



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

HELIO ANTONIO DE SOUSA

DA FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO POR DANOS MORAIS EM
FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

SOUSA - PB
2009

HELIO ANTONIO DE SOUSA

DA FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO POR DANOS MORAIS EM
FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

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 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

SOUSA - PB
2009

HELIO ANTONIO DE SOUSA

Aprovado em : 16 de Junho de 2009.

COMISSÃO EXAMINADORA

Maria dos Remédios de Lima Barbosa
Professora Orientadora

Pedro Pontes de Azevedo

Dr. Robson Antão de Medeiros

Sousa – PB
Junho/2009

À minha sempre dedicada e amada esposa,
Antonia lara, que comigo trilha os intrincados,
porém, por perseguirem um ideal de justiça,
compensadores meandros do Direito.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS, que me assiste sempre nas fraquezas e necessidades, pois de fato, digo com estranhável orgulho: "sou pobre e necessitado, mas o Senhor Deus cuida de mim".

Agradeço à minha mãe, Francisca Vitória de Sousa, por ter me apoiado e amparado sempre.

Agradeço penhoradamente à minha preciosíssima esposa, sem a qual essas letras seriam apenas quimera, senão impossíveis.

A meus mestres, com destaque especial à dileta professora Maria dos Remédios de Lima Barbosa, orientadora deste trabalho.

Entrega teu caminho ao Senhor, confia nele e
Ele tudo fará. Fará sobressair tua justiça como a
luz e o teu direito como o sol do meio dia.

(Salmos 37. 5-6)

RESUMO

A dignidade da pessoa humana tem sido alvo da ponderação constante do direito moderno. Com o advento da Constituição de 1988 os direitos da personalidade, que estão ligados perpetuamente à pessoa, foram elevados à categoria constitucional. Apesar de tudo isso ainda é precária a legislação e a jurisprudência sobre o tema, no que diz respeito à determinação do quantitativo da reparação / indenização pelo dano afeto aos direitos da personalidade. O Estado tem o dever de garantir a sua tutela. Com o conceito de responsabilidade civil, implementada com seus pressupostos caracterizadores da obrigação de indenizar, trazido pelo nosso *codex*, surge de modo positivado o dever regulamentado de reparar o dano causado. A vítima do dano moral não pode mais ficar sem um lenitivo para o seu sofrimento causado por ato de terceiro. Surge no mundo jurídico o dano moral e com ele as dificuldades da quantificação da reparação, por não se poder vislumbrar um *pretius doloris*, incalculável no seu cerne. Vários métodos e critérios são defendidos como meios mais ou menos seguros no vaticínio da efetivação da justiça ao moralmente afligido. Critérios matemáticos, tabelamentos, arbítrio do julgador, com os seus parâmetros balizadores: a extensão do dano; as condições socioeconômicas do causador do dano e da vítima e os tão discutidos *punitives damages*. A doutrina e a jurisprudência ainda não se mostram uniformes no entendimento sobre a forma ideal para a determinação do valor indenizatório em sede de danos morais. É precisamente levando em conta toda essa discussão e ponderando os casos práticos pertinentes ao tema que o presente trabalho está organizado, tendo por objetivo geral: Analisar, de modo sistematizado, o problema da quantificação da reparação pelo dano moral, para, ao fim apontar o método que se configure mais seguro para o abalçamento do quantitativo indenizatório em caso de dano exclusivamente moral, que deva ser utilizado ou consolidado pelo nosso judiciário. Foram utilizadas, no desenvolvimento do presente trabalho, a pesquisa bibliográfica, a pesquisa direta na legislação e a pesquisa jurisprudencial. Com preponderância da primeira modalidade. É dentro de uma logicidade sistemática que desenvolve-se esta pesquisa, ponderando no primeiro capítulo sobre os direitos da personalidade e seus conceitos afins. A responsabilidade civil, com seus pressupostos está tratada no segundo capítulo. Traz o terceiro capítulo a parte que se constitui no foco *matrix* da pesquisa presente: a fixação do valor indenizatório pelos danos morais em face dos direitos da personalidade, com forte ênfase ao apontamento de qual método ou critério se configura o mais aceitável para solução do presente questionamento, que é o objetivo deste modesto trabalho.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Danos morais. Responsabilidade civil. Valor indenizatório

ABSTRACT

The human person's dignity has been objective of the constant consideration of the modern right. With the coming of the Brazilian Constitution of 1988, the rights of the personality, that are linked, perpetual and intrinsic to the person, were high to the constitutional category. In spite of everything that, is still precarious the legislation and the jurisprudence on the theme, in what she concerns the determination of the quantitative of the repair/compensation for the damage affection to the rights of the personality. The State has the duty of guaranteeing yours it tutors. With the concept of civil responsibility, implemented with your presuppositions characteristics of the obligation of compensating, brought by our *codex*, it appears of way positive to must regulated of repairing the caused damage. The victim of the moral damage more it cannot be without a lenitive for your suffering caused by act of third. It appears in the juridical world the moral damage and with him the difficulties of the quantification of the repair, for her not to shimmer a *pretius doloris*, incalculable in your duramen. Several methods and criteria are more or less protected as means safe in the prediction of the execution of the justice to the morally distressed. Mathematical criteria, table control, will of the judge, with your parameters to beacon: the extension of the damage; the conditions socioeconomic of the provocative of the damage and of the victim and the so discussed punitive damages. The doctrine and the jurisprudence is not still shown totally passive on the ideal form for the determination of the value compensative. It is precisely taking into account that whole discussion and considering the pertinent practical cases to the theme that the present work is organized, tends for general objective: To analyze, in a systematized way, the problem of the quantification of the repair for the moral damage, for, to the end appear the method that is configured to appear safer for the measurement of the quantitative of the repair in case of damage exclusively moral, that should be used or consolidated by our judiciary one. They were used in the development of the present work the bibliographical research, the direct research in the legislation and the research in the jurisprudence. With preponderance of the first modality. Inside of a systematic logic, she grows this research meditating in the first chapter on the rights of the personality and your kindred concepts. The civil responsibility, with your presuppositions are treated in the second chapter. It's brings the third the part that is constituted in the focus *matrix* of the present research surrender: the fixation of the value of the repair for the moral damages in face of the rights of the personality, with strong emphasis to the note of which method or criterion is configured the most acceptable for solution of the present questions, that is the modest objective of this work.

Keywords: Rights of the personality. Moral damages. Civil responsibility. value of the repair

ABREVIATURAS E SIGLAS

art. – artigo

c/c – combinado com

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código do Processo Civil

MG – Minas Gerais

Min. – Ministro

p. – página

pp. – páginas

Rel. – relator

REsp – recurso especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

v.g. – *vegi gratia* (por exemplo)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	13
1.1 Pessoa.....	13
1.2 A personalidade.....	14
1.3 Direitos da personalidade	16
CAPÍTULO 2 RESPONSABILIDADE CIVIL – O DANO E SUA REPARAÇÃO	20
2.1 Responsabilidade civil	20
2.2 Pressupostos da responsabilidade civil	21
2.2.1 Ação ou omissão	23
2.2.2 Culpa do agente	24
2.2.3 Relação de causalidade.....	25
2.2.4 Dano experimentado pela vítima	26
CAPÍTULO 3 DA FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	27
3.1 Considerações iniciais	27
3.2 Dano moral.....	28
3.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	31
3.3 Da fixação do valor da indenização por danos morais em face dos direitos da personalidade	33
3.3.1 Dos critérios matemáticos	34
3.3.2 Do tabelamento	36
3.3.3 Do arbitramento judicial	38
3.3.3.1 Parâmetros utilizados para o arbitramento judicial	40
3.3.3.1.1 A extensão do dano.....	40
3.3.3.1.2 O grau de culpa	42
3.3.3.1.3 Danos punitivos (<i>punitives damages</i>).....	43
3.3.3.1.4 Das condições socioeconômicas do causador e da vítima.....	45
3.3.3.1.5 Razoabilidade e proporcionalidade.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

Desde a concepção o ser humano tem os seus direitos assegurados pelo ordenamento jurídico, implementando, no entanto a totalidade de direitos e obrigações somente com o nascimento com vida, ou seja passa a ser sujeito de direitos, capaz para todos os atos da vida civil, como preceitua o nosso Código Civil de 2002, tornando-se titular de direitos e obrigações, sujeito nas relações jurídicas.

Pelo fato de ser humano, todo homem ou mulher detem a titularidade dos direitos da personalidade, resguardados pela Carta Maior, a Constituição de 1988 (direito à moral, à honra, à imagem, ao nome etc.). Esses, inerentes à pessoa humana e, assim, a ela ligada de maneira perpétua e permanente. São direitos não patrimoniais e, conseqüentemente, inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

Portanto, os indivíduos da sociedade devem respeito a esses direitos, oponíveis *erga omnes*. Uma vez violados exige-se uma sanção, configurada em uma indenização pelo dano causado à vítima. É desse modo que o dano moral encontra amparo no âmbito da responsabilidade civil, em cujo seio repousa o princípio geral de direito sobre o qual se funda a obrigação de indenizar: o princípio geral de direito, ^{0.1} informador de toda a teoria da responsabilidade, encontradigo no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é quase inconcebível, é aquele que impõe a quem causa dano a outrem o dever de repará-lo.

Está exatamente na reparação, ou mais especificamente, na determinação do seu quantitativo o maior problema do tema dano moral, que sempre terá ainda, que implicitamente, como objeto atingido, algum dos direitos da personalidade, por não serem esses passíveis de exata mensuração pecuniária.

No primeiro capítulo trata-se dos direitos da personalidade passando, obrigatoriamente pelo conceito de pessoa e personalidade, imprescindíveis ao estudo do tema, especialmente pela valoração que lhe trouxe a Carta Magna.

Reserva-se ao segundo capítulo o tratamento da responsabilidade civil e seus pressupostos, demonstrando-se que o ordenamento jurídico pugna pela obrigação de reparação, ainda que os parâmetros balizadores não sejam plenamente seguros.

Finalmente no terceiro e último capítulo trata-se da problemática da fixação da indenização pelo dano moral, tendo em vista os direitos da personalidade,

partindo-se da definição doutrinária dos danos morais, contemplando-se o princípio da dignidade da pessoa humana até a análise dos critérios utilizados na busca do sopesamento da reparação/indenização pelo dano moral.

Foram utilizadas no desenvolvimento do presente trabalho a pesquisa bibliográfica, a pesquisa direta na legislação e a pesquisa jurisprudencial. Com preponderância da primeira modalidade, com base teórica na coleta de informações em textos e obras jurídicas, procurando-se, sempre que possível dar visão da prática diuturna dos julgados pertinentes ao assunto.

Tem o presente trabalho como objetivo geral analisar, de modo sistematizado, o problema da quantificação da reparação pelo dano moral, tendo em vista o vácuo legal, as discrepâncias jurisprudenciais e as divergências doutrinárias. Como objetivos específicos temos: a) firmar um entendimento mais coeso da real importância dos direitos da personalidade; b) reforçar a idéia da responsabilização civil em caso de dano, ainda que sem repercussão econômica, enfatizando a premência da reparação; e, c) apontar o(s) método(s) que se configure(m) mais seguro(s) para o abalçamento do quantitativo indenizatório em caso de dano exclusivamente moral, que deva ser utilizado ou consolidado pelo nosso judiciário.

Enfim, persegue-se neste trabalho o esclarecimento dos vários métodos e critérios utilizados na busca de uma satisfação que se configure adequada à vítima de dano aos direitos da personalidade, por definição, dano moral, visando de modo singelo apontar para o que possivelmente se afigure o mais adequado.

CAPÍTULO 1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Direitos da personalidade são direitos de caráter não patrimonial, que têm por finalidade resguardar a dignidade da pessoa no que diz respeito ao nome, à vida, ao trabalho, à saúde (física ou psíquica), à intimidade, à liberdade, à honra, à moral, à auto-estima, à imagem, e à privacidade, tudo previsto na Constituição Federal de 1988 (PEREIRA, 2001).

A CF/88 assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Ainda, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, V e X).

Busca-se a seguir, neste capítulo exordial, partindo do pressuposto de pessoa, a análise dos direitos da personalidade, visando-se firmar um entendimento mais coeso da real importância dos direitos da personalidade para o direito atual e, conseqüentemente, para o seu titular: a pessoa.

1.1 Pessoa

Antes de se falar em personalidade, se faz necessário ter em mente a noção clara do que seja pessoa, pois a idéia de personalidade está inexoravelmente ligada à de pessoa.

O vocábulo pessoa deriva do latim *persona*, que tem como sinônimo original o termo *máscara*, esta usada pelos atores romanos para a interpretação teatral, era um instrumento que fazia ressoar a voz do ator. Posteriormente, *persona* (ou pessoa) passou a receber uma outra acepção, a dos papéis que os atores representavam no palco para, historicamente em seguida, o termo em questão confundir-se com a definição do próprio sujeito (PEREIRA, 2001).

O artigo 2º do Código Civil de 1916 determinava: "Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil". Nesta prescrição o antigo Diploma visava à proteção de toda e qualquer pessoa física, sem distinção de qualquer natureza, porém, o Código de 2002 dá nova e melhorada redação ao referido dispositivo ao ditar: "art. 1º toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Note-se que

o atual legislador substituiu o termo *homem* por *pessoa*, tornando o dispositivo mais abrangente, visto que, neste caso vislumbra-se também a pessoa jurídica (pessoa coletiva, composta por conjunto de pessoas naturais, unidas visando o atingimento de objetivos comuns). Inova, também, destarte, o Novel Diploma quando substitui a palavra *obrigações* por *deveres*, por ter esta maior abrangência.

Concomitantemente

| Maria Helena Diniz (2008), seguindo a definição clássica, aceita por toda a doutrina pátria, e fundamentada no artigo 1º do Novo Código Civil, define: “pessoa” é o ente físico ou coletivo suscetível de direito e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direitos”. Depreende-se dessa definição que a pessoa pode ser física ou coletiva, sendo a primeira correspondente ao que a doutrina pátria, destoando de entendimentos estrangeiros, denomina *pessoa natural* (o ser humano, indivíduo) e a segunda a *pessoa jurídica* (conjunto de pessoas naturais, personificado). Deste modo entende-se que pessoa é o sujeito de direitos, o sujeito ativo ou passivo, da relação de direito, seja ela natural ou jurídica. |

1.2 A personalidade

A noção de personalidade está ligada, de modo indissociável, à de pessoa, tanto que aquela surge concomitantemente com o aparecimento desta. O natimorto, de acordo com o entendimento majoritário da doutrina, não tem personalidade, visto que tal só começa com o nascimento com vida, de acordo com o capítulo 2º do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002). *In verbis*: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Persistem, ainda, acirradas discussões na doutrina sobre o início da personalidade da pessoa natural, com base nas diversas formas de regulação do assunto. Isto é demonstrado no comentário de Maria Helena Diniz (2008)

No direito Civil francês e holandês (art. 3º) não basta o nascimento com vida; é necessário que o recém-nascido seja viável, isto é, apto para a vida. se nascer com vida sua capacidade remontará à sua concepção. O direito civil espanhol (art. 30) exige que o recém-nascido tenha forma humana, e que tenha vivido 24 horas, para que possa adquirir personalidade. O direito português também condicionava a vida à figura

humana (art. 6º). Para o argentino (art. 7º) e o húngaro (seção 9) a concepção já dá origem à personalidade.

O nosso Código Civil afastou todas essas hipóteses, que originavam incertezas, dúvidas, pois, no seu art. 2º, não contemplou os requisitos de viabilidade e forma humana, afirmando que a personalidade jurídica inicia-se do nascimento com vida, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois. Nesta mesma linha estão o código civil suíço (art. 31); o português de 1966 (art. 66 I); o alemão (art. 1º) e o italiano (art. 1º).

Não se pretende adentrar mais profundamente no assunto, que não constitui o foco principal do presente trabalho. Melhor para o momento é ficar-se com o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira (2001), que ensina:

Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro. Situações existem, na verdade, em que se reconhece a existência de um direito potencial ao ente concebido, com a legitimação por subsequente matrimônio abrange o *infans iam conceptus nondum natus*: o reconhecimento do filho natural; a curatela do nascituro; a admissibilidade de ser constituído herdeiro ou legatário o concebido etc. Mas, em qualquer destes casos, não se pode falar em "pessoa" do nascituro, pois o resguardo dos seus interesses equipara-se à doação à prole eventual de determinado casal ou à substituição fideicomissária nas quais o direito assegura os interesses de quem não se acha ao menos concebido, e, se ao nascituro porque se lhe assegura um direito potencial, fosse preciso reconhecer personalidade, dotado de personalidade seria igualmente um donatário ainda nem concebido ou um fideicomissário não gerado.

| Para Goffredo Telles (apud DINIZ) "a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa". Esses caracteres são inseparáveis do titular, que lhe definem e lhe distingue dos demais sujeitos. | A aquisição da personalidade ^{conceito} independe da vontade ou consciência do indivíduo, a criança, ao nascer com vida, já adquire e transmite direitos e obrigações, fato este expresso no artigo 1º do CC/02, *in verbis*: "toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil". Decorrente também do texto legal supra, o louco e o alienado de qualquer natureza, não obstante o fato de não ter conhecimento da realidade do mundo que os cerca, são pessoas, portanto, dotados de personalidade, o que lhes garante a capacidade para ocupar a posição de sujeito, titular de direitos e obrigações na relação jurídica.

Essa capacidade, dada aos ditos incapazes ou relativamente capazes, é tida como capacidade de direito ou de gozo, já que nesses casos os sujeitos não têm condições de, por si só, exercerem os seus direitos ou cumprir seus deveres, dada a incapacidade ou limitação dos mesmos, sendo assistidos ou representados, conforme o caso. Distingue-se esta da capacidade de fato ou de exercício, onde o

sujeito é capaz de, por si só, exercer seus direitos e cumprir seus deveres, não necessitando da representação ou da assistência de terceiros capazes.

O direito moderno, portanto, reserva tal capacidade de figurar como sujeito de uma relação de direito a toda pessoa (natural ou jurídica).

1.3 Direitos da personalidade

A idéia dos direitos da personalidade está vinculada ao reconhecimento de valores inerentes à pessoa humana, absolutamente indispensáveis ao desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas e morais, tais como a vida, a incolumidade física e psíquica, o próprio corpo, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, entre outros.

De tal monta é a importância dos direitos da personalidade que se pode até afirmar que sem eles, que conferem valorização aos atributos próprios da pessoa, esta restaria com personalidade inócua, sem qualquer importância para o mundo do direito. |

Enfim, pode-se afirmar que a dignidade humana é o objeto resguardado pelos direitos da personalidade. Não há consenso doutrinário a respeito da origem histórica dos direitos da personalidade. Para alguns, foi na Idade Média que o homem, cultuando a espiritualidade por meio de uma busca interior, tomou consciência da personalidade e necessidade de sua proteção.

No entanto, o mais acertado é afirmar que a sistematização e a definição dos direitos da personalidade, como categoria própria e atributos comuns, têm origem no século passado, apesar de que algumas de suas manifestações sejam encontradas em tempos remotos, com proteção ainda um tanto restrita.

Sobre o tema, Rita de Cássia Curvo Leite (2000) entende, entre outros, que:

A consciência ôntica e ética do homem como personalidade é algo desconhecido no mundo antigo greco-romano. A antiguidade e sobretudo os gregos viam a essência do homem no que poderíamos chamar de humanitas, vale dizer, no ser político, no viver politicamente. O sentimento que envolve a personalidade e a estima de seu valor moral, a consciência que o homem ocidental tem acerca de seu próprio ser como um fim em si mesmo, como um centro autônomo de intimidade e de vida, foi algo ignorado pelo homem antigo.

*Deu de
muito mais
quando era*

É de se perceber que para o reconhecimento dos direitos da personalidade houve influência especial do cristianismo e sua idéia de dignidade do homem; da Escola de Direito Natural, com a sua conhecida concepção de direitos naturais do homem, e dos filósofos do iluminismo, que procuraram estabelecer e impor limites de atuação do Estado em relação aos indivíduos considerados pequenos diante da supremacia do Príncipe.

Não obstante o fato de ser desprovida da devida coercibilidade foi, realmente, a declaração francesa que inaugurou o processo de reconhecimento formal e sistematização dos direitos da personalidade. Foi, deste modo, no direito público que, inicialmente, os direitos da personalidade foram reconhecidos para, depois, ingressarem timidamente nos códigos civis, especialmente a partir do século XX. Foi, também, na mesma época que se iniciou o esforço doutrinário que procurava diferenciar os direitos da personalidade dos direitos do homem.

Via de regra, aponta-se que os direitos do homem foram reconhecidos para proteger o indivíduo contra a ação do Estado. Os direitos da personalidade seriam os mesmos direitos, mas sob o prisma do vínculo entre particulares, ou seja, o sujeito passivo não seria o Estado, mas outro particular. *relação estendida aos particulares*

Ocorre que o acúmulo de poder econômico e o uso de novas tecnologias por indivíduos e empresas aumentam em quantidade e qualidade as formas de ameaça à dignidade humana, colocando o Estado, muitas vezes, até em segundo plano. Pois, de onde emanam as principais ofensas e ameaças ao direito à vida, à integridade física e à privacidade?

Deste modo, se há cerca de 200 anos o Estado era como um verdadeiro inimigo, a realidade, hoje, é outra. No entanto, isto não se refletiu nos diplomas legais, pois, enquanto nas constituições modernas há toda uma seção dedicada à proteção da dignidade humana, os códigos civis atuais estão apenas esboçando uma disciplina consistente para os direitos da personalidade, visando sua proteção.

A verdade é que o Código Civil de Napoleão, de 1804, que, ao lado do Código Civil alemão de 1896, exerceu grande influência no direito privado de países que adotam a lei civil, aludiu, apenas de forma nebulosa e indireta, aos direitos da personalidade, como que apenas querendo aplacar uma potencial revolta proletária.

O nosso Código Civil de 1916, levado por esse mesmo pensamento do século XIX, não cuidou dos direitos da personalidade. A proteção de tais direitos,

presente naquele diploma, foi retirada da regra geral da responsabilidade civil do artigo 159. Essa omissão foi em parte afastada pelo novo Código Civil de 2002.

Pois de fato, uma das mais alvissareiras mudanças da parte geral do novo Código Civil Brasileiro foi exatamente a inserção de um capítulo próprio, a tratar dos direitos da personalidade, constante dos artigos 11 ao 21. Na realidade, não se trata bem de uma novidade, tendo em vista a Constituição Federal trazer uma proteção até mais abrangente, principalmente no seu art. 5º, *caput*, que consagra alguns dos direitos fundamentais da pessoa natural.

A proteção da pessoa é uma tendência marcante do atual direito privado. Nesse sentido, a tutela da pessoa natural é construída com base em três preceitos fundamentais constantes no Texto Maior: a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a solidariedade social, inclusive visando à erradicação da pobreza (art. 3º, I e II); e a igualdade em sentido amplo ou isonomia.

Esses os regramentos orientadores da disciplina que busca a análise do direito privado não só tendo como base o Código Civil, mas partindo de um ponto de origem indeclinável: a Constituição Federal. Essa disciplina é denominada *direito civil constitucional*. Em várias questões jurídicas esses três preceitos vão aflorar, demonstrando o caminho de proteção à pessoa, em detrimento de qualquer outro valor.

Os direitos da personalidade podem ser conceituados como sendo aqueles direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade. Surgem cinco ícones principais: vida/integridade física, honra, imagem, nome e intimidade. Essas cinco expressões-chave demonstram muito bem a concepção desses direitos.

Não só a pessoa natural possui tais direitos, mas também a pessoa jurídica, regra expressa do art. 52 do novo Código Civil, que apenas confirma o entendimento jurisprudencial anterior, pelo qual a pessoa jurídica poderia sofrer um dano moral, em casos de lesão à sua honra objetiva, com repercussão social (Súmula 227 do STJ).

O nascituro também possui tais direitos, e, para alguns autores deve ser enquadrado como pessoa, tem personalidade formal, como defende Maria Helena Diniz (2007), caso em que o nascituro a possui apenas relativamente a alguns direitos de caráter não patrimonial, diferentemente da personalidade material em que o sujeito possui personalidade diante de todos os tipos de direitos, mas só a adquire ao nascer com vida. Desse modo, aquele que foi concebido, mas não nasceu possui

Abundância dos direitos pessoais.
dados no DCF

Sua os direitos e quem abarca

apenas e tão somente personalidade jurídica formal: tem direito à vida, à integridade física, a alimentos, ao nome, à imagem. Conforme bem salienta César Fiúza, professor da UFMG, "sem dúvidas que faltou coragem ao legislador em prever tais direitos expressamente" (*Código Civil Anotado. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Síntese, 1ª Edição, 2004, p. 23*). Mas, como a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, entende-se aqui como os concepcionistas, em conformidade com o art. 2º do CC/2002

Os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, segundo prevê o art. 11 do Código Civil de 2002. Assim, nunca caberá afastamento volitivo de tais direitos, como daquele atleta que se expõe a uma situação de risco e renuncia expressamente a qualquer indenização futura. Tal declaração não valerá. Mas sem dúvidas que o valor da indenização deve ser reduzido, diante de culpa concorrente da própria vítima, nos moldes dos arts. 944 e 945 da novel codificação civil.

A possibilidade da transmissão dos direitos da personalidade existe somente em casos excepcionais, como naqueles envolvendo os direitos patrimoniais do autor com relação à sua obra, exemplo que a doutrina comumente invoca.

Características dos direitos (IMP) da personalidade

CAPÍTULO 2 RESPONSABILIDADE CIVIL - O DANO E O DEVER DE REPARAR

A responsabilidade civil é matéria relativamente nova em termos de sistematização para estudo. Avultou-se sua importância com o advento da CF/88.

Pode a responsabilidade civil ser vista como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano patrimonial ou moral causado a outrem em razão de ato do próprio imputado (RODRIGUES, 2005)

Desse modo, a responsabilidade civil é consistente na obrigação de reparar um dano, seja decorrente de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como por uma circunstância meramente objetiva ou por culpa presumida.

Uma vez caracterizada a responsabilidade, o agente deve ressarcir o prejuízo experimentado pela vítima. A indenização deriva de uma ação ou omissão do lesante que infringe um dever legal, contratual ou social. (arts. 186-187, c/c 927 do CC/2002)

Na realidade o estudo da responsabilidade civil visa saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Em caso de resposta afirmativa, deve-se indagar em que condições e de que maneira se dará tal reparação. Reforçar a idéia da responsabilização civil em caso de dano, ainda que sem repercussão econômica, enfatizando a premência da reparação, constitui o objetivo imediato deste capítulo.

2.1 Responsabilidade Civil

Dentre os vários ramos do direito pátrio, a responsabilidade civil é integrante do Direito Civil, que nos dias atuais assume grande importância perante a sociedade, que cada vez mais tem consciência de seus direitos e busca satisfazê-los.

Maria Helena Diniz (2008), escreve: "A responsabilidade civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas".

É necessário, para que se entenda melhor este instituto, verificar nas doutrinas modernas qual o conceito de responsabilidade civil.

Inicialmente Savatier (apud Silvio Rodrigues) descreve a responsabilidade civil "... como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoa ou coisas que dela dependam".

Por sua vez, ainda, Maria Helena Diniz (2008):

Conceito { A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

No parecer de Caio Mario da Silva Pereira (2001)

A responsabilidade civil consiste na efetivação da responsabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma [...] não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí está a responsabilidade civil.

Para que serve a resp. Civil. { Pela ponderação dos conceitos apresentados, pode-se destacar a palavra *ressarcir / reparar* como sendo o centro dos fundamentos da reparação civil.

A responsabilidade civil vem suprir a necessidade de se preservar o direito ameaçado ou violado por atos ilícitos cometidos por terceiros, através do pagamento de indenizações ou outras formas que sejam adequadas ao restabelecimento da situação anterior.

A reparação pode existir devido à responsabilidade civil e a responsabilidade penal. Agora cumpre se fazer um breve comentário sobre estas duas modalidades, sem muito aprofundamento, visto não ser este o objeto do presente estudo.

2.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Verificando o artigo 186 do Código Civil que estabelece "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

O ordenamento jurídico não é preciso quanto aos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil, mas os doutrinadores têm apresentado alguns elementos imprescindíveis à sua caracterização.

Maria Helena Diniz (2007) apresenta seu entendimento quanto aos pressupostos necessários:

[...] entendemos que a responsabilidade civil requer: a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. [...] b) a ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa e ele vinculada [...] c) nexos de causalidade entre o dano e a ação [...], pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano.

Ação ou omissão
Dano
Nexo de causalidade

Por mesmo modo a jurisprudência:

Ver

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - NOTA PUBLICADA EM JORNAL - PLEITO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO INTERPOSTO PELAS DEMANDADAS - AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL - EVENTO LESIVO NÃO CARACTERIZADO - SENTENÇA REFORMADA - RECLAMO PROVIDO. A reparação de danos morais necessita da configuração dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, o ato lesivo (causa), o dano (conseqüência) e o nexo causal. Por ato lesivo entende-se toda ação ou omissão voluntária que viole direito ou cause prejuízo a outrem. Dano moral é qualquer lesão a bens ou interesses juridicamente tutelados de ordem puramente moral. Já, o nexo causal configura-se como sendo o liame jurídico estabelecido entre causa (fato lesivo) e conseqüência (dano), de uma tal maneira que se torne possível dizer que o dano decorreu daquela causa. Da análise de toda a situação fática, não é possível vislumbrar, com a necessária convicção e certeza, evento lesivo à honra da autora, capaz de ensejar reparação por danos morais. (TJSC. Acórdão: Apelação cível 1999.002940-9. Relator: Dionízio Jenczak. Data da Decisão: 03/11/2003.)

Silvio Rodrigues (2005) menciona, e após entra no detalhe de cada pressuposto: a) ação ou omissão do agente; b) culpa do agente; c) relação de causalidade; d) dano experimentado pela vítima.

Ambos os doutrinadores citados possuem na sua essência o mesmo entendimento sobre quais são os pressupostos que caracterizam a responsabilidade civil.

Buscar-se-á agora discorrer um pouco mais sobre cada pressuposto.

2.2.1 Ação ou Omissão do Agente

Toda a ação gera uma reação, o que se procura estudar aqui são aquelas ações, ou também omissões, que trazem algum prejuízo para terceiros

Maria Helena Diniz (2008), conceitua a ação como:

{ elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário ou objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Deve-se aqui verificar o que Diniz (idem) entende por comissivo e omissivo, veja-se:

{ A responsabilidade por ato ilícito baseia-se na idéia de culpa; a comissão vem da prática de um ato que não deverá efetuar. Já a omissão é a não realização de um ato que deveria se efetivar; a voluntariedade à qual se imputa o fato, pois se sob coação absoluta não se poderá responsabilizar, entendo aqui também estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações, etc.

Para Silvio Rodrigues (2005) a ação ou omissão do agente pode:

IHP { [...] defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste: [...] o ato do agente causador do dano impõe-lhe o dever de reparar não só quando há, de sua parte, infringência a um dever legal, portanto ato praticado contra direito, como também quando seu ato, embora sem infringir a lei, foge da finalidade social a que ela se destina.

Importante observar que não só do ato do próprio agente recai a responsabilidade, mas também de terceiros, que neste caso estão sujeitos ao próprio agente.

Cria-se com o terceiro uma responsabilidade solidária entre o terceiro e o agente, pois o terceiro o estaria representando nos seus atos.

Outro aspecto importante é que o agente pode ser obrigado a reparar o dano causado por animais que estavam sob sua guarda, bem como pelas coisas de que se utiliza, e que venham a provocar dano a outrem.

2.2.2 Culpa do agente.

Outro pressuposto para caracterizar a responsabilidade civil é a culpa do agente, ou seja, a doutrina dominante coloca que o dever de reparar civilmente decorre de ato que o agente poderia ter evitado se tivesse tomado os cuidados devidos.

Silvio Rodrigues (2005) escreve sobre o ato do agente:

IMP { A lei declara que, se alguém causou o prejuízo a outrem por meio de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fica obrigado a reparar. De modo que, nos termos da lei, para que a responsabilidade se caracterize, mister se faz a prova de que o comportamento do agente causador do dano tenha sido doloso ou pelo menos culposo.

Nesta mesma esteira, Maria Helena Diniz (2008), pactua seu entendimento:

{ O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. [...] Não havendo culpa, não haverá, em regra, qualquer responsabilidade.

{ A mesma autora (2008) escreve que além da culpa existe o dolo, este ocorre quando o agente por ação ou omissão voluntária viola direito ou causa dano a outrem, sendo responsabilizado pela reparação dos prejuízos, podendo este dano ser de ordem moral, tema que será abordado no próximo capítulo, com ênfase na quantificação indenizatória .

{ O dolo pode ser entendido como a vontade do agente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito.

{ No que diz respeito à culpa, caracterizada pela imperícia, a negligência e a imprudência, podemos definir em rápidas palavras a imperícia como a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é precipitação ou o ato de proceder sem culpa.

Abra-se aqui um parêntese para o que Maria Helena Diniz (2008) aborda sobre a responsabilidade sem culpa: *Resp. Objetiva*

[...] o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção. O dever ressarcitório, estabelecido por lei, ocorre sempre que se positivam a

autoria de um fato lesivo, sem necessidade de se indagar se contrariou ou não norma predeterminada ou melhor, se houve ou não um erro de conduta.

A compreensão da responsabilidade sem culpa remete-nos à responsabilidade objetiva, que por linhas gerais, conforme Maria Helena Diniz (2008) pondera:

{ A responsabilidade, fundada no risco, consiste, portanto na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesado, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador

Conceito de Responsabilidade Objetiva

Desta forma, haverá o dever de reparar o dano sem que haja necessidade de comprovar a culpa ou o dolo em casos determinados de risco.

2.2.3 Relação de causalidade.

Outro pressuposto da responsabilidade civil é a relação de causalidade.

Como já apresentado, com exceção da responsabilidade sem culpa, via de regra deverá estar demonstrado a culpa ou o dolo do agente, ou seja, deverá restar comprovada a existência de um comportamento ou atitude do agente para caracterizar a responsabilidade.

Desta forma, Silvio Rodrigues (2005) escreve:

{ Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela deverá ser julgado improcedente.

Condição para a obrigação de reparar

Maria Helena Diniz (2008) também escreve no mesmo sentido, veja-se: “[...] pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultou da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente”.

Desta forma, salvo algumas exceções, não basta o lesado apresentar o dano, é necessário que comprove o caminho que levou o agente causador do ato lesivo até o dano causado.

2.2.4 Dano experimentado pela vítima.

O último pressuposto da responsabilidade civil é o denominado dano experimentado pela vítima.

É necessário que o lesado demonstre que sofreu algum dano. Pois se não houver dano não há o que indenizar.

Na doutrina predomina este entendimento como na obra de Silvio Rodrigues (2006) “[...] a questão da responsabilidade não se propõe se não houver dano, pois o ato ilícito só repercute na órbita do direito civil se causar prejuízo a alguém”.

Silvio de Salvo Venosa (2003), completa o entendimento:

Relação importante de sobre dano.

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria moderadamente, tendo em vista ao vultu que tomou a responsabilidade civil. Falamos anteriormente que, no dano moral, leva-se em conta a dor psíquica ou mais propriamente o desconforto comportamental. Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente.

Restou, portanto, evidente que o dever da reparação civil somente ocorrerá se houver algum prejuízo, pois caso contrário, como esta reparação via de regra é pecuniária, não seria a reparação de um prejuízo e sim a obtenção de uma vantagem.

CAPÍTULO 3 A FIXAÇÃO QUANTUM DEBEATUR PELO DANO MORAL EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, NO BRASIL.

3.1 Considerações iniciais

A Constituição Brasileira de 1988, no inciso X do artigo 5, assim dispõe:

"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;"

Pelo texto legal percebe-se que há uma interação entre os Direitos da Personalidade e os danos morais. Esta ligação não é ocasional, mas necessária, como se passará a demonstrar, remetendo para o campo de estudos do Direito Civil Constitucional, que a cada dia no Brasil se firma.

A inserção constitucional dos direitos da personalidade e dos danos morais consagra a evolução pela qual ambos os institutos jurídicos têm passado. Os direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, encontram excelente campo de aplicação nos danos morais, que têm a mesma natureza não patrimonial. Ambos têm por objeto bens integrantes da interioridade da pessoa, que não dependem da relação com os essenciais à realização da pessoa, ou seja, aquilo que é inato à pessoa e deve ser tutelado pelo direito.

Os direitos da personalidade, nas vicissitudes por que passaram, sempre esbarraram na dificuldade de se encontrar um mecanismo viável de tutela jurídica, quando da ocorrência da lesão. Ante os fundamentos patrimonialistas que determinaram a concepção do direito subjetivo, nos dois últimos séculos, os direitos de personalidade restaram alheios à dogmática civilística. A recepção dos danos morais foi o elo que faltava, pois constituem a sanção adequada ao descumprimento do dever absoluto de abstenção.

Do mesmo modo, os danos morais se ressentiam de parâmetros materiais seguros, para sua aplicação, propiciando a crítica mais dura que sempre receberam de serem deixados ao arbítrio judicial e à verificação de um fator psicológico de averiguação problemática: a dor moral. Neste capítulo final desenvolve-se toda a argumentação do assunto pertinente à determinação do quantum indenizatório.

Parte-se do estudo do dano moral em concatenação com a cláusula da dignidade da pessoa humana deferida pela Constituição Brasileira de 1988, passando pelos critérios empregados e sua eficiência em estabelecer o lenitivo que satisfaça à vítima do dano moral, de modo que haja uma tranquilidade social, com o devido desestímulo ao causador do dano. Ao final aponta-se de modo modesto, mas convencido, qual se configura o critério ou método mais apropriado para o nosso tempo, na quantificação da indenização pelo dano moral.

3.2 Dano moral

Pode-se afirmar que dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima do indivíduo (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua honra, sua vida privada, sua intimidade e imagem, que por sua vez, são considerados bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Enquanto a conceituação de dano patrimonial (ou material) não apresenta maiores desafios, o mesmo não se pode dizer com relação ao dano moral. Assim sendo, busca-se estabelecer um conceito válido de dano moral que, sem pretender ser o único, atenda aos objetivos do presente trabalho.

Abandonar-se-á, desde já, a concepção negativista de dano moral – todo aquele que não atinge o patrimônio – tendo em vista que, *data venia*, tal definição não esclarece as características do fenômeno em estudo.

Inicialmente, duas correntes mostram-se predominantes: uma compreende o dano moral como lesão a direito da personalidade; outra que entende o dano moral como os efeitos não-patrimoniais da lesão, independente da natureza do direito atingido.

Como primeira posição tem-se o desembargador Cavalieri Filho (2003, p. 53):

Enquanto o dano material, como atrás assinalado, importa em lesão de bem patrimonial, gerando prejuízo econômico passível de reparação, o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

Em corrente oposta, sustenta Aguiar Dias (1997):

A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material [...] Deve notar-se que a distinção entre o dano patrimonial e o dano moral só diz respeito aos efeitos, não a origem do dano. Neste aspecto o dano é único indivisível.

E conclui:

Ora, o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não, e acarretar, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não patrimoniais.

Concorda com tal entendimento, dentre outros, Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho (2000), que afirma: “Assim, com base na lição bem técnica de Aguiar Dias, pode-se afirmar que a distinção não advém da natureza do bem ou direito tutelado, mas sim do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre a vítima.”

Não é difícil vislumbrarem-se exemplos de lesões a bem jurídicos economicamente apreciáveis que infundam conseqüências psicológicas danosas a seu titular, bem como lesões a bens jurídicos extrapatrimoniais que causam prejuízos materiais à vítima.

Como clássico exemplo de lesão a bem jurídico extrapatrimonial que infunde prejuízos materiais à vítima, tem-se o conhecido caso, denominado “Escola Base”, ocorrido em São Paulo: infundadas acusações de abusos sexuais supostamente cometidos por proprietários da escola infantil contra os alunos acarretou a falência do estabelecimento.

Nesta situação, o bem jurídico atingido foi a honra (extrapatrimonial), porém as conseqüências geraram abalo no patrimônio das vítimas (além, é claro, das nefastas conseqüências de ordem pessoal).

Por outro lado, admite-se lesão a bem componente do patrimônio da vítima que lhe cause distúrbio de ordem pessoal, como, por exemplo, a perda de um objeto que tenha valor afetivo (aliança de noivado, fotos de família, etc). Existe, porém, uma terceira corrente, mais moderna, que vê no dano moral a violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana. Se não reconheceu um direito subjetivo à dignidade

humana, reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana como o ápice do ordenamento jurídico proposto pelo legislador constituinte, devendo todas as manifestações contrárias a tal princípio serem repelidas, situando-se, aí, a indenização do dano moral, não como um fim em si mesmo, mas como um meio de proteção à dignidade humana.

Esta terceira corrente é sintetizada por Maria Celina Bodin de Moraes (2001) quando afirma que:

Modernamente, no entanto, sustentou-se que cumpre distinguir entre danos morais subjetivos e danos morais objetivos. Estes últimos seriam os que se refeririam, propriamente, aos direitos da personalidade. Aqueles outros se correlacionariam com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis [...].

Deste modo, acabaram interligando-se as duas teorias antes referidas: tanto será dano moral reparável o efeito não patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial (hipótese de dano moral subjetivo), quanto à afronta a direito da personalidade (dano moral objetivo), sendo ambos os tipos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, doutrina e jurisprudência dominantes tem entendido que o dano moral é aquele que, independente do prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros.

O dano será ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita do seu patrimônio material, originam angústias, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhes sensações e emoções negativas. É necessário, no entanto, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensas a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam.

Esta será a corrente adotada no desenvolvimento do presente trabalho, por apresentar-se como a mais coerente com o estágio atual do Direito Civil moderno, que busca reconduzir a pessoa humana ao centro do ordenamento jurídico, subordinando o objeto de direito à plena realização material, moral e espiritual do homem. Assim, qualquer ação do homem que colida com o princípio da dignidade da

pessoa humana, ainda que não se ache especificamente prevista, deverá ser reprimida.

3.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

No ordenamento jurídico brasileiro, a análise do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é pressuposto lógico ao estudo do dano moral. Isto porque, a Constituição Federal de 1988 enuncia em seu primeiro artigo que o estado democrático de direito tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana. (Art. 1º, inciso III) e, em seu quinto artigo, assegurou o direito a indenização pelos danos morais (e materiais) decorrentes da violação do direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (Art. 5º, inc. X).

Importa notar que, promulgada em momento histórico onde o País, após 21 anos de regime de exceção, reassumia o status de estado democrático de direito, houve por bem o legislador, expressamente, elevar a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio fundamental deste mesmo Estado. E, se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função das pessoas, e não esta em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador, para reforçar a idéia anterior, colocou topograficamente, o capítulo do direito fundamental antes da organização do Estado. Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesma ou, se como instrumento para outros objetivos.

Pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana, disposta na Constituição Federal, caracteriza-se como princípio jurídico, eis que aparece entre os princípios fundamentais (art.1º, inciso III). Não é tarefa fácil conceituar o princípio da dignidade humana. Isto porque o próprio conceito de dignidade humana parece ser definido de diversas formas, podendo ser identificadas diferentes conceituações no campo religioso, filosófico ou jurídico.

José Afonso da Silva (2002) cita que a “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”.

Portanto, vê-se que a dignidade da pessoa humana é um valor que orienta as demais regras e princípios adotados pelo ordenamento jurídico. Acredita-se que diante da extensão que o princípio da dignidade da pessoa humana vem adquirindo, seu conceito não ser fixado senão a partir de algumas premissas e fundamentos básicos. Esse princípio parece ganhar forma e conteúdo no momento da sua aplicação na resolução de casos concretos, ou seja, através da atividade interpretativa judicial.

Se de um lado o princípio da dignidade da pessoa humana se constitui no centro referencial valorativo ou unificador dos direitos da personalidade (e dos direitos fundamentais em geral), por outro, pode também converter-se em parâmetro, ou mesmo limite, de materialização e efetividade desses direitos, sobrepondo-se sobre eles quando a sua expressão esbarrar neste valor supostamente supremo que ele representa.

A doutrina jurídica brasileira costuma identificar o direito à vida no caput do art.5º da constituição de 1988. Nosso ordenamento jurídico protege a vida desde a sua concepção até a exalação do último sinal vital, fato este que se infere da proibição legal ao aborto, ao infanticídio, ao homicídio, à participação em suicídio e demais tipos penais e de sua punição.

Tradicionalmente o direito à vida é entendido como o direito de nascer e o direito de manter-se vivo, concretizando através destas formas a sua inviolabilidade assegurada pelo texto constitucional.

A Constituição situa o direito à vida entre os direitos fundamentais como um direito subjetivo público passível de exigência perante o Estado. O direito à vida, o direito de nascer, de manter-se vivo e de lutar pela continuação da vida, são direitos que jamais poderão se esgotar. Trata-se, ao contrário, de criar possibilidade para que os cidadãos realmente partam de uma situação de igualdade e que se permita, assim, que eles possam explorar plenamente seus potenciais como pessoa humana.

Diante deste contexto pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce grande influência nos direitos fundamentais, os quais por sua vez incidem no desdobramento da personalidade. Tanto é assim que a pessoa humana passa a ser o centro do desdobramento jurídico. Assim, impõe-se a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, já que se encontra no vértice do ordenamento jurídico, orientando as demais normas constitucionais e o

próprio ordenamento jurídico como um todo. Logo, o estudo de tais direitos deve, necessariamente, ser realizado sob a ótica constitucional.

Neste sentido Maria Celina Bodin de Moraes (2001) registra que:

[...] o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado [...] para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.

Torna-se necessário reconhecer cada vez mais a dimensão atribuída pelo ordenamento jurídico vigente ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois este é o princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática ao direito civil, reduzindo assim a desigualdade e possibilitando o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da sociedade.

3.3 Da Fixação do Valor da Indenização Por Danos Morais em face dos Direitos da Personalidade

Ao analisar-se aspectos relativos à Responsabilidade Civil e ao Dano Moral, chega-se ao objeto do presente trabalho, qual seja, a análise da dificuldade de fixação do valor da reparação de danos morais em face dos direitos da Personalidade, encontradas na doutrina e na jurisprudência nacionais.

Se já não resta controvérsia sobre a reparabilidade do dano moral, assim como a respeito de sua cumulabilidade com outras espécies de dano, permanece tormentosa a tarefa do juiz quando, verificada a existência de danos morais, restalhe o dever de especificar o *quantum debeatur*.

Não raramente, questões semelhantes recebem valorações completamente díspares em diferentes Tribunais nacionais, e, por vezes, no mesmo Tribunal. Como anteriormente já registrado, a expressa tutela dos direitos de personalidade pela Constituição Federal de 1988, assim como o advento do Código Civil de 2002, ensejaram significativo aumento nas pretensões indenizatórias a título de reparação por danos morais.

Não obstante tal realidade, atualmente não há qualquer diretriz segura sobre o destino de uma pretensão ao ressarcimento por danos morais, não havendo lei específica sobre o tema.

Neste capítulo serão abordados algumas propostas de quantificação de indenização por danos morais fundamentadas em critérios matemáticos e tabelamentos, e, aprofundar-se-á o estudo dos aspectos relativos ao critério de arbitramento judicial, que é o atualmente vigente em nosso Sistema Jurídico.

3.3.1 Dos Critérios Matemáticos

O primeiro grupo de critérios que será abordado são os chamados critérios matemáticos.

Através deles, buscam, o intérprete e o julgador, objetivar a questão: uma vez estabelecido o *an debeatur*, basta aplicar-se uma equação previamente definida que terá por determinado o *quantum debeatur*.

Dentre os critérios matemáticos identificados, destaca-se o que vincula, em caso de protesto indevido de título, o dano moral ao valor do título abusivamente protestado. Em caso de protesto indevido de título, capaz de gerar às vítimas as conseqüências desagradáveis daí advindas, notadamente ter seu nome inscrito em bancos de dados relativos a maus pagadores, o que ocasiona restrições ao crédito no comércio e às operações bancárias, verifica-se que a fixação da indenização por danos morais em montante correspondente a um múltiplo do valor do título protestado.

A adoção deste critério, no qual há nítida vinculação entre o dano moral e os danos materiais, pode gerar, na prática, situações de profunda injustiça. Figurem-se dois exemplos, nos quais o magistrado adotasse o mesmo critério, fixando as indenizações em, diga-se, valores equivalentes a cinquenta vezes o valor do título indevidamente protestado: no primeiro, dona de casa, extremamente dependente de crédito, teve um título de baixo valor protestado, ocasionando-lhe graves transtornos, tais como o impedimento de operações necessárias à sua sobrevivência quotidiana e abalando seriamente seu conceito comercial por um longo período, eis que teve que recorrer à Defensoria Pública, sobrecarregada de processos, o que ocasionou demora na baixa da restrição indevida.

No segundo caso, executivo de uma grande empresa teve título de altíssimo valor objeto de protesto indevido. Detentor de ótima situação econômica e de um

alto grau de informação, bem como de uma ótima assessoria jurídica; conseguiu suspender liminarmente os efeitos do protesto em menos de vinte e quatro horas, não tendo experimentado qualquer prejuízo, seja em relação a seu bom nome comercial, seja em relação a seu movimento financeiro.

Ora, multiplicando-se, simplesmente, o valor do título protestado, evidente está que a primeira lesada, que experimentou danos de muito maior monta, receberá reparação em valores modestos, insuficientes, enquanto a segunda vítima, que padeceu de danos de pequena monta, senão insignificantes, será indenizada em valores altíssimos.

Neste sentido são as palavras do Min. César Asfor Rocha, do STJ, em voto de recurso especial em que foi relator:

[...] Abro aqui um parênteses para registrar a inadequação ou impropriedade de se estipular a indenização, no caso de duplicata indevidamente protestada, em um número de vezes o valor do título. Às vezes, um valor insignificante pode ter um valor maior do que quando o título protestado importe em quantia elevada, não guardando a reparação do dano qualquer relação com o valor da duplicata (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 252481/SP e Resp. 182195/SP. Rel. Min. César Asfor Rocha.)

Esta constatação, que salta aos olhos, tem levado os tribunais que adotam este critério a estabelecer variações enormes no que tange ao fator de multiplicação do valor do título. Assim, encontra-se na jurisprudência decisões que fixam a indenização em 2, 5, 10, 15, 20, 30 e 50 vezes o valor do título.

Se há protesto indevido, ato que se pode caracterizar como abuso do direito, o que se há de vislumbrar na fixação da indenização são as circunstâncias do caso, conforme os exemplos acima figurados, a extensão dos danos causados (art. 944 do Código Civil), bem como o tempo de duração do constrangimento, não o valor do título.

Adotado esse critério, a indenização por dano moral assumiria um caráter de verdadeira loteria: quem der sorte de ter um título de alto valor protestado será indenizado em quantia vultosa, independentemente dos danos experimentados; que, do contrário, der o azar de ter indevidamente protestado um título de baixo valor, receberá indenização pífia, irrisória, incapaz de compensar os padecimentos ocasionados.

Assim, entende-se que o critério de vinculação da indenização ao valor do título protestado deve ser abandonado, eis que infundado e aleatório, bem como potencial causador de injustiças.

3.3.2 Do Tabelamento

Em tese, o que poderia gerar mais segurança jurídica na sociedade do que uma tabela, na qual, para cada espécie de dano moral houvesse um valor mínimo e máximo, aos quais o juiz limitado ao proferir a sentença e que possibilitaria a qualquer pessoa do povo, de antemão, ter ciência de suas possibilidades de êxito quando do ajuizamento de ação indenizatória?

Entretanto, o tabelamento gera graves inconvenientes, como os demonstrados a seguir.

O primeiro entrave é o risco do estabelecimento de valores ínfimos ou muito baixos, que não reparem os danos causados ou mesmo sirvam de um estímulo ao cometimento de novos danos.

Outro aspecto negativo do tabelamento é a possibilidade de redução de todos os sofrimentos humanos em padrões homogênicos o que se mostra, obviamente, inviável.

A este respeito manifestou-se Wilson Melo da Silva (2001):

Por que, uniformemente, para a morte de um pai, tantos francos e tantos outros para morte de um filho? Acaso as dores são sempre idênticas? Porventura não intervêm, em cada hipótese singular, uma série, complexa, de fatores subjetivos e anímicos, variáveis de pessoa a pessoa? Não há pessoas dotadas de maior ou menor sensibilidade, de maior ou menor ressonância espiritual? E não há mortes que, em dadas circunstâncias, devem, à evidência, ocasionar mais traumatismos morais que muitas outras ocorridas em situações mais ou menos normais?

A redução a uma tabela nivelaria situações existencialmente diversas (conquanto aparentemente idênticas), o que caminharía no sentido oposto às finalidades constitucionalmente concebidas ao instituto da reparação do dano moral.

Dentre os defensores do tabelamento registra-se as palavras de Cláudio Antônio Soares Levada (apud MONTEIRO FILHO, 2000):

Embora não haja motivos para se renegar o arbítrio do juiz no momento da quantificação do dano moral, muito mais seguro será, às partes e ao próprio julgador, a fixação pelo legislador de valores pecuniários concretos, que variariam dentro de determinado percentual e que, nessa variação, seriam fixados em face da gravidade objetiva do mal causado ao ofendido. Só assim volveriam as partes ao estado anterior, tornando indene a vítima e

fazendo valer, dessa forma, a norma constitucional que prevê a indenizabilidade do dano moral, nas hipóteses do só fato da violação dos direitos da personalidade atingidos, independentemente de qualquer reflexo na esfera patrimonial do ofendido.

Em sentido oposto, Carlos Edison do Rego Monteiro Filho (2000):

Por critérios preferencialmente mais objetivos, expressão utilizada no parágrafo anterior, não queremos dizer (defender) tabelamento, em nenhuma de suas modalidades, pois entendemos ser da própria essência do dano moral incumbir ao interprete a tarefa apreciar e avaliar o conjunto de circunstâncias peculiares de cada caso no mister de quantificar sua indenização.

Não obstante as abalizadas opiniões a favor ou contra os critérios de tabelamento, a doutrina e a jurisprudência apresentam diversos exemplos de sua utilização como critério quantitativo de indenizações por danos morais. A carência de nossa legislação quanto a critérios genéricos para fixação das indenizações por danos morais, fez com os magistrados, inúmeras vezes, buscassem em legislações especiais parâmetros para delimitação do *quantum debeatur* nestas espécies de pretensões indenizatórias.

Dentre estas legislações específicas, destacam-se: o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4117/62), que estabeleceu parâmetros e tabelou as indenizações nele previstas; e a recentemente revogada, Lei de Imprensa, (Lei 5250/67) que estabelecia parâmetros que, à falta de outros, foram utilizados não só nos casos nela especificados, mas genericamente, além de, tabelar a responsabilidade ali prevista.

O Código Brasileiro de Telecomunicações trazia expressamente em seu artigo 84:

Art.84. Na estimação do dano moral o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.
Parágrafo 1º - O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país.
Parágrafo 2º - O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio for.

Interessante notar como um dispositivo setorial e expressamente revogado (por força do Decreto-Lei 236/67) ampliou seu raio de ação, passando a valer como parâmetro para qualquer tipo de reparação de dano moral, mesmo após a edição da Constituição de 1988. Este diploma legal estabeleceu, em conjugação com os

parâmetros constantes do artigo 53 da Lei de Imprensa, durante muitos anos a espinha dorsal de reparação do dano moral no Brasil, levando ao estabelecimento do valor de 100 salários-mínimos como teto de indenizações desta natureza. Valor este normalmente concedido ao dano morte (excepcionalmente majorado até 200 salários-mínimos), e aplicando-se aos demais casos frações deste valor.

Pondere-se o que diz o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (REsp. 103.307-SP):

O meu pensamento é no sentido contrário à existência dessa limitação da Lei de Imprensa. E é contrário por um fundamento que, a meu juízo parece simples: antes da vigência da Constituição de 1988, não havia, no patamar Constitucional, o princípio da proporcionalidade no que concerne à resposta a uma determinada ofensa que alcançasse, virulentamente, a honra, a dignidade ou a intimidade da pessoa. Com a Constituição de 1988, que inovou neste particular, não apenas por inserir o princípio da proporcionalidade com relação à ofensa, mas, também, por elevar ao patamar Constitucional, o dano moral que, antigamente, não existia. Ora, a meu ver, com todo o maior respeito aos que examinam a matéria, sem essa perspectiva, admitir a existência da limitação tarifada corresponderia a aceitarmos ou admitirmos a existência de uma interpretação da Constituição conforme a lei ordinária que lhe é anterior. Mal de resto que Gomes Canotilho, já na última edição de seu Direito Constitucional reprime, de maneira muito clara, ao acentuar que tal interpretação pode gerar mesmo uma interpretação inconstitucional, o que seria um absurdo.

Percebe-se, pois, que tais limitações somente podem ser consideradas a título de registros históricos, tendo em vista que, conforme já vem decidindo reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça, os artigos da legislação anterior da qual constavam não foram recepcionados pela Constituição de 1988, em posição bem demonstrada em voto acima citado.

3.3.3 O Arbitramento Judicial

A solução genérica de nosso ordenamento jurídico é confiar ao prudente arbítrio do juiz a quantificação do dano moral, sem qualquer tabela ou limite preestabelecido.

Tem-se que o arbitramento judicial tem demonstrado ser o melhor sistema para a fixação da reparação de dano moral. O juiz, aquele que tem contato direto com as partes, que lhes ouve os depoimentos, que determina as provas a serem

produzidas no processo e acompanha tal produção, é destinatário dos argumentos de ambas as partes, é o sujeito mais indicado para valorar a indenização. Isto após haver reconhecido encontrarem-se presentes seus pressupostos.

Mas como evitar-se que a sentença constitua uma verdadeira profissão de fé de seu prolator, fundada única e exclusivamente em seus valores morais e nas circunstâncias específicas do caso em julgamento, impossibilitando, assim, o controle de sua validade, o que constituiria rematado arbítrio?

É certo que há na sentença julgamentos de valor, ou seja, conterà escolhas do magistrado influenciadas por sua formação pessoal, cultural, religiosa, contrariando o mito do juiz neutro, o que somente ocorreria se o magistrado não fosse humano ou fosse mantido isolado desde o seu nascimento até o momento de prolatar a sentença.

Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2003) leciona:

Por outro lado, e mais relevante, os critérios de avaliação usualmente aceitos, embora não sejam critérios legais, apresentam-se como lógicos, devendo, porém ser sempre explicitado, de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, garantir o controle da racionalidade da sentença. Esta é a linha que separa o arbitramento da arbitrariedade.

E prossegue:

O problema da racionalidade da decisão, isto é, da possibilidade de exercer sobre ela um controle externo, tem um sentido especial nos casos em que as premissas utilizadas não são pacíficas ou são freqüentemente contestadas, ou, ainda, quando necessitam elas próprias fundar-se num genérico bom senso. Se tais premissas efetivamente podem ser justificadas, M. Taruffo, então, devem sê-lo de modo a permitir o raciocínio lógico do magistrado possa a ser acompanhado. Assegura-se, assim, aos jurisdicionados a ausência de escolhas intuitivas e das conseqüentes decisões arbitrárias, permitindo que a decisão judicial sirva de indicação para hipóteses semelhantes. A explicitação da motivação, com a análise dos fatos, em toda a sua extensão e profundidade, é mais necessária nessa fase, em que as disparidades teleológicas são ainda muito freqüentes e os valores indenizatórios, atribuídos a acontecimentos homólogos, divergem sobre maneira sem qualquer justificativa.

Afigura-se necessário, deste modo, não um tabelamento, sobre quaisquer das modalidades antes mencionadas, mas um arbitramento no qual o magistrado explicita de modo logicamente verificável sua motivação, as premissas que o levaram a decidir sobre o montante indenizatório, as provas produzidas e a valoração de cada uma na formação de seu convencimento, a fim de que o comando por ele emitido possa estar sujeito ao controle de sua racionalidade.

A principal crítica observada quanto ao critério do arbitramento judicial é a possibilidade do mesmo descambar para o arbítrio, tendo em vista a inexistência de critérios objetivos para determinação do *quantum debeatur* nas indenizações por danos morais.

Esclarece Carlos Edison do Rego Monteiro Filho (2000):

Pode-se concluir que não há ainda, em nosso Direito, sistematização de critérios. Em muitas decisões simplesmente não se indicam os critérios – os critérios inexistem. Em outras, encontram-se alguns indicativos, utilizados, no entanto, isoladamente, em um ou outro caso.

Esta visão mostra-se totalmente compatível com a realidade, conforme pôde ser verificado nesta pesquisa. O que há são alguns parâmetros que se destacam e aparecem com maior freqüência quando da análise da jurisprudência – conquanto muitos outros menos freqüentes possam ser apontados -, razão pela qual serão estudados de forma individualizadas. São eles: a extensão do dano, o grau de culpa, a situação econômico-financeira das partes, o caráter compensatório/punitivo da indenização e, finalmente, a razoabilidade e a proporcionalidade.

3.3.3.1 Parâmetros utilizados para o arbitramento judicial

3.3.3.1.1 A extensão do dano

O primeiro parâmetro do arbitramento judicial que se vislumbra da análise das decisões que versam sobre dano moral é aquele que determina que a indenização deve corresponder à extensão do dano.

O próprio Código Civil adota tal posição, ao estampar em seu artigo 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Aqui, algumas observações devem ser feitas. Primeiro, não se busca equivalência exata entre o dano e o valor da indenização, eis que não se trata de estabelecer *pretium doloris*. Ora, se o que se busca é compensar lesões a bens não economicamente mensuráveis, a equivalência absoluta será uma quimera. Essa impossibilidade serviu, por muito tempo, de argumento aos negativistas.

Deve-se buscar, demonstrado o fato danoso e a presença dos pressupostos da indenização, estabelecer um quantum que compense a vítima o mais completamente possível.

A medida da extensão do dano poderá ser estabelecida sob a análise de diversos aspectos. O primeiro e mais evidente é o aspecto da dignidade humana atingido. Ou seja, a lesão à vida tem uma extensão maior que lesão à liberdade sexual (v.g. estupro), que, por sua vez, supera uma lesão à honra objetiva (v.g. um protesto indevido de título).

Embora esta gradação possa experimentar variações conforme a cultura do local, devido às proporções continentais de nosso país, no geral, haverá uniformidade nessa avaliação, sendo a experiência comum, a sensibilidade do magistrado suficientes para aquilatar e estabelecer as distinções.

Outro aspecto que deverá ser levado em conta ao medir-se a extensão do dano para fins reparatórios é a sua dimensão temporal, ou seja, o tempo de duração ou mesmo a definitividade do dano.

Se o dano é definitivo (v.g. tetraplegia), deverá ser reparado de forma mais abrangente que um dano passageiro (publicação única na imprensa) ou do que aquele sujeito à correção (lesão estética sujeita a correção via cirurgia plástica).

Assim como a extensão temporal deve ainda merecer relevo, a repercussão dos fatos danosos. Ofensa à honra cometida em ambiente familiar, naturalmente, repercutirá muito menos do que aquela transmitida em grande rede de televisão, de âmbito nacional ou publicada em jornal de grande circulação.

Considere-se o já citado caso da “Escola Base” de São Paulo, no qual os proprietários foram expostos em todos os jornais, rádios e televisões nacionais, acusados de molestar sexualmente crianças de idades pré-escolar. O indiciamento em inquérito policial, ainda que comprovada a má-fé capaz de caracterizar a denúncia caluniosa não causaria sequer uma pequena fração dos danos morais causados pela ampla exposição na mídia, ocasionada pela irresponsabilidade de um servidor público (Delegado de Polícia) que deu publicidade aos fatos antes de investigá-los.

Fica clara a diferença. O fato foi o mesmo, ou seja, denúncia caluniosa, causando lesão à honra. Entretanto a extensão do dano em muito se modifica conforme sua divulgação ou não.

A extensão do dano será a medida da reparação. Este parece ser um parâmetro inafastável, no sentido de estabelecer-se a justa compensação, e que, acreditamos, deverá ser perseguido pelo magistrado a fim de valorar o dano moral. Nota-se que este parâmetro dá ao problema um enfoque que toma por base a esfera do lesado, ocupando-se da reparação do dano sofrido, e não do dano causado.

3.3.3.1.2 O grau de culpa

É majoritária, em doutrina, a corrente que defende dever o valor da reparação por dano moral variar conforme o grau de culpa (ou dolo) do agente, aumentando conforme se verifique maior grau de reprovabilidade da conduta. Yussef Said Cahali (2003) assevera:

Permite-se concluir, daí, que: na indenização do dano, o juiz poderá levar em consideração o grau de culpa (em sentido lato) do réu, ao fixar o quantum debeaturs da reparação do prejuízo sofrido pelo autor.

Antônio Jeová Santos (2003) posiciona-se:

Tem interesse à valoração da gravidade da falta cometida pelo ofensor. O comportamento do ofensor tem relevância se considerada a indenização como possuindo uma parte de sanção exemplar. Tendo o ressarcimento uma função ambivalente – satisfatória e punitiva – têm incidência e importância a culpa e o dolo no instante da fixação do montante indenizatório.

Esta também é a opinião de Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho (2000)

O que se pode, e deve, indicar, são alguns critérios básicos a orientar a fixação do quanto devido na indenização por dano moral como a intensidade e a repercussão da ofensa relativamente à vítima e o grau de culpa ou intensidade de dolo do agressor.

Em sede de jurisprudência, há numerosos acórdãos nos quais o grau de culpa é utilizado expressamente como parâmetro na fixação da indenização por dano moral. O principal argumento dos defensores da avaliação do grau de culpa na quantificação do dano moral diz respeito ao caráter de desestímulo que deveria revestir de tal avaliação.

Em que pesem as opiniões acima citadas, fato é que a relação entre o grau de culpa do ofensor e a indenização a ser a ele atribuída a título de reparação é alvo de controvérsias. Aqueles contrários à admissão do grau de culpa como componente da indenização defendem que, em um cenário de objetivação da responsabilidade, a utilização da culpa como parâmetro do *quantum debeatur* constituiria verdadeiro retrocesso. Além disto, o legislador, sem dúvida, ofereceu sua contribuição para a controvérsia existente sobre a questão, pois, após afirmar no caput do artigo 944 que “a indenização mede-se pela extensão do dano” complementou em seu parágrafo único que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.” Depreende-se assim, do texto legal, a opção legislativa no sentido de que o grau de culpa seja considerado, quando o *quantum debeatur* for apreciado.

3.3.3.1.3 Danos punitivos (*punitive damages*)

Uma das questões mais interessantes e controvertidas do presente estudo diz respeito à adoção, entre nós, dos danos punitivos (*punitive damages*) quando da fixação da reparação de danos morais.

Instituto originário do direito anglo-saxão, de bases completamente diferentes do nosso, de matriz romano-germânica, os *punitive damages*, atualmente aplicados com mais freqüência nos Estados Unidos, consiste, basicamente, em acrescentar à reparação um valor extra como multa civil, infligindo ao causador do dano uma pena, que teria duplo sentido: pretérito, punindo o agressor; e futuro, no sentido de desestimular o agressor e todos aqueles que tomarem conhecimento da sentença a repetir atos da mesma natureza (desestímulo). No nosso ordenamento jurídico, vários são os seus defensores. Assim, Caio Mário da Silva Pereira (2001):

Como tenho sustentado em minhas Instituições de Direito Civil (vol.II, n.176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) por nas mãos do ofendido um soma que não é o pretium dolores, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral.

Na mesma esteira Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho (2000) defende:

[...] devendo a busca de avaliação em dinheiro ser pautada não pela idéia de equivalência, própria dos danos materiais, mas pela de compensação - para a vítima, através da possibilidade de com o valor recebido obter alguma satisfação que lhe atenua o sofrimento -, e de punição - ao ofensor, através de quantia que lhe desestimule a prática de outras atitudes danosas.---

O argumento central é eminentemente moral: em alguns casos a reparação não será capaz de penalizar suficientemente o ofensor, podendo, inclusive, servir-lhe de estímulo para o cometimento de novos atos da mesma natureza no futuro, o que torna necessário acrescentar-se um *plus* ao valor indenizatório ao valor indenizatório, para que esse, a um só tempo, compense, penalize e desestímule.

Em sede de jurisprudência, também são extremamente numerosos os acórdãos que admitem o caráter punitivo da reparação de danos morais, podendo citar-se como exemplo:

Responsabilidade civil. Acusação criminal injusta que o recorrente poderia ter evitado. Dano moral. Valor da indenização. I- A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometer atos desta natureza [...]
(BRASIL. STJ - REsp. 337739/SP - Ac unân. da 3ª T. - Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro - Julg. em 08/04/2002.)

Portanto, a adoção da teoria dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, poderia vir acompanhada de alguns problemas.

Inicialmente, ao juiz se atribuirá um grau de subjetividade muito maior do que o atualmente vigente, ao conceder-lhe uma possibilidade de aplicar uma pena sem quantitativo previamente estipulado, o que abriria caminho para a concessão de indenizações milionárias conforme se verifica na *práxis* norte-americana.

Um outro problema é a possibilidade da existência de *bis in idem*, visto que diversas ações causadoras de dano moral são passíveis de punição criminal com pena de multa. Assim, abrir-se-ia a possibilidade de dupla condenação à pena pecuniária pelo mesmo fato.

E, finalmente, há um aspecto de ordem moral: a entrega a vítima de soma que excede os danos por ela sofridos consistiria claro enriquecimento ilícito de sua parte, eis que estaria se beneficiando de uma penalidade/desestímulo ao causador que interessa, em tese, não somente a ela, mas a toda sociedade. Fato interessante

é a existência de julgados que ao mesmo tempo em que reconhecem o caráter punitivo do dano moral vedam o enriquecimento por parte do lesado. Ocorre que nesses casos, o enriquecimento do lesado é consequência que não pode ser evitada, visto que receberá, além da compensação por danos sofridos, quantia representativa dos danos punitivos.

Contra a adoção do *punitive damages*, adverte Maria Celina Bodin de Moraes (2003):

De nada adianta clamar por moderação e equilíbrio na fixação do quantum indenizatório quando o sistema que se veio delineando aceita a coexistência de duas regras, antagônicas por princípio, no âmbito da reparação de danos morais: a punição, de um lado, e o arbítrio do juiz do outro. Nestes casos, em geral a função punitiva corre solta, não tendo qualquer significação no que tange a um suposto caráter pedagógico ou preventivo. Por outro lado, representa, não há como negar, um forte incentivo à malícia, além de gerar a mercantilização das relações existenciais.

Percebe-se, na parte final da citação, um forte argumento contra a adoção, como regra, dos danos punitivos: representaria a total inversão do sistema concebido pelo constituinte, que visa à proteção da dignidade da pessoa humana, substituindo esta proteção por um sentido eminentemente mercantil das indenizações, o que viria acompanhado pelos inconvenientes das indenizações milionárias e aleatórias.

3.3.3.1.4 Das condições sócio-econômicas do causador do dano e da vítima

São, também, frequentes as decisões que apontam como parâmetro as condições socioeconômicas do causador do dano e da vítima.

Cabe aqui, fazer uma distinção. Primeiramente, quanto ao nível sócio-econômico do causador do dano. A adoção ou não deste parâmetro está relacionada com a adoção, ou não, do critério da extensão do dano como fundamental à quantificação da indenização por danos morais. Caso o julgador o adote (o critério da extensão do dano), pouco importa, para sua valoração, ser seu causador pessoa de posses ou carente de recursos. O montante indenizatório não poderá ser elevado a esse pretexto, sob pena de entregar-se à vítima valor que não lhe pertence e de atribuir ao dano moral caráter aleatório.

Por exemplo, figurem-se duas vítimas de idêntico dano moral, decorrente de relação de consumo (v.g., inclusão indevida em cadastro de maus pagadores). A primeira vítima, consumidora de empresa de pequeno porte seria indenizada em, digamos, 50 salários-mínimos; já a segunda, cliente de grande banco, receberia 500 salários-mínimos, sem que haja entre os casos quaisquer distinção substancial, fundado apenas na opulência econômica do segundo agressor. Caminha-se, aqui, a toda evidência, em sentido contrário à realização da verdadeira justiça. Maiores problemas, ainda, aparecem quando se analisa a situação socioeconômica da vítima. Ora, partindo-se do pressuposto de que o dano moral deriva de lesão à dignidade da pessoa humana, diferenciar as vítimas por suas posses, equivaleria a reconhecer maior dignidade aos mais afortunados, e , menor aos menos favorecidos. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes (2003):

Tanto a suposição de que pessoas de classes diferentes 'sofrem' em valores (quantias) diferentes quanto à de que todas as pessoas têm com os mesmos sentimentos (donde concluir que não é cabível especificar-se em relação ao caso concreto, a indenização) decorrem da errônea suposição de que é o 'sentimento' o que deve ser avaliado. Daí, aliás, o engano profundo em que recaem todas as decisões que se arrogam conjecturar sobre os sentimentos dos outros e acabam julgando apenas com base na aparência, isto é, com base nas condições econômicas da vítima e do ofensor.

Muitas vezes, observa-se os tribunais apreciando a condição econômica da vítima a fim de, invariavelmente, reduzir o valor indenizatório para evitar um suposto enriquecimento sem causa, o que se mostra atentatório à dignidade da pessoa humana, gerando verdadeiros absurdos.

Decidindo pedido de indenização por dano moral formulado por jovem de 16 anos, virgem, que, ao buscar atendimento em unidade de saúde pública foi estuprada por servidor público (auxiliar de enfermagem), assim julgou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

INDENIZAÇÃO – DANO MORAL E ESTÉTICO – ESTUPRO – PRÁTICA NAS DEPENDÊNCIAS DE ENTIDADE PÚBLICA – SERVIDOR – PROCEDÊNCIA. 1- Havendo comprovação dos danos morais sofridos por adolescente em estabelecimento público, ao buscar tratamento de saúde, praticado por auxiliar de enfermagem, no exercício de suas funções, é de rigor a procedência por danos morais, mormente quando o fato repercutiu intensamente na mídia, trazendo humilhação e desconforto para a mesma. 2- O valor arbitrado a título de danos morais deve ser tal que não implique no enriquecimento ilícito de uma parte em detrimento da outra. 3- O dano estético se caracteriza em sendo aquele que venha trazer aspectos que causem repulsa a primeira vista, ou seja, é de ordem externa. 4- Vencida a

Fazenda Pública os honorários advocatícios deverão ser fixados consoante a norma inserta no art. 20, par. 4º, do CPC. (TJ-MG –Ap. Cív.n.1.0000.00.298694-2/0000(1) – 8ª Câm. Cív. Rel. Des. Silas Vieira – Julg. em 17/02/2003).

Extrai-se do voto do Desembargador Relator:

Tenho, porém, que o valor arbitrado pelo Juiz a quo em 200 (duzentos) salários-mínimos, ultrapassa a quantia aceitável para o caso. Isto porque, em face do princípio da razoabilidade, a indenização não deve ser motivo de enriquecimento do lesado. A autora, pessoa simples e moradora de uma comunidade pobre, não pode pretender que, com o ressarcimento por ato ilícito perpetrado em uma entidade pública, possa gerar um acréscimo considerável em seu patrimônio. Diante deste contexto, e levando em conta o princípio citado, a fim de que episódios desta natureza não mais se repitam, especialmente para que o Poder Público esteja mais atento aos seus servidores, fixo o valor da indenização em 120 (cento e vinte) salários mínimos.

Na verdade, por incrível que possa parecer, a fundamentação do acórdão faz concluir, se fosse a vítima do estupro mais afortunada, ser-lhe-ia atribuída quantia maior; em sendo ela pobre não poderia enriquecer às custas do ato ilícito cometido por agente do Estado.

Distinções como essas são inaceitáveis sob a vigência de uma Constituição que atribui igual dignidade social a todos aqueles situados sob sua órbita e que prevê tanto o princípio da igualdade formal quanto os princípios da igualdade substancial e da solidariedade social.

3.3.3.1.5 Razoabilidade e proporcionalidade

O princípio da razoabilidade pode ser conceituado como disse Fábio Correia de Souza Oliveira (apud Monteiro Filho, 2000), como aquele que visa “[...] limitar e condicionar, logicamente, a discricionariedade para que não se transforme em arbitrariedade, tendo especial importância nos julgamentos das questões difíceis [...]”

Numerosos são os acórdãos que citam a razoabilidade e a proporcionalidade como parâmetros de fixação da reparação.

Entretanto, de uma análise mais detalhada, vê-se que a razoabilidade é utilizada, no mais das vezes, como mera desculpa, como a “lógica do mais ou

menos certo”, já que os julgados que se utilizam do mesmo princípio apresentam, por vezes, resultados em muitos destoantes.

Registra-se nesse caso a precisa assertiva de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (2000):

Impõe-se, de pronto, uma constatação fundamental: essas teses servem a todos os tipos de raciocínio. Adequam-se a qualquer preço. Moldam-se a todo tipo de valor que o magistrado haja por bem arbitrar. Causa, insista-se, enorme perplexibilidade o fato de cada uma destas fórmulas justificar o arbitramento de qualquer quantia. Utiliza-se o mesmo ‘prudente arbítrio do juiz’ para determinar valores que vão de 1 a 10.000 salários-mínimos. E não se argumente que se cuidam de casos diferentes, revestidos das suas vicissitudes: à perda de ente querido, v.g. concedem-se valores extremamente díspares como se constatou na pesquisa.

Portanto, observa-se que a razoabilidade e a proporcionalidade não são, em nosso contexto jurisprudencial, verificáveis na sentença. Ora se diz fundado no mesmo princípio para fixar o montante, sem qualquer fundamentação; ora se diz que o princípio foi ofendido, a fim de modificar o valor, sem demonstrar-se, entretanto, onde se situa a ofensa.

Entende-se que a razoabilidade e a proporcionalidade deverão nortear todos os julgamentos envolvendo dano moral. E, diga-se de passagem, não somente no que tange à segunda fase, ou seja, na apuração do *quantum debeat*, mas também na apuração do *an debeat*, exercendo um duplo efeito: servir de um lado, de instrumento hábil a possibilitar ao magistrado a verificação da existência do dano e, mantendo o mesmo critério, na fixação do valor reparatório; e, por outro lado, possibilitar às partes a verificação da razoabilidade não somente do *quantum*, mas também das razões expendidas para obtenção de tal valor.

Neste sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes (2003): “Não se trata de saber o que o juiz pensou ao prolatar a decisão, mas sim de examinar a ‘razoabilidade das razões’ por ele apontadas para justificar o que decidiu.”

Quando falamos em dano moral, está em jogo, muito mais que interesses individuais, mas valores que são caros à sociedade como um todo. Uma lesão à cláusula geral da tutela da pessoa humana ocasionará, concomitantemente, lesão a valores constitucionalmente consagrados, prejudicando todos os membros do corpo social, o que deve ser combatido, dentre outras formas, com a concessão de valores indenizatórios que visem compensar a dor sofrida.

Assim sendo, razoabilidade e dignidade da pessoa humana encontram-se vinculadas, sendo a primeira, instrumento de concretização da segunda. Torna-se assim, imprescindível à consolidação da reparabilidade do dano moral a adoção do princípio da razoabilidade em todas as decisões que envolvam o tema, como meio garantidor da preservação dos interesses envolvidos, a fim de servir como mais um parâmetro na busca da justa e efetiva indenização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante toda a dificuldade já exposta para a determinação do quantum indenizatório, a responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação. Assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade. Por exemplo, a instituição financeira que promove a indevida inscrição de devedor em bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição; basta a demonstração da inscrição irregular.

Portanto, se se admitir que não há incidência de danos morais além das hipóteses de direitos da personalidade, então o juízo de equidade, conferido ao juiz, se voltará ao *quantum* da indenização compensatória.

É, sem dúvida nenhuma, a ponderação mais acertada a que pugna, nos estudos de direito civil, pela necessidade de se ter a pessoa como fundamento das relações civis, perdendo o patrimônio a primazia que sempre desfrutou nas grandes codificações. Assim, o patrimônio, ou os bens econômicos, assumem o papel de elemento complementar dos suportes fáticos previstos nas normas jurídicas, de modo que, até os fatos naturais somente interessam ao direito se há uma pessoa afetada por eles.

Em razão de sua intrincada interdependência com os direitos da personalidade, os danos morais nunca se apresentam como reparação, pois a lesão ao direito da personalidade não pode ser mensurada economicamente, como se dá com os demais direitos subjetivos. Por isso, a indenização tem função compensatória, que não pode ser simbólica, para que a compensação seja efetiva e produza impacto negativo no lesante, nem demasiada, para não conduzir ao enriquecimento sem causa do lesado. No inciso V do artigo 5º, a Constituição determina que o dano moral seja "proporcional ao agravo". Há quem veja nesse preceito o fundamento da função não apenas compensatória mas punitiva. Deve o juiz valer-se do princípio da proporcionalidade, tendo em vista serem os direitos atingidos muito mais valiosos que os bens e interesses econômicos, cuja lesão leva à restituição.

Portanto da pesquisa conclui-se:

A dignidade da pessoa humana, em sede de Direitos da Personalidade, valor constitucionalmente tutelado, deve ser o fundamento norteador da reparação por danos morais. Havendo dano à dignidade da pessoa humana, haverá responsabilidade, e, conseqüentemente, dever de reparar.

Quando se fere os direitos de personalidade de alguém, na verdade o que se atinge é a própria dignidade humana, defendida pela Carta Maior. São os direitos inatos da pessoa humana que estão sendo ameadados, banalizados, pondo em risco a conjuntura emocional de toda a sociedade, abrindo-se perigosos precedentes, destruidores da dignidade baseada unicamente na condição de ser humano de cada um.

Com respeito aos critérios de fixação da indenização por danos morais identificados pela pesquisa, o tabelamento e os critérios matemáticos, demonstram pouco colaborar com o ideal da integral reparação/compensação. Se por um lado, favorece a segurança das decisões judiciais, por outro, tendem a reduzir vidas e situações existenciais ao simples número de seus processos, em arriscado atalho rumo à injustiça. Sendo que o critério ora adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que é, o arbitramento judicial, indica ser ainda o que melhor atende à ótica civil-constitucional deste estudo, sendo o mais eficaz instrumento de defesa de tão caro valor, que é a dignidade da pessoa humana. Com destaque especial para o parâmetro de avaliação pela extensão do dano, pois este é o que mais condiz com a satisfação da vítima pelo dano causado.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Código Brasileiro de Telecomunicações*. Artigo 84.
- _____. *Código Civil Brasileiro (revogado)*. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.
- _____. *Código Civil Brasileiro 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito *REsp. 103.307-SP*. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 24.mai.2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Resp. 252481/SP e Resp. 182195/SP*. Rel. Min. César Asfor Rocha. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 27.mai.2009.
- _____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJ-MG – *Ap. Cív.n.1.0000.00.298694-2/0000(1)* – 8ª Câm. Cív. Rel. Des. Silas Vieira – Julg. em: 17/02/2003. Disponível em: <www.tj.mg.gov.br>. Acesso em: 25.mai.2009.
- CAHALI, Youssef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coordenador). *Código Civil Anotado*, 1ª Edição. Porto Alegre: *Síntese*, 2004
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 10 ed. v.7. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de Responsabilidade por dano Moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana; Uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Instituições de direito civil*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001

RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998;

_____, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e a sua Reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

TARTUCE, Fernanda. *Quantificação de Indenização por Danos Morais*. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.Asp?=5382>>. Acesso em 07.mai.2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. v. 4, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.