

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

ALINE MUXFELDT KLAIS

**DANO MORAL:
CRITÉRIOS PARA SUA QUANTIFICAÇÃO
NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

**CURITIBA
2008**

ALINE MUXFELDT KLAIS

DANO MORAL:
CRITÉRIOS PARA SUA QUANTIFICAÇÃO
NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Elimar Szaniawski

CURITIBA
2008

RESUMO

A possibilidade de estabelecer indenização por dano moral, desde que atendidas as condições para tal, está consolidada na doutrina e na jurisprudência. Entende-se por dano moral o sofrimento causado por lesão a direito personalíssimo. A reparação civil busca o retorno ao *status quo ante*. Contudo, em função da natureza peculiar do dano moral, isto não é possível, pois não se alcança a reparação integral do dano sofrido. Existe uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro quanto aos critérios para quantificação ou valoração do dano moral. Neste trabalho, estão reunidos os critérios, mais comumente, apontados pela doutrina e jurisprudência. Os critérios são: o caráter preventivo, o caráter compensatório e o caráter punitivo; a utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, características das pessoais das partes e o arbítrio do juiz. Porém, ainda que não existam mecanismos que permitam determinar, com exatidão, a extensão plena do dano moral, tampouco a estipulação do *quantum* indenizatório, vez que o dinheiro não pode substituir o sofrimento da vítima, acredita-se que o presente trabalho pode contribuir para o melhor entendimento do tema.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	Pg. 01
2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL	Pg. 01
2.1 DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA	Pg. 02
2.2 DAS RELAÇÕES EXTRA CONTRATUAIS E CONTRATUAIS	Pg. 05
2.3 DA RESPONSABILIDADE DIRETA E INDIRETA	Pg. 06
2.4 DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	Pg. 06
2.4.1 Do Ato ilícito	Pg. 06
2.4.2 Da Culpa	Pg. 07
2.4.3 Do Nexo Causal	Pg. 09
2.4.4 Do Dano	Pg. 10
2.5 DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE	Pg. 12
2.5.1 Da legítima defesa	Pg. 12
2.5.2 Do exercício regular de um direito	Pg. 13
2.5.3 Do estado de necessidade	Pg. 13
2.5.4 Da culpa da vítima	Pg. 13
2.5.5 Do fato de terceiro	Pg. 14
2.5.6 Do caso fortuito e força maior	Pg. 14
2.5.7 Da cláusula de não indenizar	Pg. 15
3. DO DANO MORAL	Pg. 15
4. DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL	Pg. 18
4.1 DO CARÁTER PREVENTIVO	Pg. 24
4.2 DO CARÁTER COMPENSATÓRIO	Pg. 26
4.3 DO CARÁTER PUNITIVO	Pg. 29
4.4 CONSIDERAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS PESSOAIS DO OFENSOR E DO OFENDIDO COMO CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO	Pg. 31
4.5 PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE	Pg. 33
4.6 O ARBÍTRIO DO JULGADOR	Pg. 34
5. ASPECTOS DA JURISPRUDÊNCIA	Pg. 35
6. CONCLUSÃO	Pg. 42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	Pg. 45

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema central o estudo do dano moral. Busca-se identificar, na doutrina e na jurisprudência, os critérios para a sua quantificação e também conhecer as dificuldades para estipular o valor da indenização correspondente em cada caso concreto.

Verifica-se que a jurisprudência brasileira não está consolidada a respeito do assunto, não havendo uniformidade na estipulação de indenização por danos morais. Há uma imensa gama de critérios apontados para estipulação do quantum indenizatório, mas isto não significa que existam critérios objetivos para essa avaliação. Esse quadro reflete a instabilidade jurídica a respeito do assunto, o que traz insegurança a quem procura ser indenizado por dano moral.

Nota-se que o assunto ainda promove muitas discussões.

Para melhor compreensão do tema desta monografia se faz necessário, por primeiro, abordar-se os elementos da responsabilidade civil. Realizando tal digressão aos conceitos básicos da responsabilidade busca-se estabelecer uma base para introdução do tema dano moral, para, após, ingressar no cerne do presente trabalho, qual seja, os critérios que permeiam a avaliação do *quantum* indenizatório.

Primeiramente, portanto, realizar-se-á um breve repasse nos conceitos básicos da responsabilidade civil, para, após, prosseguir através de uma breve análise sobre o dano moral. Feito isso, passa-se a problemática da reparação dos danos morais e análise dos critérios mais aceitos pela doutrina e jurisprudência para estipulação do *quantum* indenizatório.

Não se almeja esgotar o tópico, tampouco propor critérios infalíveis para estipulação do quantum indenizatório, contudo, neste trabalho visa-se reunir informações e critérios que ajudem na avaliação do quantum indenizatório.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A vida em sociedade traz a todos responsabilidade pelos seus atos, assim quando ocorre um resultado danoso decorrente de uma ação ou uma omissão, que rompe com a paz e o equilíbrio social surge a necessidade da tutela dos interesses daquele que sofreu o dano.

Ao se realizar a responsabilização civil do causador do dano traduz-se o dever moral de não prejudicar a outro, ou seja, o *neminem laedere* para o sistema jurídico.

O direito intervém visando imputar ao causador do dano o dever de, na medida do possível, restaurar o *status quo ante*.

No estudo da responsabilidade civil, esse instituto está sendo analisado sob o aspecto do seu fato gerador, dividindo-o em relação contratual e extracontratual, seu fundamento, classificando-o em responsabilidade subjetiva ou objetiva subdividindo ainda em agente responsável diretamente ou de forma indireta.

Feito isso, é necessária uma digressão sobre os pressupostos da responsabilidade civil: ato ilícito, culpa, nexo causal e dano, ou seja, estudar os elementos que possibilitam a responsabilidade civil do agente causador do dano.

2. 1 DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

De acordo com a teoria clássica, também denominada subjetiva, entende-se que há obrigação de indenizar quando é verificada a culpa ou dolo na conduta do agente, ou seja, o agente teve a intenção de provocar a lesão, assumiu o risco, ou ainda agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

A teoria subjetiva exige a comprovação da culpa no ato do ofensor, ou seja, é condição sem a qual não gera o direito do ofendido a ser indenizado. A responsabilidade subjetiva, portanto, fundamenta-se na obrigatoriedade de se provar que o ofensor agiu com culpa ou dolo ao causar dano.

Na teoria clássica cabe ao ofendido o ônus de provar que o ofensor tinha a intenção de prejudicá-lo ou tinha consciência de que poderia causar o dano e continuou a agir, ou seja, provar que o agressor agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Contudo essa condição¹ é, em certos casos, impossível (ou muito difícil) de

¹“A insatisfação com a teoria subjetiva tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se com o tempo. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação. Esta, com efeito, dentro da doutrina da culpa, resulta da vulneração de norma preexistente, e comprovação de nexo causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Verificou-se, como já ficou esclarecido, que nem sempre o lesado consegue provar esses elementos. Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo nem sempre logram a convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pg. 262.

ser cumprida pelo ofendido, o qual, muitas vezes, não possui condições de provar a culpa na conduta do lesionador. É comum o lesado não ter condições econômicas ou não ter acesso às informações necessárias para provar a culpabilidade na conduta do agressor, o que, muitas vezes, inviabiliza a indenização.

Tem-se que incumbir à parte lesada o ônus de provar algo fora de seu alcance é o mesmo que negar qualquer reparação.

Para suprir a dificuldade de se imputar ao ofendido a comprovação de dolo ou culpa no agir do ofensor, foi desenvolvida a teoria da responsabilidade objetiva. Veja-se a lição de Wesley Bernardo²:

“Qualquer que fosse sua aplicação ou extensão, a culpa já não conseguia responder às demandas sociais da vida moderna, o que acirrou o debate na busca por um abandono do aspecto subjetivo da responsabilidade civil, afastando-se da figura do causador do dano, que deve ser responsabilizado, e aproximando-se da figura do lesado, que não pode ficar irreparado por um dano injustamente suportado, independentemente do *animus* de seu algoz”

Face às dificuldades do lesado, a lei opta por dispensar a prova da culpa quando esta é muito difícil para a vítima, de forma a responsabilizar o agente de forma objetiva, independente da comprovação de dolo ou culpa.

Para possibilitar a adoção da responsabilidade objetiva foram criadas três teorias principais: teoria do risco benefício, teoria do risco integral e teoria da presunção da culpa.

A teoria da presunção da culpa foi a base para o surgimento da teoria da responsabilidade objetiva, ela desconsidera a culpabilidade baseando-se no dever genérico de não prejudicar. Para Caio Mário³, o fundamento desta teoria é igual ao da responsabilidade subjetiva, a diferença consiste na distribuição do ônus probatório: em certas situações protegidas por lei ou consagradas na jurisprudência presume-se a culpa do agente, ou seja, ao agente só não será imputada a responsabilidade caso produza prova capaz de demonstrar a sua não participação no acontecimento do dano. Contudo a fundamentação da teoria da culpabilidade mostrou-se insuficiente diante de diversas situações não previstas em lei e tampouco reconhecidas na jurisprudência, surgindo a teoria objetiva, a qual encontra maior suporte na teoria do risco.

A doutrina do risco consiste em exigir somente o dano e autoria do evento

²BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano moral: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pg. 57/58.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pg. 263.

danoso, ao contrário da doutrina tradicional que exige, também, a culpa e o vínculo de causalidade. Dessa forma ocorrendo o evento danoso e identificando o autor do dano surge, para o agente, o dever de indenizar. A teoria do risco evoluiu, visando proteger situações mais específicas, nas teorias do risco benefício e risco integral:

Na teoria do risco benefício, também chamada de teoria do risco criado ou ainda risco-proveito, quando o ofensor usufrui vantagens pela atividade que ele desenvolve, deverá indenizar os danos que a vítima vier a sofrer. Ainda que tome todas as cautelas necessárias para evitar o dano.

Por fim, na teoria do risco integral, adotada em casos excepcionais no Brasil como no caso de danos atômicos e nucleares, além de não ser necessária comprovação da culpa, também não o é o nexo causal. Assim havendo o fato e o dano há o direito de ser ressarcido, mesmo que a culpa seja exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Ressalta-se que, em princípio, a teoria da responsabilidade objetiva somente é aplicada quando lei expressamente a autorize.

O art. 927 do Código Civil autoriza o uso dessa teoria em todos os casos em que a atividade desenvolvida normalmente pelo ofensor implicar em risco para os direitos de outrem, restando ao juiz a análise do que seria a atividade costumeiramente exercida pelo ofensor.

Em resumo, verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro a convivência de ambas as teorias, responsabilização subjetiva e responsabilização objetiva do agente, sendo a teoria subjetiva, com base na culpa *lato sensu*, isto é no dolo ou em qualquer das modalidades de culpa em sentido estrito e a teoria objetiva, “sem indagação quanto à existência do aspecto subjetivo representado pela culpa em algumas atividades de massa e criadoras de um risco em potencial, a responsabilidade poderá advir independentemente da idéia de culpa.”⁴

Cabe frisar que a responsabilização objetiva do agente somente é aceita em casos excepcionais, em outras palavras, “a teoria da culpa impera como direito comum ou a regra geral básica da responsabilidade civil, e a teoria do risco ocupa os espaços excedentes, nos casos e situações que lhe são reservados”⁵.

Portanto, a teoria da responsabilidade subjetiva é a teoria aplicada de forma

⁴ SHARP, Ronald A. Junior. Dano Moral. Rio de Janeiro: DESTAQUE, 1998, pg. 9.

⁵ STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência 3ª ed. São Paulo: RT, 1997, pg.66.

geral, exigindo-se normalmente que se comprove dolo ou culpa do ofensor para que nasça o dever de indenizar.

2.2 DAS RELAÇÕES EXTRACONTRATUAIS E CONTRATUAIS

O estudo da responsabilidade civil pode se dividir conforme a origem do direito violado, classificando-a em contratual e extracontratual.

Na responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, não há relação jurídica prévia entre as partes sendo elas ligadas somente pelo nexos causal existente entre o ato de uma e o prejuízo de outra. O causador do dano infringe o dever jurídico de não prejudicar a outrem, levando-se em conta a conduta do agente e a culpa em sentido amplo,

Na responsabilidade advinda de uma relação contratual as partes encontram-se anteriormente ligadas pelo contrato e a culpa torna-se mais fácil de ser constatada face ao inadimplemento do contrato.

Assim, conforme Wesley Bernardo⁶:

“A responsabilidade contratual é aquela que decorre da violação de um dever jurídico voluntariamente assumido entre as partes, enquanto a responsabilidade civil extracontratual decorre da violação de um dever jurídico genérico, estabelecido em lei, sem que entre credor e devedor preexistisse qualquer relação jurídica”

Cabe ressaltar que os autores se dividem acerca da existência de diferença estrutural entre as duas categorias mencionadas. Para aqueles que afirmam a diferença entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, esta residiria, principalmente, na prova da culpa, sendo que na responsabilidade civil contratual a culpa seria presumida. Contudo para Venosa⁷ a doutrina moderna aproxima essas duas modalidades de culpa vendo-as de forma unitária como fundamento genérico da responsabilidade.

Assim, tem-se que ainda que se distinga a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, tal fato não implicará em falta de indenização, ainda que se considere que a prova da culpa é mais fácil quando verificada relação contratual entre as partes.

⁶ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano moral: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pg. 47.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil 3ed. São Paulo: Atlas, 2003, pg. 21.

2.3 DA RESPONSABILIDADE DIRETA E INDIRETA

A responsabilidade civil sob o aspecto da causa pode ser dividida em direta e indireta.

Quando a responsabilidade recai sobre o causador do dano diz-se que a responsabilidade é direta, ou seja, a conduta é cometida pelo próprio sujeito sobre o qual recai a imputabilidade. Portanto, é o responsável pela ação ou omissão que resulta em dano que a pratica.

Contudo quando outrem é responsabilizado por ato de terceiro, de um animal ou coisa inanimada sob a sua guarda classifica-se em responsabilidade indireta. Cabe frisar que “não se exige na responsabilidade indireta a comprovação do mando para que o terceiro realize o ato danoso. Pelo simples fato de haver algum vínculo entre o terceiro e o responsável é que este arca com o dever de reparação do dano.⁸” Conclui-se que a responsabilização ocorrerá tão somente pelo vínculo legal de responsabilidade que o agente mantém com terceiro ou pelo dever de guarda pelo animal ou coisa que praticou o ato.

2.4 DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para a configuração do dever de indenizar faz se necessária a presença dos requisitos ação ou omissão, culpa, nexos causal e dano. Passaremos, a seguir a analisar estes elementos.

2.4.1 Do Ato ilícito

Venosa⁹ conceitua o ato ilícito como “um comportamento voluntário que transgredir um dever”. Caio Mário¹⁰ o define como “a obrigação de reparar o dano causado pela culpa do agente”.

O ato ilícito consiste numa ação ou omissão exercida pelo agente de forma consciente e voluntária e por contrariar com a ordem jurídica, originando o dever de indenizar a vítima. Assim, conforme art. 186 do Código Civil, quem causa dano e

⁸ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, vol. 2: obrigações e responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, pg. 462.

⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil:Responsabilidade Civil 3ed. São Paulo: Atlas, 2003.Pg. 22

¹⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª ed.Rio de Janeiro: Forense, 1999. Pg. 35.

viola direito de outrem comete um ato ilícito, devendo indenizar. Contudo se o ofensor não tem discernimento para entender seus atos, ele não seria punido. Isto mudou com o Código Civil, nele foi introduzida a responsabilidade dos incapazes, ainda que de maneira mitigada, conforme art. 928, eis que os patrimônios do incapaz e do responsável responderam até o limite do montante necessário à manutenção de sua dignidade.

2.4.2 Da culpa

A definição de culpa, conforme Matielo, é "consubstanciada em vontade direta tendente a alcançar o resultado (...), ou ao menos atividade consciente que culmina com a lesão."¹¹

Como já mencionado, a comprovação da culpa é o núcleo da responsabilidade civil que juntamente com o nexo causal, dano e ação/omissão consistem nos elementos que possibilitam o ressarcimento de danos, a qual norteia o sistema brasileiro de responsabilidade civil.

A culpabilidade (culpa lato sensu) divide-se em dolo e culpa *strictu sensu*.

O dolo se verifica quando o sujeito tinha intenção de agir daquela forma, ou seja, o agente realizou a ação visando provocar o dano. O dolo é identificado na conduta do agente quando esta objetiva provocar o dano de forma inequívoca, tendo plena convicção de que sua conduta resultará, invariavelmente, no dano. Ainda, cabe conceituar o dolo eventual, o qual consiste na plena ciência do ofensor de que a conduta poderia provocar o dano, e que provavelmente o dano aconteceria, mas o agente opta por continuar a agir, assumindo os riscos de sua conduta.

A culpa, propriamente dita, consiste na não observação do dever do sujeito em agir de modo lícito, sendo que o agente atuou de modo a prejudicar alguém quando essa não era sua intenção e outro comportamento poderia ter sido adotado, agindo com imprudência, negligência ou imperícia.

A doutrina divide a culpa em três graus: grave, leve e levíssima. A culpa grave aproxima-se em muito do dolo, é facilmente identificada; nesse critério inclui-se a culpa consciente que é verificada quando o ofensor assume o risco da conduta e os danos previsíveis. A culpa leve se verifica numa conduta que o homem médio

¹¹ MATIELO, Fabrício Zamprogna. Dano Moral, Dano Material e reparação. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2001, pg. 19.

não teria transgredido o dever de cautela. Já a culpa levíssima se verifica quando a pessoa deveria ser muito atenta ou perita para enxergar a possibilidade real de dano.

Quanto a indenização a conseqüência normalmente é a mesma, ou seja, a intensidade do dolo ou culpa não deve influenciar no montante a ser indenizado, visto que o critério de quantificação da indenização é a extensão do dano. Assim, independe se o agente agiu com dolo ou culpa, pois conforme a doutrina tradicional a indenização será estipulada conforme o dano, devendo a indenização restaurar o *status quo ante*, e o ofensor não será condenado a maior indenização porque agiu com dolo ao invés de culpa, será condenado na exata quantia necessária para reparar o dano.

Contudo, excepcionalmente a culpa pode ser levada em consideração na estipulação da indenização. A gradação da culpa somente será levada em conta no caso excepcional trazido pelo art. 944, § único, no qual a gravidade do dano é em muito superior a da culpa, quando o juiz poderá reduzir o valor da indenização. Cabe transcrever Enunciado n.º 46 do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal:

“A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar exceção ao princípio da reparação integral do dano”¹²

Observa-se que não há diferença na análise da culpa quando o ato ilícito está circunscrito a uma relação contratual ou extracontratual. Na relação contratual a culpa é mais facilmente constatada e comprovada, visto que há um dever positivo de cumprir um contrato. Contudo, na relação extracontratual a prova de que o agente agiu com culpa não é tão evidente, pois é necessário invocar o dever negativo de não prejudicar a ninguém, sendo mais difícil de provar a violação ao *neminem laedere*.

Por fim, cabe repassar o conceito de culpa concorrente. Ocorre a culpa concorrente quando ambas as partes agiram com culpa e concorreram para que o dano se efetivasse. Diante de tal instituto ocorrerá a compensação caso autor e réu tenham concorrido igualmente para ocorrência do dano, contudo, caso o grau de culpa não for igual a indenização variará proporcionalmente a culpa de cada um. O mesmo se aplica caso dois agentes praticaram ato ilícito contra uma única vítima, na

¹² NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto. Código Civil e Legislação em vigor. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 271.

qual serão responsabilizados igualmente se concorreram da mesma forma para pratica do dano ou proporcionalmente a culpa individual de cada ofensor.

2.4.3 Do Nexo Causal

O nexo causal é verificado quando entre o dano e a conduta do agente possa ser averiguada relação de causa e efeito, ou seja, se não houvesse a conduta o dano não ocorreria, em outras palavras a relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado.

A dificuldade reside na identificação do nexo causal no caso concreto surgindo dois problemas: a prova do nexo causal e a identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, questão que é agravada quando da existência de causas múltiplas, pois “nem sempre há condições de estabelecer a causa direta do fato, sua causa eficiente”¹³.

Quando o prejuízo decorre tão somente de uma única causa somente é necessário verificar se o dano foi provocado diretamente ou não por ela. Contudo existindo várias causas que tenham provocado o dano, o julgador deverá determinar qual delas que determinou o prejuízo.

Diante da ocorrência de causalidade múltipla a provocar o dano e a necessidade de determinar a causa eficiente, a doutrina elaborou as teorias abaixo elencadas:

Teoria da equivalência das condições ou equivalência dos antecedentes, a qual consiste em utilizar qualquer circunstância que tivesse concorrido para o dano, ou seja, toda condição que contribuiu para o resultado é causa do dano, independente de qual destas causas que efetivamente provocou de modo imediato o prejuízo. Esta teoria permite uma regressão quase infinita aos fatos que se passaram até o acontecimento do dano, o que a torna uma teoria inadequada.

A teoria da causalidade adequada considera a causa predominante que deflagrou o dano, utilizando-se somente da condição apta a produzir o dano, em outras palavras, nesta teoria utiliza-se da probabilidade, aufere-se qual das causas que tinha mais condições de ter produzido o dano o que, segundo Venosa, nem sempre satisfaz o caso concreto. Caio Mário, por sua vez, a defende argumentando que o exercício de descarte de fatos utilizando-se de um critério eliminatório é

¹³VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil 3ed. São Paulo: Atlas, 2003, pg. 38.

comum ao exercício da magistratura, contudo ressaltamos que a probabilidade não é certeza ensejando o cometimento de erros.

Venosa refere-se a teoria dos danos diretos e imediatos, a qual exige uma relação direta de causa e efeito entre a conduta e o dano. Já Caio Mário destaca a teoria criada por De Page, a qual considera que o vínculo entre a culpa e o dano deverá ser revestido por um caráter de necessariedade, assim de todas as causas que concorrem com o dano uma é que impõe o dever do ressarcimento.

Conclui-se que cabe ao juiz valorar os fatos de modo a reconhecer o nexo causal, utilizando-se das teorias expostas.

2.4.4 Do Dano

O dano¹⁴ corresponde a uma lesão de um bem ou interesse jurídico, que ocorre contra a vontade da vítima, sendo o resultado de uma ação ou omissão, muitas vezes ilícita, em que alguém, de forma culposa ou dolosa, provoca prejuízo ao patrimônio da vítima, mesmo que relativa a interesses não apreciáveis economicamente, fazendo nascer pretensão ressarcitória.

O dano é resultante de qualquer ato ou fato humano produtor de lesões a interesses alheios juridicamente protegidos, sendo pressuposto para a reparação civil a prova da existência do dano, eis que o agente só poderá ser condenado a pagar indenização ressarcitória pelos danos que sua conduta provocou, devendo estar claro o dano e sua extensão. Assim, tem-se que o dano deverá ser certo, atual e fundado numa conduta¹⁵ precisa do agressor para que seja possível sua reparação.

Os danos significam lesões à personalidade ou patrimônio alheio e podem ser de ordem patrimonial, ou extrapatrimonial, ou mesmo ambos. Por isso, a classificação mais tradicional dos danos os divide em patrimoniais (materiais) e extrapatrimoniais (imateriais ou morais), consoante se levem em conta os respectivos reflexos na esfera alheia.

Os danos materiais são os que repercutem sobre o patrimônio economicamente avaliável do lesado, ou seja, auferível em dinheiro ou ainda ofensa

¹⁴“À responsabilidade civil só esse resultado interessa, vale dizer, só com a repercussão do ato ilícito no patrimônio de outrem é que se concretiza a responsabilidade civil e entra a funcionar seu mecanismo”. DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, vol I, 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pg.109.

¹⁵Por conduta deve ser entendida o conjunto de atos do agressor que provocou o dano.

a interesse econômico. Já os danos morais, que serão analisados de forma mais detida no próximo capítulo, é lesão que afeta patrimônio ideal, ou seja, dor psicológica. Veja-se a definição de Bittar :

“Por isso são materiais os danos consistentes em prejuízos de ordem econômica suportados pelo ofendido, enquanto os morais se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado.”¹⁶

Cabe salientar que muitos autores incluem nessa definição tradicional os danos mistos que correspondem a danos materiais e morais, ou seja, aqueles nos quais se verifica que o lesionado tem afetado seu o patrimônio psíquico e material.

Os danos materiais ainda podem ser divididos ainda em dano emergente, o lucro cessante e a perda de chance.

O dano emergente significa a diminuição do patrimônio da vítima, também chamado de dano positivo, é aquele que realça à primeira vista e normalmente de mais fácil avaliação, como por exemplo, um acidente entre veículos, o dano emergente seria o valor do conserto.

Já o lucro cessante significa o que ofendido deixou de lucrar, normalmente calculado por uma projeção contábil, por exemplo, o que um trabalhador autônomo, que foi atropelado, deixou de ganhar por não estar em condição física de laborar.

Por último, a perda de chance é um assunto controvertido na doutrina brasileira, por muitos classificada como dano hipotético, eventual, significa o que a perda da oportunidade pode gerar como conseqüência, por exemplo, um vôo que atrasa e perde-se o fechamento de um grande negócio. O problema reside na certeza do dano, ou seja, se realmente o evento esperado aconteceria, no exemplo dado: o fechamento do negócio realmente aconteceria? E qual seria o lucro dele advindo? . Caio Mário ensina que “a doutrina moderna assenta bem os extremos: o que é significativo é que a chance perdida tenha algum valor, do qual a vítima se privou” ¹⁷.

Por fim, outro assunto polêmico é o “dano em ricochete”, também chamado de “dano reflexo”, o qual “ocorre quando uma pessoa sofre o reflexo de um dano

¹⁶BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos Morais.2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pg. 31.

¹⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª ed.Rio de Janeiro: Forense, 1999, pg: 42.

causado a outra pessoa”¹⁸, por exemplo, quando a ex-mulher que recebe pensão do ex-companheiro que falece devido a um erro médico. Portanto, dano em ricochete há duas vítimas e duas ações, contudo ambos são fundados num só ato ilícito, sendo que este dano somente será reparável desde que seja comprovada a repercussão do dano principal.

2.5 DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Há causas que excluem a responsabilidade civil, pois não permitem a formação do nexo causal suprimindo o dever de indenizar, são elas: a legítima defesa, o exercício regular de direito, o estado de necessidade, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito, a força maior e, na relação contratual, a cláusula de não indenizar.

Passemos a analisar as categorias jurídicas acima mencionadas:

2.5.1 Da legítima defesa:

Caio Mário conceitua legítima defesa da seguinte forma: “Em face de uma agressão injusta, dirigida contra a própria pessoa ou de seus familiares, ou contra seus bens, o indivíduo adota medida defensiva com que repelirá o agressor”¹⁹.

A legítima defesa compreende não só a salva guarda da integridade física, mas também a moral e dos bens.

São pressupostos da legítima defesa: agressão atual ou iminente, reação proporcional à ofensa e agressão injusta.

Assim, a legítima defesa se configurará diante de uma reação moderada e eficiente para repelir agressão física ou moral que acarreta em prejuízo a vítima, sendo essa agressão sem causa jurídica, estando prestes a ocorrer ou se verificando no momento da ação do ofendido.

Ressalta-se que no exercício da legítima defesa a vítima responde pelo excesso praticado face ao agressor, assim como se o ato atingir terceiro. Portanto, a repulsa deve ser proporcional e imediata à agressão, sob pena de ser

¹⁸REMÉDIO, José Antonio; FREITAS, José Fernando Seifarth de. LOZANO JR, José Júlio. Dano Moral: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2000, pg. 18.

¹⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pg: 295/296.

responsabilizado pelo excesso da legítima defesa, independente de dolo ou culpa.

2.5.2 Do exercício regular de um direito

Esta causa de exclusão de responsabilidade está fundamentada no fato de “quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém”²⁰, portanto, o exercício regular de um direito consiste no desenvolvimento de atividade de acordo com o ordenamento jurídico.

Porém, esta regra só é válida quando esse direito é exercido sem abuso. Diante do exercício imoderado ou irregular do direito, de modo a causar prejuízo a outrem, o indivíduo que se excede deverá indenizar, cabendo ao juiz decidir se o ato se deu com abuso de direito.

2.5.3 Do estado de necessidade

Consiste numa situação fática na qual há um bem na iminência de sofrer um dano e para que o dano ao bem de sua propriedade não ocorra, o agente causa dano a bem de terceiro.

Para Cáo Mário “na excusativa fundada no estado de necessidade, existe um ato que seria ordinariamente ilícito. No entanto, a lei o justifica eximindo o agente do dever de indenizar, tendo em vista preservar os bens mediante a remoção de perigo iminente”²¹. Contudo, exige-se que o ato seja indispensável para afastar o dano e que o direito alheio sacrificado seja economicamente inferior. Já para Venosa o estado de necessidade não isenta o agente do dever de indenizar os danos.

2.5.4 Da culpa da vítima

A culpa da vítima se verifica quando esta participa da ocorrência do evento danoso. Tendo a vítima concorrido para ocorrência do dano há mitigação na indenização e até mesmo sua exclusão:

“Em havendo participação da vítima para o evento danoso, apenas se dá o rompimento do nexo de causalidade pela culpa exclusiva da mesma. A culpa da vítima, destarte, somente excluirá integralmente

²⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pg: 296.

²¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pg. 297.

a responsabilidade do autor do ilícito se for exclusiva.”²²

Assim, quando se percebe culpa exclusiva da vítima, não há o que indenizar. Contudo se a vítima concorreu para o dano, há de ser mensurar sua responsabilidade na ocorrência do ato danoso, para quando na ocasião da liquidação da sentença a indenização seja reduzida proporcionalmente. Ressalta-se que para Cáo Mário quando ocorre igual concorrência de culpa a ponto de se compensarem, não existirá direito à indenização.

2.5.5 Do fato de terceiro

Lisboa conceitua fato de terceiro como “todo evento danoso causado por pessoa diversa daquela em desfavor de quem é imputada a responsabilidade, encontrando-se esta em situação de ascendência sobre aquela.”²³

A participação de terceiro pode ser total ou parcial, mas somente ele arcará com a indenização, excluindo dessa forma o nexo causal, quando o dano é causado somente por ele. Quando o terceiro concorre com agente este responderá ou ambos proporcionalmente. Ressalta-se que o agente pode intentar ação regressiva ao terceiro.

2.5.6 Do caso fortuito e força maior

Estas causas de irresponsabilidade consistem em eventos não possíveis de serem controlados. Na doutrina são diferenciadas pelo agente causador: o caso fortuito consiste num evento provocado pela natureza, como uma inundação, enquanto na força maior há elemento humano, ou seja, fato provocado pelo homem, por exemplo, uma guerra. Segundo Cáo Mário”(...)se a obrigação de ressarcimento não é causada pelo fato do agente mas em decorrência de acontecimento que escapa ao seu poder, por se filiar a um fator estranho, ocorre a isenção da própria obrigação de compor as perdas e danos”²⁴. Assim, o agente estaria isento de indenizar caso o evento estivesse fora do seu controle.

²² LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, vol. 2: obrigações e responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, pg. 536.

²³ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, vol. 2: obrigações e responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, pg. 538.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pg. 302.

2.5.7 Da cláusula de não indenizar

Esta cláusula deverá ser estipulada bilateralmente, Cáo Mário a aceita mesmo em contrato de adesão e consiste numa espécie de “renúncia”, assim para ser aceita não poderá haver vícios na declaração de vontade.

É freqüente, inclusive, a estipulação de valor de prévio referente a indenização por danos morais em contrato de adesão, principalmente em eventos com público jovem, como shows de música.

Contudo, dificilmente as partes podem negociar em caso de contrato de adesão, ficando evidente o vício na declaração de vontade.

3. DANO MORAL

A doutrina mais tradicional utiliza os efeitos do ilícito como forma de classificar os danos, assim, se da ação danosa resulta em diminuição no patrimônio está-se diante de danos materiais. Diz Cahali “A expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há conseqüências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial”.²⁵

De início, portanto, para definir o dano moral utilizava-se tão somente de um conceito negativo, ou seja, não repercutindo no patrimônio verifica-se então a hipótese do dano moral, ou, em outras palavras, “agravo que não produz qualquer efeito patrimonial”²⁶. Classificando os danos morais de tal forma procede-se a uma conceituação por exclusão, ou seja, não possuindo caráter economicamente avaliável se estaria diante de danos morais:

Pondere-se, de início que há posições divergentes sobre as designações mencionadas, inclusive algumas pessoais, mas de modo geral a divisão em patrimoniais e não patrimoniais (extra patrimoniais) é a de mais fácil circulação, pois se vale do método de exclusão, considerando como morais os que não se revistam de cunho patrimonial (estes indicados, primordialmente, pela conversibilidade em pecúnia. Mas acaba não enunciando, de modo explícito aqueles danos, deixando ao intérprete a formulação concreta. Opera no entanto, com plena identificação entre danos morais e extra patrimoniais.²⁷

²⁵CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 3 ed. São Paulo: RT, 2005, pg.22.

²⁶SILVA, Américo Luís Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, pg. 36.

²⁷BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por Danos Morais. 2.^a ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1994,

Contudo, tal conceito é insuficiente, devendo ser estabelecido de forma positiva. Para conceituação do dano moral deve ser abstraído o caráter econômico (lesão ou não ao patrimônio) e estabelecer elementos caracterizadores próprios do dano moral:

Orlando Gomes citado Remédio²⁸ entende que o dano moral é “o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão a direito personalíssimo, ilicitamente produzido por outrem”.

Para Bittar “qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal) ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).”²⁹

De acordo com Ghersi, “las personas poseen algo más importante que su homo economicus, y es su esencia de ser, rectitud, condescendência hacia el outro, respeto por la indignência, fuerza espiritual, etc; um conjunto de aspectos para si y para com los demás que configuran el ser moral y espiritual que es, o debería ser, el hombre como ser humano.”³⁰

Segundo Daray, define danos morais como “fenômenos que produzem uma importante modificación em la vida del sujeto, em grados y áreas variables, com detrimento de la paz anímica, o sea, ocasionando estados de tristeza y descenso em nível de calidad de la existência.”³¹

Maria Celina Bodin de Moraes estabelece o conceito de dano moral sob um prisma diferente dos autores mencionados:

“O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana

pg. 35.

²⁸REMÉDIO, José Antonio; FREITAS, José Fernando Seifarth de; LOZANO JÚNIOR, José Júlio. Dano Moral: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2000, pg. 20.

²⁹BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por Danos Morais. 2.^a ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1994, pg.41.

³⁰GHERSI, Carlos Alberto. Cuantificación económica del daño. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, pg. 31.

³¹DARAY, Hernán. Daño Psicológico Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, pg 55.

(também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana).”³²

A referida autora conduz sua análise sobre o dano moral sobre um viés incomum, qual seja, não somente analisar o dano moral diante do foco do direito civil, mas sim analisar esta problemática também pelo foco do direito constitucional, pois foi a Constituição Federal que no seu art. 5º que consagrou reparação do dano moral.

Para a autora é na dignidade humana que a ordem jurídica brasileira se apóia e se compõe, de tal forma que:

“Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade”³³.

Assim, verifica-se que ser possível a conceituação de dano moral utilizando-se não de um caráter excludente (o não interesse econômico) e sim de maneira positiva, estabelecendo conceito próprio de dano moral, derivado de suas próprias características.

Conclui-se então que o dano moral consiste na lesão ao patrimônio psíquico ou ideal a pessoa, ou seja, subtração do equilíbrio íntimo, ou ainda, diminuição da felicidade.

Cabe ainda abordar as classificações doutrinárias acerca do dano moral.

Os danos morais podem ser classificados em puros ou reflexos. Segunda Bittar ³⁴são puros os danos que se exaurem nas lesões a certos aspectos da personalidade, ou seja, se restringem ao âmago da personalidade. Os danos reflexos, por sua vez, constituem efeitos ou interpolações de atentados ao patrimônio ou aos demais elementos materiais do acervo jurídico lesado.

Outra classificação feita pela nossa doutrina, consiste na diferenciação entre os danos morais subjetivo e objetivo. São subjetivos àqueles que se circunscrevem à esfera íntima, já os objetivos projetam no círculo de seu relacionamento familiar ou

³²MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pg.132/133.

³³MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pg. 327.

³⁴BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por Danos Morais. 2.ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais,1994, pg. 35.

social, se diferenciam conforme se atinja a esfera subjetiva ou a de relações do interessado.

4. DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL

O dano para ser passível de reparação deve ser uma lesão injusta aos valores protegidos pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, além de lesionar valores na medida que afeta o indivíduo em seu patrimônio material e psíquico de forma negativa; a lesão que provoca o dano deve ser injusta, vez que incide sobre o patrimônio do lesado de maneira indevida sem amparo no direito. Contudo o mais importante é que a reparação do dano deve estar tutelada pelo ordenamento jurídico, contudo a reparação dos danos morais não era abarcada pelo direito brasileiro.

Passaram-se longos anos de divergência entre a doutrina e o Supremo Tribunal Federal, sendo que o último não admitia a indenização por danos morais.

A irressarcibilidade do dano não-patrimonial perdurou por muitos anos, ao que depois foi seguida pela tese de que o dano moral puro não era passível de indenização, devendo estar atrelado a danos materiais.

Sobre o assunto é sempre bom recordar os ensinamentos de Pontes de Miranda:

“Hemos de afirmar a ressarcibilidade do dano não-patrimonial, a despeito de haver opiniões que reputam repugnantes à razão, ou o sentimento, ressarcir-se em dinheiro o que consistiu em dano à honra, ou à integridade física. Nada obsta a que se transfira ao lesado, com algum dano não-patrimonial, a propriedade de bem patrimonial, para que se cubra com utilidade econômica o que se lesou na dimensão moral (não-patrimonial). Se se nega a estimabilidade patrimonial do dano não-patrimonial cai-se no absurdo da não-indenizabilidade do dano não-patrimonial; portanto, deixar-se-ia irressarcível o que precisaria ser indenizado.”³⁵

Não obstante a evolução em admitir a reparação por danos morais, esta acabou por ser admitida, sendo consagrada no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988 e após, ratificada expressamente pelo Código Civil de 2002.

³⁵MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo LIII. Rio de Janeiro. Borsoi: 1966, pg. 219.

Portanto, hoje é reconhecido o direito de recorrer em juízo visando a compensação pela dor sofrida face ao ofensor e tão somente por ela, sem a necessidade de que para o ressarcimento de danos morais, tenham ocorrido danos materiais. Hoje, o dano moral puro é indenizável.

Face o reconhecimento da indenização pecuniária por danos morais surge um novo problema: como estipular o valor da indenização, qual é o critério que pauta a estipulação da indenização do quantum indenizatório?

Nos próximos tópicos serão abordados os critérios mais citados na doutrina e jurisprudência para a estipulação do quantum indenizatório. Visto que, conforme Gama ³⁶, é de vital importância para o implemento dos comandos constitucionais que a quantificação do dano moral represente a possibilidade de sua plena satisfação, não bastando, para tanto o simples reconhecimento da causação do dano moral.

Como ensina Clayton Reis “A idéia da indenização dos danos não patrimoniais indica ser preciso que a satisfação do lesionado tenha como pressuposto, alcançar um sentido de plenitude. Portanto, todo e qualquer prejuízo decorrente da ação lesiva aos legítimos interesses de outrem, assegura ao lesionado o direito do efetivo ressarcimento” ³⁷.

Contudo a indenização por danos morais não permite a restauração do *status quo ante* tão almejado pela responsabilidade civil, não é possível converter os danos morais em soma em dinheiro, ocorre perda imaterial, a qual não é suscetível de aferição pelos mesmos critérios que avaliam a extensão dos danos materiais.

Assim, a busca pelos critérios que possibilitem a avaliação do dano e a satisfação do lesionado torna-se muito mais difícil, pois os critérios para que se possa auferir o dano moral são mais complexos que os utilizados para quantificar os danos materiais e muito mais abstratos se comparados a objetividade que norteia a reparação de prejuízos exclusivamente patrimoniais.

Diferentemente dos danos materiais, nos quais é possível determinar o exato prejuízo e assim, ressarcir-los mediante pecúnia, nos danos morais não há meios sólidos para sua aferição:

“Se a recomposição do prejuízo por meio da indenização pelo equivalente pecuniário é plenamente satisfatória do dano material, o

³⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios para a Fixação da Reparação do Dano Moral. Grandes temas da atitude: Dano Moral. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pg. 227.

³⁷REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pg. 148.

mesmo não ocorre em relação ao dano imaterial, no qual o valor da indenização não tem um referente concreto.”³⁸

Além de não apresentar critérios objetivos para sua aferição, além de não ser possível a pura conversão dos danos apurados pelo equivalente em pecúnia, os danos morais, apresentam ainda mais uma dificuldade no seu ressarcimento: a indenização não possui um caráter reconstitutivo e sim, compensatório, como bem explícita o voto do Min. Ilmar Galvão³⁹:

“Tal o caso do dano moral, em que o direito ofendido é irrecuperável. Conquanto inexista modo de aferir-se o seu sucedâneo em dinheiro, nem por isso se deixa de indenizar proporcionando-se, por essa forma, à vítima, instrumento capaz de amenizar sua dor e de trazer-lhe alguma alegria”.

Importante notar que ao realizar a substituição da teoria do ressarcimento colocando em seu lugar o discurso compensatório, passa a ser moralmente aceitável a indenização pelos danos morais, pois, dessa forma, não se está buscando auferir o preço da dor, pois compensar não significa pagar o preço do bem violado. Não está a realizar a simples valoração dos danos morais e sua conversão em dinheiro.

A compensação não visa realizar a equivalência entre os danos causados e indenização recebida, não se presta a realizar o *status quo ante*, não é possível alcançá-lo quando se trata de danos morais. O dinheiro não substitui a dor moral.

Não é possível, quando se trata de danos imateriais realizar a reconstituição que é atingida quando se lida com danos materiais.

A diferença entre a teoria do ressarcimento e a compensatória, é que a primeira não se aplica aos danos morais, eis que objetiva o retorno da situação anterior a ocorrência dos danos, não é possível apagar sofrimento, somente é possível proporcionar alegrias que diminuam a tristeza, nisso reside o objetivo da compensação.

Portanto, a indenização por danos morais tem como objetivo compensar os danos sofridos, ou seja, estabelecer uma alternativa de reconforto, ao que torna muito difícil estabelecer os parâmetros para tal indenização.

Afora a lacuna de critérios jurídicos palpáveis para aferição e compensação dos danos morais, há outro agravante, qual seja o caráter pessoal do dano sofrido.

As pessoas divergem de várias formas na maneira como sofrem a

³⁸WINTER, Marilena Indira. Direito e Prevenção: Uma Reelaboração Teórica na Reparação do Dano Moral, pg. 84.

³⁹STJ. REsp 3604. Rel. Min. Ilmar Galvão. 2ª Turma. Julgamento: 19.19.1990.

determinados acontecimentos na vida. Dada quantia em dinheiro representa diversos significados dependendo da possibilidade econômica do lesado. Também varia o sofrimento sentido ante as condições de vida de cada um, sendo certo que uns tem mais acesso à informação, conforto e qualidade de vida que outros, e assim valoram os fatos que ocorrem em suas vidas de forma diferente.

Portanto, a exata correspondência entre o dano moral sofrido e a reparação a ser recebida, é um ideal a ser alcançado. Contudo, ainda assim é um ideal. A tarefa de se estipular os danos morais é árdua e não é possível alcançar a equivalência exata entre o bem lesado e a indenização:

“É importante ressaltar que nos casos de indenização por dano moral, não se pode buscar uma equivalência entre o dano e o valor da satisfação, pois de fato, o objeto da ação é imensurável e absolutamente insusceptível de coloração exata, cabendo ao juiz auferir uma compensação em valor monetário ou até mesmo em obrigações de fazer ou não fazer”⁴⁰.

Além das dificuldades já elencadas, há de se considerar outros obstáculos à justa indenização, estes de cunho mais processual. O primeiro deles consiste no fato de que a dor é insuscetível de prova. Em segundo lugar o Código Civil no art. 944 preconiza que a indenização mede-se pela extensão do dano, contudo é impossível medir a dor, dando margem a um terceiro problema: a avaliação torna-se impregnada de critérios subjetivos.

Visando a resolução do primeiro obstáculo temos que os tribunais têm aceitado o fato de que o ofensor pode ser responsabilizado a partir do momento em que o ato ilícito e o nexo causal estejam presentes:

“Verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo de se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa)”⁴¹.

Portanto, diante da comprovação de que o ato ilícito ocorreu, verificado o nexo causal e requisitos subjetivos quando necessários (dolo ou culpa), acredita-se que o dano moral efetivamente ocorreu. Ou seja, diante da verificação dos referidos pressupostos, presume-se a ocorrência do dano.

Contudo, tal presunção é feita conforme o que entende a jurisprudência como atos que geram dano moral. Assim, é mais prudente que a parte faça prova do dano sofrido, ainda que por laudos psicológicos ou testemunhas. De outra forma, estará

⁴⁰BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. Dano Moral: valoração do quantum e razoabilidade objetiva. Revista de Direito Privado n.º25. jan-mar de 2006. RT: São Paulo, 2006, pg. 75.

⁴¹STJ. REsp 23575. Rel. Min. Costa Leite. 4ª Turma do STJ. Julgamento: 01.09.1992.

sujeita ao que o magistrado acredita que pode ser ato gerador de danos morais ou não, conforme sua própria convicção.

De outro lado, há notícia de alguns autores que sugerem que sejam realizadas perícias médicas como forma exclusiva de avaliação do dano psicológico.⁴² Contudo, mesmo dentro da psicologia poderão ser utilizados inúmeros critérios para aferição dessa repercussão psíquica, acabando por resultar em mais subjetividade no exame. Outrossim, a realização dessas perícias não podem ter o condão de substituir o bom alvitre do julgador, mas sendo realizadas, poderão ser muito úteis ao julgamento da demanda e à estipulação do quantum devido.

No que diz respeito aos segundo e terceiro problemas, dificuldade para determinação da extensão do dano e a subjetividade na realização desse exame, tem-se que, somente, o juiz está legitimado e qualificado a realizar a tarefa de estipular o valor da indenização e que a subjetividade do exame é intrínseca a idéia de estipulação de danos morais. Ensina Humberto Theodoro Jr. que "por se tratar de arbitramento fundado exclusivamente no bom senso e equidade, ninguém além do próprio juiz está credenciado a realizar a operação de fixação do *quantum* com que se reparará a dor moral".

A doutrina predominante afirma que cabe somente ao julgador colocar-se no lugar do homem médio para estipular valores correspondentes aos danos causados.

O magistrado é quem possui capacidade técnica para avaliar o dano moral e sua corresponde indenização, contudo tal avaliação não se será dissociadas dos valores que o juiz traz consigo, sendo um problema que não pode ser evitado.

A subjetividade do exame está ligada a avaliação do dano moral, não há escapatória. Mas existem critérios que podem ser utilizados, tanto para diminuir a subjetividade como para que seja possível a existência de decisões que sigam determinados parâmetros no ordenamento, como será visto nos próximos capítulos.

Por fim, temos que ainda que a tarefa seja árdua não se pode utilizar da dificuldade a ela inerente como barreira a justa indenização, da forma feita anteriormente à Constituição Federal de 1988 pelo STF⁴³: "é perfeitamente possível a mensuração do 'preço da dor', quando observamos de forma acurada, os reflexos

⁴²Sobre o tema ver em DARAY, HERNÁN. DAÑO PSICOLÓGICO Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

⁴³"(...) em fase anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, durante décadas, não admitiu a reparação dos danos morais em decorrência da impossibilidade de avaliação do pretium doloris- fato que impediu fosse o instituto agasalhado pela doutrina e jurisprudência das Cortes de Justiça inferiores". REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pg. 270.

produzidos no espírito da vítima pela ação antijurídica do agente ofensor”⁴⁴.

Acrescenta-se, ainda, a boa lição de José de Aguiar Dias: “a condição da impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo. Não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente estado, porque, em matéria de dano moral o arbítrio é até da essência das coisas⁴⁵”.

Diante do exposto, verifica-se que há vários problemas norteiam a estipulação da indenização por danos morais.

Visando a eliminação e a mitigação das dificuldades já expostas, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram critérios, que visam dar um norte na estipulação dos danos morais.

Os critérios que serão tratados na seqüência são os mais bem aceitos e mais utilizados, não estão imunes de falhas e tampouco retiram por completo as dificuldades existentes na avaliação do dano moral e do *quantum* indenizatório. É intrínseca a idéia de reparação dos danos morais a complexidade, não há meios de fugir dela, contudo há elementos que utilizados em conjunto resultam por dar um norte ao julgador de forma a mitigar o caráter subjetivo e estabelecer parâmetros a serem seguidos.

A doutrina predominante enumera que a indenização por danos morais deve ser compensatória ao ofendido, punitiva ao ofensor e tenha função preventiva em relação à sociedade e ao ofensor, ou seja, que o valor seja capaz de desestimulá-los no cometimento de novos danos.

A jurisprudência, por sua vez, trouxe que a indenização não pode ser fonte de enriquecimento ilícito ao ofendido, tampouco poderá ser meramente simbólica, para tanto há de se considerar as características pessoais do agredido e do agressor, principalmente as condições econômicas das partes envolvidas.

A jurisprudência também invoca a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na estipulação do quantum indenizatório.

O concurso desses fatores visa possibilitar a formação de um juízo de valor que fixará da forma mais equânime possível uma indenização justa, assim passa-se a estudá-los mais a fundo.

⁴⁴REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pg. 119.

⁴⁵DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pg. 739.

Cabe ressaltar que tais critérios são os mais freqüentemente utilizados, como já dito, contudo não está excluída a possibilidade de existirem outros não abarcados pelo presente trabalho.

Por fim, importa fazer uma última ressalva. Há autores, inclusive o mestre Clayton Reis, que se utilizam de tabelas matemáticas para estipulação dos danos morais, havendo, inclusive, projetos de lei atuais acerca de possível tabelamento desses valores, sendo que em nossa legislação, mais precisamente na Lei de Imprensa há valores estabelecidos para os danos morais. Contudo tal posicionamento não foi bem recepcionado pela doutrina, tampouco pela jurisprudência e rechaçada de forma geral pelos operadores do direito, razão pela qual não será objeto deste trabalho.

4.1 DO CARÁTER PREVENTIVO

Para o convívio em sociedade faz-se necessária a existência de regras, as quais todos se submetem. Quando estas normas de conduta são violadas surge para o Estado o direito de punir quem as infringiu, contudo a pena não tenha mais como objetivo provocar um sofrimento em face da desobediência, entende-se atualmente que a pena tem função preponderantemente educadora.

Quando se trata da esfera do direito civil a sanção normalmente representa diminuição no patrimônio do apenado. Assim ao ver-se desfalcado de seu patrimônio visa-se que o sancionado não cometa novos atos ilícitos de modo a gerar danos a terceiros. Objetiva-se que o causador de dano passe a respeitar os direitos alheios, tendo a indenização o caráter preventivo como forma de educá-lo a viver em sociedade, tornando uma pessoa responsável na produção de seus atos.

A idéia de indenização com caráter preventivo anda de mãos dadas à noção de caráter punitivo, sendo muitas vezes confundido com ele. Contudo, ainda que as idéias estejam próximas uma da outra, configuram-se em aspectos distintos da indenização.

O efeito punitivo não é suficiente para desestimular o cometimento de novos danos pelo ofensor, juntamente deve a indenização deve trazer em seu bojo o caráter preventivo, configurando, como já dito, em duas funções distintas da indenização:

“(...) somente a função punitiva não é capaz de consolidar a idéia de

reeducação da pessoa lesionadora, em virtude de que, superada a fase de aplicação da pena, e tendo ela sido esquecida por aquele que delinuiu, certamente voltará a praticar novos atentados aos direitos dos outros. Daí por que a função presente na teoria do valor do desestímulo do espírito lesivo do agente, exerce papel de relativa importância nos futuros atos que venham a ser praticados pelo ofensor no meio social.⁴⁶

Ocorre confusão entre os conceitos pois o efeito preventivo somente será alcançado na exata medida em que o valor a que for condenado o ofensor a pagar seja relevante para ele e dessa forma a punição também será eficaz.

O ofensor, não possuindo a noção de que a ninguém deve lesionar, deve ser educado para que passe a respeitar direitos alheios. Assim, ao ser retirado de seu patrimônio quantia a este significativa estará sendo punido e ao ser punido também estará sendo orientado da maneira correta a se agir em sociedade. Veja-se :

“Insista-se, ainda, no efeito preventivo que a jurisprudência procura atribuir à indenização pecuniária, como modelo pedagógica de sanção. Nessa direção, alinham-se também alguns autores, na explicitação da dupla função da responsabilidade civil, qual seja, punitiva e ressarcitória. A punição conferida mediante imposição do dever de indenizar tem efeito pedagógico, de alertar a coletividade acerca da sanção.”⁴⁷

Cabe ainda ressaltar que o efeito preventivo da indenização tem duas facetas, ou seja, ele age em duas vertentes, eis que tanto para o ofensor quanto para sociedade a perspectiva de uma sanção àqueles que provocam danos a outrem, tem a função de desestimular o cometimento de novos atos ilícitos.

A função preventiva da indenização age sobre o ofensor, instruindo-o como agir em sociedade segundo o princípio do *neminem laedere*, assim como provoca tal efeito em toda sociedade mostrando que quem provoca dano não fica imune, orientando-a a não cometer ilícitos sob pena de também ser punida. Assim, educa a sociedade como um todo ao responsabilizar civilmente o ofensor:

“Apresentando-se como um lenitivo ou sucedâneo da lesão moral, funcionando a título de compensação da vítima, impende, igualmente que o ressarcimento em dinheiro revele uma punição, um castigo, ou pena privada ao ofensor, de modo a desestimular comportamentos danosos através da exemplaridade.”⁴⁸

Assim, a indenização condizente com o dano provocado age como desestímulo ao ofensor e a sociedade, para que estes não cometam novos ilícitos, contudo só terá esse efeito caso o valor arbitrado seja relevante ao ofensor.

⁴⁶REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pg. 162.

⁴⁷WINTER, Marilena Indira. Direito e Prevenção: Uma Reelaboração Teórica na Reparação do Dano Moral, pg. 127.

⁴⁸JUNIOR, Ronald A.Sharp. Dano Moral. Rio de Janeiro: Destaque, 1998, pg. 27.

De outro modo uma indenização meramente simbólica, que não tenha impacto sobre o patrimônio do ofensor, demonstrará ao mesmo e para a sociedade que quem prejudica a outrem não é punido, dando chance a barbárie, estimulando-os a causar danos morais às pessoas.

Por fim, importa transcrever os ensinamentos de Clayton Reis:

“Todavia, conforme já observamos, não resta a menor dúvida de que a condenação indenizatória, quando equivalente, concorre grandemente para gerar desestímulo no espírito do lesionador, fator que atua em sentido oposto à sua pretensão de produzir novos atos atentatórios a outrem.

Dessa forma, os efeitos da ação indenizatória são multifacetários, atuando na esfera individual da vítima e do lesionador, tanto quanto no plano social, produzindo os resultados educativos presentes na dissuasão e prevenção da ação jurídica”⁴⁹.

Conclui-se, portanto, que a indenização possui não somente caráter compensatório e punitivo, mas também preventivo, havendo submissão do patrimônio do lesionador em favor de que ao ser condenado a pagar indenização haja também, sob o prisma moral, a prevenção de atentados aos direitos morais.

4.2 DO CARÁTER COMPENSATÓRIO

O princípio basilar da responsabilidade civil corresponde no ressarcimento integral e sempre que possível o retorno da situação como ela se encontrava antes do dano, ou seja, reparação *in natura*, contudo quando se trata de danos morais, verifica-se a impossibilidade de retorno ao *status quo ante*.

Os danos materiais são plenamente indenizáveis mediante o equivalente pecuniário, de modo a satisfazer por completo a vítima e reconstituir os danos sofridos.

Já quando se trata de dano moral, se verifica a impossibilidade de fazer o mesmo. Não é possível reconstituir a situação anterior ao sofrimento de danos morais.

Busca-se, de um lado, atribuir à vítima uma importância em dinheiro para que ela possa amenizar seu sofrimento adquirindo bens ou permitindo a fruição de outras utilidades que ajudem a aplacar o seu sofrimento. O dinheiro funciona como um lenitivo ou um sucedâneo de lesão moral, já que se mostra impossível o retorno da situação original nessa espécie de dano.⁵⁰

Tampouco é possível realizar equivalência entre os danos morais e a

⁴⁹REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pg. 164.

⁵⁰SHARP JUNIOR, Ronald A. Dano Moral. Rio de Janeiro: Destaque, 1998, pg. 13.

indenização a ser recebida:

“(…) enquanto no dano patrimonial o dinheiro assume preponderante função de equivalência, ou seja, com alguma exatidão cumpre o objetivo da responsabilidade civil que é o de restabelecer o patrimônio afetado, no *dano moral* o dinheiro serve a fim distinto. Jamais será o equivalente do dano, mas terá como fundamento a satisfação, a compensação para a vítima.”⁵¹

Assim, ante a natureza distinta dos danos materiais e morais, a teoria ressarcitória, que fundamenta a responsabilidade civil, dá lugar à teoria compensatória.

Na teoria ressarcitória ou reparação integral busca-se o equivalente pecuniário aos danos sofridos, contudo não há como realizar a simples substituição de pecúnia por danos morais. Não há como fazer essa correlação, assim, em vez de se buscar a simples troca, ao realizar a reparação por danos morais, estabelece-se a relação entre a indenização a ser recebida e alegrias que estas poderão proporcionar ao ofendido, de modo a amenizar a dor sofrida.

Aí está o fundamento da teoria compensatória, ou seja, ela não objetiva a substituição do bem lesado por pecúnia, pois em se tratando de danos morais isto não é possível. A teoria compensatória determina que a indenização proporcione felicidade a ser experimentada pelo ofendido que estabeleça contrapeso à sensação negativa quando da incidência da lesão.

A indenização do dano moral puro se faz, à evidência, pela fixação de uma quantia em dinheiro que tem a finalidade, ou seja, a função satisfatória para a vítima, como forma de se ver lenida a dor sofrida, mercê da violação de sua moral, já tendo decidido que se a dor não tem preço a sua atenuação tem (RSTJ45/143).⁵²

Contudo, ante a sua natureza, a teoria compensatória é regida pelo princípio da equivalência relativa, vez que não é possível estabelecer a exata correlação entre a indenização, alegrias que trará e diminuição de sofrimento.

Não é possível estabelecer o exato equivalente pecuniário porque o dinheiro não repara os danos morais, não há como eliminar os danos sentidos, somente é possível diminuir seus efeitos ao proporcionar ao ofendido sensações agradáveis que compensem o sofrimento vivenciado.

Assim, a teoria compensatória objetiva que a indenização possa proporcionar ao ofendido momentos de felicidade que contrapesem com o sofrer vivido, não tendo a pretensão de estabelecer a correspondência exata com a

⁵¹SANTOS, Antonio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 3ª edição revista, atualizada e ampliada, 2ª tiragem. São Paulo: Método, 2001, pg. 173.

⁵²PARIZATTO, João Roberto, *Dano moral*. Edipa, 1998, pg. 6/7.

extensão do dano, pois isto não é possível, busca a reparação dos danos morais a equivalência relativa entre os danos sofridos e a indenização. Cabe colacionar ensinamento de Clayton Reis :

“Observamos, nesse caso, que a indenização, a par de sua função satisfação, atenta para a finalidade fundamental da teoria da responsabilidade, consistente na observância ao princípio da equivalência. Daí por que, se deve proceder à necessária medição entre o dano e a indenização para se estabelecer a sua extensão e o valor por equivalência relativa.”⁵³

Há, ainda, parte da doutrina que afirma que o princípio da equivalência não é mais aplicável colocando em seu lugar a teoria satisfatória, veja a lição de Cahali:

“Mas essa colocação encontra-se de há muito superada pela melhor doutrina, pois o princípio da equivalência na reparação do dano moral (que, inclusive, conduziria à sua inadmissibilidade) está de todo abandonado.”⁵⁴

Assim, diante da impossibilidade de realizar equivalência o que se busca é que a indenização por danos morais tenha uma função satisfatória:

Reparar um dano nem sempre significa refazer ou repor o que foi destruído, o que, no caso dos danos morais, seria impossível. Porém significa também oferecer à vítima satisfações equivalentes àquelas que lhe foram subtraídas. O dinheiro, portanto, não exerce a mesma função na reparação dos danos morais do que aquela cumprida em relação aos danos materiais. Aqui, cumpre a função de equivalência entre o dano e a reparação. Lá, a função não é de equivalência, mas de compensação ou satisfação a quem foi injustamente ferido em seus sentimentos ou afeições.⁵⁵

Contudo, independente de se usar o pressuposto da equivalência relativa ao se afirmar que a indenização é compensatória ou afirmar que indenização por dano morais tem caráter satisfativo, fato é, que a indenização por danos morais não alcança correspondência exata com a extensão do dano, corolário legal para o arbitramento de indenização de danos.

Não importa qual corrente doutrinária for utilizada como fundamento para reparação dos danos morais, ou mesmo que se confundam as duas, como boa parte da doutrina o faz, o foco principal é que não há correspondência exata entre a indenização e a lesão provocada. A indenização por danos morais não pode ser arbitrada utilizando-se o critério da extensão do dano, pois mesurá-la é muito difícil, assim como estabelecer o quantum necessário a reparar o dano.

A inexactidão entre a indenização a ser recebida e os danos morais sofridos

⁵³REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pg. 187.

⁵⁴CAHALI, Yusef Said. Dano Moral. 3 ed. São Paulo: RT, 2005, pg. 42.

⁵⁵WINTER, Marilena Indira. Direito e Prevenção: Uma Reelaboração Teórica na Reparação do Dano Moral, 2001, pg.117.

está intrínseca a idéia de reparação de danos morais. Não havendo como se desvencilhar do subjetivismo e ausência de precisa correspondência entre indenização e dano.

4.3 Do Caráter Punitivo

Primeiramente se faz necessário distinguir a teoria “punitive damages” e teoria do valor desestímulo. A primeira também conhecida como danos punitivos teve origem nos Estados Unidos e consiste na estipulação de um valor a ser pago como punição pelos danos efetuados. Nela, primeiro “fixa-se o montante compensatório e depois estabelece-se o ‘dano punitivo’”⁵⁶, o qual é arbitrado por um júri popular. Ou seja, os “punitive damages” são arbitrados em separado da quantia considerada para compensação dos danos.

Portanto, nos Estados Unidos há duas indenizações diferentes, a primeira com viés compensatório e a segunda com fim de punir o ofensor, sendo a segunda normalmente arbitrada em valores altíssimos.

Já a teoria do valor desestímulo, a qual é adotada no Brasil, tem função educativa e não visa à vingança privada, consiste em arbitrar a indenização de tal forma que seja compensatória, mas também represente alguma perda efetiva no patrimônio do agressor, ou seja, a mesma indenização utilizada para fins diferentes.

Ao contrário da *punitive damages*, na qual a indenização é composta de dois valores, um visando compensar e outro punir.

A aplicação da teoria do valor desestímulo significar embutir na indenização esse viés punitivo, ou seja, no Brasil, o caráter punitivo é somado ao compensatório e ao preventivo de forma que utilizados em conjunto servem de parâmetros para estabelecer a indenização por danos morais.

A utilização desses critérios é corriqueira na jurisprudência, principalmente há constante referência ao “binômio compensação-punição”, incluindo o efeito preventivo dentro do caráter punitivo da indenização.

Contudo, juntamente ao caráter punitivo e preventivo, também deve se ter em vista que a indenização por danos morais não deve representar enriquecimento ilícito do lesionado. Pois ao mesmo tempo em que a indenização deve representar

⁵⁶OLIVEIRA JR., Osny Claro. O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro, pg. 3.

uma punição ao ofensor e que essa quantia seja suficiente para educá-lo e à sociedade, ela deve ter correspondência com o dano sofrido, sob pena de ou indenizar a mais ou a menos o ofendido.

O caráter punitivo não é bem aceito por boa parte da doutrina brasileira. Utilizam o argumento, em especial a autora Maria Celina Bodin de Moraes, de que o efeito punitivo não estaria de acordo com o princípio da responsabilidade civil, qual seja que a indenização se mede pela extensão do dano e que a utilização da indenização como sanção violaria o princípio da legalidade, face a ausência de lei que a autorize.

Assim, o fundamento para rejeição do caráter punitivo é que não poderia haver parcela destinada a punir o ofensor, pois, não está autorizado pelo ordenamento que a indenização tenha tal função.

Há autores, ainda, que defendem que a quantia correspondente a parcela punitiva resultaria no enriquecimento ilícito do ofendido, eis que estaria recebendo indenização além da quantia referente a compensação dos danos sofridos.

WINTER, por outro lado, justifica o caráter punitivo justamente traçando um paralelo com o direito penal em face da peculiaridade dos danos morais, afirmando que:

“A separação entre Estado e sociedade e entre o Direito Público e Privado marcou com bastante clareza uma função predominantemente ressarcitória da responsabilidade civil, reservando a punição ao Direito Penal, segundo a construção do conceito privado de dano, advindo da separação entre a função penal (punitiva) da função civil (reparatória) do Direito. A indenização como instrumento de compensação do dano moral responde a uma necessidade particular de realização apaziguadora de justiça e garantia de segurança jurídica. A compensação do dano moral por intermédio da indenização pecuniária repousa no caso concreto mediante a condenação do responsável. Tal função atende à relação do indivíduo com o Estado, mas não se dirige diretamente à substituição do bem lesado, cuja natureza não comporta relação de equivalência econômica, portanto, não pode ser restituído, mas apenas substituído. Tal constatação remete ao reconhecimento de uma função punitiva da responsabilidade civil.⁵⁷”

Para Clayton Reis, o caráter punitivo nas indenizações não estaria autorizado no nosso ordenamento jurídico, visto que não se trata de direito público e que a única cumulação autorizada seria danos materiais com danos morais.

⁵⁷WINTER, Marilena Indira. Direito e Prevenção: Uma Reelaboração Teórica na Reparação do Dano Moral, 2001, pg. 81/82.

Contudo o mesmo autor admite que “excluir o sentido punitivo no ordenamento será uma tarefa quase impossível”.

Ademais, como ensina Antonio Jeová Santos, o grande erro seria considerar a indenização como uma pena civil, vez que no sistema adotado no Brasil, parte da quantia da indenização servirá como alerta ao ofensor e terá caráter pedagógico.

Por fim, para Humberto Theodoro Jr., o caráter repressivo deve ser recorrido a título de critério secundário, sob pena de imprimir caráter de direito penal às indenizações. No mesmo sentido a opinião de Sérgio Severo:

“O elemento punitivo é perfeitamente admissível na esfera da responsabilidade civil, conforme recomenda Tunc, porém deve-se ter presente que a noção de pena privada não prepondera na totalidade dos danos extrapatrimoniais.

Portanto, apesar de exercer influências sobre a satisfação, a pena privada não tem o condão de sintetizar o seu fundamento.⁵⁸”

Conclui-se que, atualmente, o caráter punitivo é adotado no Brasil a despeito das discussões doutrinárias, sendo um dos elementos importantes para estipulação do *quantum* indenizatório, estando muito presente na jurisprudência brasileira.

4.4. CONSIDERAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS PESSOAIS DO OFENSOR E DO OFENDIDO COMO CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

Na avaliação do quantum indenizatório, é necessário considerar as características pessoais do ofensor e do ofendido, por dois motivos distintos, quais sejam, as pessoas sofrem e dão valor a determinados acontecimentos da vida de forma distinta e uma mesma quantia de dinheiro a título de indenização por dano moral reflete de maneira diferente na vida do ofendido conforme suas características pessoais.

Como já dito, as pessoas são abaladas e acometidas por diversos graus de tristeza. Dependendo da educação, do contexto social em que vive, dos valores que o ofendido traz consigo, o mesmo fato dá origem a sentimentos diferentes e principalmente, graus de sofrimento diferentes. As pessoas são afetadas de maneira diferente, inclusive pelo mesmo fato:

⁵⁸ SEVERO, Sérgio. Os danos patrimoniais. São Paulo: Saraiva, 1996, pg.185.

Fijar la indemnización constituye um acto complejo, pues em lo profundo la entidad del dano tiene um carácter estrictamente singular. No todas las personas reaccionam igual frente a los mismos acontecimientos.⁵⁹

É certo que uma cicatriz no rosto causa sofrimento a qualquer pessoa, mas uma adolescente e uma mulher lidaram de forma diferente com a situação, pois a maturidade traz consigo o poder de lidar com mudanças no corpo com mais tranqüilidade.

Por outro lado, a mesma cicatriz numa mulher madura, que foi educada de forma a sempre cultivar a beleza e tê-la como significativo em sua vida, pode causar mais sofrimento ainda.

Da mesma forma, que as indenizações devidas a pessoas que tenham tido seus nomes inscritos no Serasa deverão ser distintas se uma delas é devedora habitual e já teve seu nome incluído (devidamente) em cadastros de restrição de crédito anteriormente e outra não.

Verifica-se que o arbitramento do dano moral está umbilicalmente ligado a análise do caso concreto. Há de se considerar que, “os indivíduos não são iguais e possuem experiências de vida distintas, fazendo com que duas pessoas recebam determinado fato de maneiras diferentes. O que é ofensivo para um, pode não ser para outro⁶⁰”. Portanto, as pessoas são diferentes, sofrem de maneira diferente, analisando-se as características pessoais do ofendido visa-se a melhor avaliação dos danos sofridos.

Contudo, as características pessoais não são importantes somente para avaliação dos danos, mas também para a avaliação do valor a ser indenizado.

Assim, uma indenização pequena a uma criança ou vultosa a um idoso não serve a seu propósito, visto que ao primeiro ela será insuficiente e o idoso não terá tempo de vida para usufruí-la e restando-a a seus herdeiros, contudo estes não foram os ofendidos e dela não deveriam usufruir.

Considerar as características do agredido e do agressor é a posição tomada normalmente por nossos tribunais, contudo há discussões fortes acerca do tema, principalmente quando estão a se considerar as condições econômicas e sociais do ofensor e ofendido.

Há quem alegue ofensa ao princípio da igualdade, consistindo em prática

⁵⁹DARAY, Hernán. Daño Psicológico Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, pg. 55.

⁶⁰CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de Carvalho. Indenização por danos morais- quantum. Revista de Direito Privado n.º17. jan- mar de 2004. RT: São Paulo, 2004, pg. 154.

discriminatória a consideração do poder aquisitivo dos litigantes.

Clayton Reis alude acerca das indenizações reduzidas em face de baixa renda do ofendido afirmando serem os mais humildes aqueles que de uma maneira em geral sofrem mais, contudo se desprezado esse critério deixar-se-ia espaço livre para o enriquecimento ilícito.

Também se faz necessário a consideração das condições econômicas das partes porque determinada quantia de dinheiro significa possibilitar situações que proporcionem alegrias distintas conforme padrão de vida do ofendido, de forma a compensar com alegrias o sofrimento.

A não utilização da posição econômica e social do ofendido como parâmetro resultará invariavelmente em indenizações que não atendam ao caráter compensatório da indenização. Seja por não proporcionar as alegrias proporcionais à compensação dos danos ou causar enriquecimento ilícito.

As duas posições, sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, estarão sob análise, de maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro.⁶¹

Da mesma forma, só haverá atendimento às funções preventiva e punitiva se houver consideração da capacidade econômica do ofensor. A indenização deve ser relevante ao agressor, significar perda patrimonial, de forma que este seja punido e aprenda a conviver em sociedade, restaurando, assim, o equilíbrio da ordem social.

Assim, verifica-se que a análise das características pessoais das partes, inclusive econômica, é necessária ao arbitramento correto da indenização por danos morais.

4.5 PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são frequentemente invocados como critérios norteadores para estipulação dos danos morais, principalmente na jurisprudência pátria.

O valor da indenização sempre deve guardar proporção com o dano sofrido, com a conduta do ofensor, bem como as características pessoais do ofensor e ofendido. Sendo indispensável “preservar o princípio da proporcionalidade da

⁶¹THEODORO JR., Humberto. *Dano Moral*. 4ª ed atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pg. 43.

sanção de acordo com a relevância e significação dos efeitos deletérios da lesão na esfera extrapatrimonial do lesado”⁶².

Da mesma forma, preza-se para que a indenização seja razoável, de forma a compensar a vítima da forma mais completa possível, sem que a indenização traga seu enriquecimento ilícito, de forma a não se incorrer em indenizações exorbitantes e nem ínfimas. Veja-se a lição de Brandão:

A razoabilidade é um princípio, adotado como um critério não muito evidente, mas com certeza bastante ativo nas decisões judiciais, consagrou-se nos tribunais, através de reformas das decisões monocráticas consideradas incoerentes e demasiadamente excessivas em suas condenações, de forma a ser bastante levado em consideração, mesmo que implicitamente, no arbitramento do valor a ser pago pelo ofensor nas demandas de indenização por danos morais..⁶³

A utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para o arbitramento da indenização por dano moral é de extrema relevância, devendo o julgador ter como foco o atendimento a estes princípios.

4.6 O ARBÍTRIO DO JULGADOR

A existência de critérios para estipulação da indenização por danos morais não dispensa o bom arbítrio do julgador, o qual deverá colocar-se no lugar do ofendido de forma a auferir a indenização que será capaz de compensá-lo. Também ante ao caráter abstrato dos critérios que norteiam esse julgamento o papel do magistrado assume grande importância. Conforme ensina Humberto Theodoro Jr.⁶⁴, a fixação do quantum com que se reparará a dor moral ato indelegável e exclusivo do juiz, vez que a estipulação da indenização está fundada no bom senso e equidade.

Assim, tem-se que o arbítrio do julgador está incluído na avaliação do *quantum* indenizatório ante as características peculiares dos danos morais. Não é possível dissociar o arbitramento do julgador da indenização por danos morais, principalmente porque é o juiz que terá contato com as partes e poderá ver em seus semblantes o reflexo da conduta danosa.

⁶²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios para a Fixação da Reparação do Dano Moral. Grandes temas da atualidade: Dano Moral. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pg. 236.

⁶³ BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. Dano Moral: valoração do quantum e razoabilidade objetiva. Revista de Direito Privado n.º25. jan- mar de 2006. RT: São Paulo, 2006.

⁶⁴ THEODORO JR., Humberto. Dano Moral. 4ª ed atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pg. 41.

“É preponderante, na reparação dos danos morais, o papel do juiz. A ele, a seu prudente arbítrio, compete medir as circunstâncias, ponderar os elementos probatórios, inclinar-se sobre as almas e perscrutar as coincidências em busca da verdade, separando sempre o joio do trigo, lícito do ilícito, moral do imoral, as aspirações justas das miragens do lucro.”⁶⁵

É imprescindível que a indenização por danos morais seja avaliada caso a caso e isto só poderá ser feito pelo magistrado. Veja trecho da decisão monocrática Dês. José Sebastião Fagundes Cunha do TJPR⁶⁶:

Portanto, a penosa missão de tarifar o dano moral é da exclusiva responsabilidade do juiz que deve atuar em face do caso concreto, com moderação e prudência, não perdendo de vista que a indenização, como já salientado, deve ser a mais completa possível, mas sem tornar-se fonte de lucro, caracterizando enriquecimento excessivo.

Importa ressaltar a lição de Valle quando afirma que o arbítrio do julgador é preferível ao do legislador, vez que a decisão do primeiro ainda está sujeita a revisão, enquanto que aprovado texto legislativo, este incide de forma impositiva. Ressaltando que o magistrado, por estar mais próximo das partes possui mais meios de avaliar os danos de forma atentar com as circunstâncias que o norteiam.

5. ASPECTOS DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência brasileira, acompanhando a doutrina, vem se utilizando dos critérios tratados no capítulo anterior para estipulação do *quantum* indenizatório e embasamento dos acórdãos.

Como já exposto, quando se trata de indenização por danos morais a teoria ressarcitória dá lugar à teoria compensatória/satisfatória. Encontra-se, portanto, superada a discussão sobre impossibilidade do retorno ao *status quo ante*, não havendo dúvida sobre o caráter compensatório da indenização por danos morais.

É farta a jurisprudência que faz alusão a impossibilidade de reparar a dor sofrida, proporcionando apenas uma compensação/satisfação ao ofendido, veja-se⁶⁷:

⁶⁵ SILVA, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação. Ed. Forense, 1983, pg. 630/631.

⁶⁶ TJPR Processo: 0399878-7. 8ª Câmara Cível. Dês. José Sebastião Fagundes Cunha. 28/07/2008. DJ: 7675.

⁶⁷ No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DECISÃO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. PEDIDO GENÉRICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 07/STJ. (...) 6. A indenização por dano imaterial, como a dor, a tristeza ou a humilhação sofridas pela vítima, mercê de valores inapreciáveis economicamente, não impede que se fixe um quantum compensatório, com o intuito de suavizar o

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE AS TESES CONFRONTADAS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. INTOXICAÇÃO POR AGROTÓXICOS/INSETICIDAS. MORTE DE SERVIDORA FEDERAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO AJUIZADA PELAS FILHAS DA FALECIDA. DANO MATERIAL. DESPESAS COM FUNERAL QUE EXCEDEM O VALOR RECEBIDO A TÍTULO DE AUXÍLIO-FUNERAL. PENSÃO CIVIL. CUMULAÇÃO COM A PENSÃO ESTATUTÁRIA. DANO MORAL. ARBITRAMENTO. REDUÇÃO. (...)

6. Em sede de dano imaterial, impõe-se destacar que a indenização não visa reparar a dor, a tristeza ou a humilhação sofridas pela vítima, haja vista serem valores inapreciáveis, o que não impede que se fixe um valor compensatório, com o intuito de suavizar o respectivo dano.(...)

(STJ. REsp 742175, Rel. Ministro Luiz Fux, T1- Primeira Turma, julgado em 18/10/2005, DJ 06.02.2006 p. 210)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. LESÃO INCAPACITANTE PARA O SERVIÇO ATIVO. NEXO DE CAUSALIDADE COM AS ATIVIDADES CASTRENSES. REFORMA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO DO VALOR. POSSIBILIDADE. (...)

4. A indenização, em caso de danos morais, não visa reparar, no sentido literal, a dor, a alegria, a honra, a tristeza ou a humilhação; são valores inestimáveis, mas isso não impede que seja precisado um valor compensatório, que amenize o respectivo dano, com base em alguns elementos como a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima, sua situação familiar e social, a gravidade da falta, ou mesmo a condição econômica das partes. (...)

(STJ. REsp 239973 / RN, Rel. Ministro Edson Vidigal, T5, julgado em 16/05/2000, DJ 12.06.2000 p. 129 JSTJ vol. 18 p. 341)

O caráter compensatório da indenização por dano moral, como visto, é o critério principal que norteia o arbitramento do *quantum*.

A função primeira da responsabilidade civil é a indenização da vítima. Contudo, ante a natureza peculiar da indenização por danos morais, comumente utiliza-se também do caráter preventivo e punitivo. Busca-se que a indenização seja capaz de abarcar essas três funções⁶⁸.

respectivo dano. 7. O quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade 8. O valor da indenização por danos morais é passível de revisão pelo STJ quando este se configure irrisório ou exorbitante, sem que isso, implique análise de matéria fática (Precedentes: AgRg no AG 624351/RJ, 4ª Turma, Ministro Relator Jorge Scartezini, DJU 28/02/2005; RESP 604801/RS, 2ª Turma, Ministra Relatora Eliana Calmon, DJU 07/03/2005; RESP 466969 / RN ; deste relator, DJ de 05.05.2003; AGRESP 324130, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4ª Turma, DJ de 04/02/2002; RESP 418502 / SP ; deste relator, DJ de 30.09.2002; RESP 331279/CE, deste relator, DJ de 03/06/2002. (...)) (REsp 693172/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23.08.2005, DJ 12.09.2005 p. 233.

⁶⁸ TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AJUIZAMENTO INDEVIDO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. DANO MORAL.

Ao realizar a quantificação da *pretium doloris* se deseja que a indenização tenha efeito compensatório em relação ao ofendido, punitivo em relação ao ofensor e preventivo em relação ao ofensor e sociedade. A indenização cumpre o seu papel ao atingir esses três objetivos.

Da análise da jurisprudência verifica-se de forma corriqueira, a utilização do caráter punitivo⁶⁹, mas, por óbvio, juntamente com o caráter compensatório.

O caráter preventivo também é frequentemente citado pela jurisprudência, contudo, normalmente há confusão entre os conceitos do caráter punitivo e preventivo da indenização, sendo entendido que o caráter preventivo estaria embutido no caráter punitivo.

Porém, a despeito de se considerar o caráter preventivo como parte do punitivo, importa ressaltar a verificação de sua aplicação na jurisprudência nacional.

Da análise da jurisprudência é a clara predominância da utilização dos critérios preventivo, punitivo e compensatório para estipulação do *quantum* indenizatório, utilizando-se deles de maneira conjunta, de forma que a indenização alcance os três efeitos propostos.

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – PERDA DE FUNDÃO DO BRAÇO – CIRURGIA MAL SUCEDIDA EM HOSPITAL PÚBLICO – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. (...) (STJ.REsp 696.850/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.12.2005, DJ 19.12.2005 p. 349)

CIVIL. DANOS MORAIS. CEF. INDENIZAÇÃO. INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. QUANTIFICAÇÃO DO DANO: PEDIDO GENÉRICO E CRITÉRIOS

CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. REDUÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO FIXADO NA SENTENÇA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO ADESIVA: PRETENDIDA MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. NÃO CABIMENTO. VALOR CORRETAMENTE FIXADO. RECURSO NÃO PROVIDO. - O valor da indenização por danos morais deve ser fixado com razoabilidade, levando-se em conta o seu caráter reparatório, punitivo e compensatório.

⁶⁹ APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITOS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SOLICITAÇÃO DE CANCELAMENTO DE LINHA TELEFÔNICA - INCLUSÃO DADOS DO AUTOR EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO - DANO MORAL CARACTERIZADO - INDENIZAÇÃO - SENTENÇA CONFIRMADA - DESPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS (...)O quantum indenizatório deve ser fixado atendendo ao princípio da razoabilidade, na proporção do dano sofrido, tendo caráter reparatório e compensatório em relação a vítima, e inibitório e punitivo em relação ao autor do dano, devendo estes princípios serem sopesados pelo julgador de forma a ajustar o valor indenizatório ao caso concreto. (TJPR - 12ª C.Cível - AC 0470312-4 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Costa Barros - Unânime - J. 25.06.2008)

DE ARBITRAGEM. (...)

O arbitramento do quantum indenizatório, a seu turno, deverá ser feito com moderação, proporcionalidade ao grau de culpa e ao nível sócio-econômico dos autores, atentando-se às peculiaridades de cada caso e ao princípio da razoabilidade.

- A indenização por danos morais possui caráter dúplice, tanto compensatório da vítima, quando punitivo e pedagógico do ponto de vista do ofensor, no sentido de prevenir a repetição de situações semelhantes no futuro. (...)

(TRF2. AC – 294764. Rel. Dês. Vera Lucia Lima Quinta Turma Especializada. Data:17/03/2005)

CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DENUNCIAÇÃO À LIDE. INDENIZAÇÃO.(...)

- No que diz respeito à quantificação do dano moral, a indenização deve levar em consideração as circunstâncias e peculiaridades do caso, as condições econômicas das partes, a menor ou maior compreensão do ilícito, a repercussão do fato e a eventual participação do ofendido para configuração do evento danoso. Assume, ainda, o caráter pedagógico, devendo ser arbitrada em valor que represente punição ao infrator, suficiente a desestimulá-lo à prática de novas condutas ilícitas. Por outro lado, deve observar certa moderação, a fim de evitar a perspectiva de lucro fácil.

(TRF4. AC – 200371020049346. Rel. Dês. Vânia Hack de Almeida. Terceira Turma. Data: 16/10/2007)

Portanto, da análise da jurisprudência verifica-se que há uma fusão dos critérios compensatório, punitivo e preventivo. Contudo, os princípios da proporcionalidade e racionalidade, bem como a análise das características das partes são elementos a ser considerados para estipulação do quantum indenizatório.

Tais elementos são auxiliares na busca da concreção do caráter compensatório, punitivo e preventivo. Não estão no foco principal, mas vêm ajudar na aplicação dos referidos efeitos.

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO - CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - EXTRA CONTRATUAL – ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – CONTAMINAÇÃO POR HEMOTERAPIA - AIDS - MORTE - REPARAÇÃO POR DANO MORAL - PATOLOGIA -HEMOFILIA GRAVE. (...)

- Para a quantificação do dano moral deve-se levar em conta a condição social das partes, a gravidade da lesão, o caráter punitivo para o agente e a natureza compensatória da condenação para a vítima, não podendo ser fonte de locupletamento;

- É vedada a vinculação do montante reparatório ao salário mínimo, conforme jurisprudência pacífica do Eg. STJ.

(TRF2. AC – 294676. Rel. Dês. Paulo Espírito Santo. Segunda Turma. Data: 25/06/2003)

Tem-se que é indissociável do efeito punitivo a análise econômica e social. Somente tomando em consideração as características econômicas e sociais do

ofensor é possível saber se a indenização será significativa para o ofensor e surtirá os efeitos desejados. De outra forma, não considerando tais características, corre-se o risco que a indenização possa levar o ofensor a miséria ou ser insignificante.

Da mesma maneira, a indenização refletirá em efetiva compensação ao ofendido somente se for considerada a sua condição econômica, social, nível cultural e idade. É necessário ter em foco quem será atingido para alcance do efeito compensatório.

As pessoas reagem de forma diferente, por esse motivo o arbitramento da indenização por danos morais já é um ato complexo. Assim, considerando as características da pessoa é possível avaliar o que será relevante para ela, de outra forma, não é possível compensar a dor sofrida. Ao desconsiderar a importância das características pessoais é provável que a indenização ou peque por ser excessiva e representar enriquecimento ilícito ou seja irrisória.

Assim, as características das partes vêm a ajudar na concretização dos demais efeitos, visando estabelecer indenização que compense sem que resulte em enriquecimento ilícito.

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL. INCAPACIDADE TOTAL.

ART. 1539, CÓDIGO CIVIL. PENSÃO INDENIZATÓRIA CORRESPONDENTE A TOTALIDADE DOS GANHOS DA VÍTIMA. DANO MORAL. QUANTUM. CONTROLE PELA INSTÂNCIA ESPECIAL. POSSIBILIDADE. VALOR REDUZIDO. CASO CONCRETO. MAJORAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. (...)

II - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. (...)

(STJ. REsp 240.441/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 25.04.2000, DJ 05.06.2000 p. 172)

Nesse contexto importa ressaltar o papel dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade pois estes reafirmam o equilíbrio buscado pela indenização. Busca-se que a indenização seja proporcional as condições econômicas das partes e condizente com o dano sofrido (não guardando exata proporção ante impossibilidade, tendo em vista a natureza dos danos morais,

conforme já abordado).

Também a indenização deve ser razoável não provocando enriquecimento ilícito, não levando nenhuma das partes a miséria, mas também não deve ser irrisória.

Em suma, utiliza-se dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade visando a complementação do caráter compensatório, punitivo e preventivo⁷⁰.

Frisa-se que o STJ utiliza o cumprimento ou não dos mencionados princípios como critério para modificar o *quantum* indenizatório, ressaltando a necessidade de que a indenização os tenha como parâmetro.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TIROTEIO ENTRE POLICIAL MILITAR E ASSALTANTE. MORTE DE MENOR. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 159, DO CC/1916, E 186 E 927 DO CC/2002. NÃO-OCORRÊNCIA. PENSÃO MENSAL: 2/3 DO SALÁRIO MÍNIMO, ATÉ OS 24 ANOS COMPLETOS, REDUZIDA PARA 1/3 A PARTIR DOS 25 ANOS, ATÉ A DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 65 ANOS. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. VALOR RAZOÁVEL (R\$ 50.000,00). MAJORAÇÃO NÃO-AUTORIZADA. PRECEDENTES. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO. (...)

2. Não é cabível, em regra, o exame da justiça do valor reparatório em sede de recurso especial, porquanto tal providência depende da reavaliação de fatos e provas (Súmula 7/STJ). Todavia, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que, no entanto, não se configurou na hipótese dos autos.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ. AgRg no Ag 921.676/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22.04.2008, DJe 05.05.2008)

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E MORAL. CONFIGURAÇÃO. SUCUMBÊNCIA. INVERSÃO. RECURSO PROVIDO.

I - A indenização por dano moral deve ser fixada em valor suficiente para amenizar o constrangimento e inconformismo experimentados pela parte lesada.

II - O dano moral, em nosso ordenamento, tem duplo caráter, compensatório e punitivo, devendo ser fixado tendo por base os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (...)

⁷⁰ AGRAVO REGIMENTAL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SPC. CABIMENTO. FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. (...) - O valor da indenização deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observado seu conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima. (STJ. AgRg no REsp 945.575/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 14.11.2007, DJ 28.11.2007 p. 220).

(TJPR - 9ª C.Cível - AC 0460608-2 - Ponta Grossa - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Antonio Ivair Reinaldin - Unânime - J. 10.04.2008)

Por fim cabe colacionar decisão memorável do TJPR a respeito da importância do papel do juiz no arbitramento da indenização por danos morais:

DIREITO CIVIL - CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - ATO ILÍCITO DA APELANTE - REPARAÇÃO CIVIL (ARTIGO 14 DO CDC) - DANOS MORAIS - OCORRÊNCIA PELO DISSABOR DE TER O NOME INCLUÍDO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES - PRESUNÇÃO FACTI - REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - IMPROCEDENTE - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE OBEDECIDAS - GRAU DE CULPA E EXTENSÃO DO DANO - INTELIGÊNCIA LEGAL DO ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...)

2. "Os critérios na fixação da indenização por dano moral devem ficar ao prudente arbítrio do julgador que, com seu subjetivismo e ponderação, encontrará sempre a melhor solução para cada caso. A reparação do dano moral deve ter um caráter punitivo e também um caráter compensatório. Assim, o seu arbitramento deve recair no arbitrium boni viri do julgador"

(TJPR - 10ª C.Cível - AC 0481003-7 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Juíza Subst. 2º G. Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes - Unânime - J. 19.06.2008)

Verifica-se do panorama jurisprudencial apresentado que os critérios abordados no presente trabalho são utilizados em conjunto para estipulação do *quantum* indenizatório.

Não há dúvidas sobre a predominância do caráter compensatório, punitivo e preventivo, especialmente o primeiro, mas os referidos critérios, utilizados em conjunto, são os parâmetros mais utilizados para estipulação das indenizações por dano moral.

Cabe ressaltar que o caráter compensatório, punitivo e preventivo se mostram como os mais relevantes justamente pois são os efeitos a que se pretende imprimir nas indenizações. Mas tal fato não exclui a importância da consideração das características das partes, da aplicação dos princípios razoabilidade e proporcionalidade e do bom arbítrio do juiz na estipulação do quantum indenizatório.

6. CONCLUSÃO

Após anos de divergência, a indenização do dano moral foi consagrada em nosso ordenamento e deparamo-nos cada vez de forma mais intensa com o problema da quantificação da indenização.

Atualmente, utilizam-se vários critérios para proceder à avaliação do quantum indenizatório.

Diante do caráter atentatório à personalidade do lesionado, os danos morais não têm como ser recuperados ou ressarcidos. Assim, tendo em vista que não há como desfazer o sofrimento, estabelecem-se meios de amenizar a dor sofrida, buscando proporcionar ao ofendido alegria que abata a tristeza vivenciada, compensando os danos morais sofridos.

No presente trabalho foram abordados os critérios mais comumente utilizados pelos magistrados e apontados pela doutrina.

Estes critérios são o caráter preventivo, compensatório e punitivo, critério da razoabilidade e da proporcionalidade, as características das partes e inclusive o arbítrio do juiz.

A utilização de vários desses critérios não é aceita de forma pacífica pela doutrina. Há críticas a respeito ao caráter punitivo, preventivo e a utilização das características das partes como parâmetro para estabelecimento da indenização do dano.

De forma em geral, boa parte dessa crítica parte de uma premissa incompatível com a responsabilização civil por danos morais.

A reparação civil busca o retorno ao *status quo ante*, o ressarcimento integral dos danos e assim a reparação ocorre tendo em vista a extensão dos danos. Contudo, ainda que este seja o mandamento legislativo, tal determinação não é aplicável aos danos morais.

Não há como determinar a extensão exata dos danos morais, tampouco substitui-se dinheiro por sofrimento vivido e mais, a indenização como não é capaz de ressarcir, deve compensar, e a avaliação do quanto de pecúnia é necessária para proporcionar momentos de alegrias que aplaquem a dor moral é também muito complexa.

Danos morais não podem ser avaliados e compensados como danos

materiais. A realidade é que não há no nosso ordenamento instrumentos que possibilitem indenização por danos morais.

Assim, ainda que defendam que o caráter punitivo e preventivo não tem previsão no nosso ordenamento jurídico e por isso não podem ser aplicados, o que nossa legislação nos oferece também não é suficiente.

Faz-se necessário conjugar os efeitos preventivo, punitivo e compensatório, pois é o conjunto que permite a plena reparação do ofendido: possibilitando indenização ao ofendido para que dela se utilize em busca de alegrias em contrapeso ao sofrimento vivido, punição ao ofensor visando que este não volte a lesar os direitos personalíssimos de outrem e o papel educador à sociedade e ao ofensor.

Acreditamos, ainda, ser imprescindível a utilização das características pessoais do ofensor e ofendido, isto se faz necessário em busca da concreção dos efeitos compensatórios, punitivo e preventivo da indenização.

Não é possível alcançá-los sem considerar as peculiaridades das partes. Além do caráter econômico e social, visto que determinada quantia de dinheiro reflete de maneira diferente conforme o poder financeiro e nível social da parte, a idade, profissão, valores também devem ser considerados.

Por exemplo, não há como negar que uma indenização de pequena monta a uma criança refletirá pouco em sua vida: o sofrimento pela morte de um ente querido, como pai e mãe, o acompanhará durante toda sua vida. Diferentemente de um idoso que perde um filho, este não disporá tanto tempo de vida para usufruir de uma indenização vultosa. Da mesma forma que, para alguém que tinha como hobby tocar determinado instrumento, futura surdez causará mais sofrimento do que a alguém que não se dedicasse a música como forma de lazer, acrescenta-se, assim, um fator a mais para indenização por danos morais.

Somente é possível compensar a dor de alguém quando sabemos o que é relevante para essa pessoa. Da mesma forma o ofensor somente será punido e terá sobre si incidido o efeito preventivo se souber o que é capaz de provocar tal efeito.

Portanto, a subjetividade do exame está implícita a idéia da avaliação do quantum indenizatório dos danos morais e é necessária para que as partes sejam realmente atingidas pela indenização, para que ela tenha efeito sobre as partes.

Assim, mesmo com a utilização dos critérios já apontados não há como desprezar a necessidade da análise caso a caso, e assim o arbítrio do julgador.

No mais, ainda que os nossos magistrados falhem e que se considere todo o transtorno que uma parcela de arbitrariedade possa gerar, face ao contexto, resta-nos confiar no bom senso dos juízes. A realidade é que o *quantum* necessário a compensar ou satisfazer o ofendido só pode ser estipulado conforme os fatos e pessoas envolvidas, não há na doutrina solução a este impasse, o caráter pessoal e particular dos danos morais ecoa na estipulação de sua indenização. No mais, há sempre a possibilidade do controle via recursal, o que mantém certos padrões razoáveis de indenizações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por Danos Morais**. 2.^a ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1994.

BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. **Dano Moral: valoração do quantum e razoabilidade objetiva**. Revista de Direito Privado n.º25. jan- mar de 2006. RT: São Paulo, 2006.

CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de Carvalho. **Indenização por danos morais-quantum**. Revista de Direito Privado n.º17. jan- mar de 2004. RT: São Paulo, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3 ed. São Paulo: RT, 2005

DARAY, Hernán. **Daño Psicológico**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, vol I e II, 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Critérios para a Fixação da Reparação do Dano Moral. Grandes temas da atitude: Dano Moral**. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GHERSI, Carlos Alberto. **Cuantificación econômica del dano**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, vol. 2: obrigações e responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: RT, 2004

MARINONI, Luiz Guilherme. **Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário**. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, n 35 (jan/mar 2005).

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano Moral, Dano Material e reparação**. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo LIII.** Rio de Janeiro. Borsoi: 1966.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de Responsabilidade Civil 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.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto. **Código Civil e Legislação em vigor.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 271.

OLIVEIRA JR., Osny Claro. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro.** <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547>. Acesso: 28/12/2006.

PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. **O profissional liberal e sua responsabilidade civil na prestação de serviços.** <http://jus2.uol.com.br/doutrina/txtto.asp?id=8574>. Acesso 05/09/2006

PARIZATTO, João Roberto, **Dano moral.** Edipa, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REIS, Clayton. **Dano Moral.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REMÉDIO, José Antonio. FREITAS, José Fernando Seifarth de. LOZANO JÚNIOR,

José Júlio. **Dano Moral: doutrina, jurisprudência e legislação.** São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável.** 3ª edição revista, atualizada e ampliada, 2ª tiragem. São Paulo: Método, 2001

SEVERO, Sérgio. **Os danos patrimoniais.** São Paulo: Saraiva, 1996

SHARP, Ronald A. Junior. **Dano Moral.** Rio de Janeiro: DESTAQUE, 1998. Pg. 9

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil.** 2 ed. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação.** Ed. Forense, 1983, pg. 630/631.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência** 3ed. São Paulo: RT, 1997.

SZANIAWSKI, Elimar. **Apontamentos Sobre o Princípio da Proporcionalidade-Igualdade.** Revista Trimestral de Direito Civil- v.5 (jan-mar, 2001). Rio de Janeiro: Padma, 2000.

THEODORO JR., Humberto. **Dano Moral.** 4ª ed atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

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

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005

WINTER, Marilena Indira. **Direito e Prevenção: Uma Reelaboração Teórica na Reparação do Dano Moral,** 2001. Tese de mestrado apresentada perante UFPR.