medida de costume, lhe deve obediência e respeito hierárquico.

Recurso improvido da ré e provido do autor, para majorar o quantum indenizatório por dano moral.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2008.

Esdras Neves

Relator.