

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO**

RODRIGO QUEIROZ DE ARAÚJO

**Uma Análise da Quantificação do Dano Moral a Luz
da Jurisprudência do STJ**

**Marabá-PA
2014**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO**

RODRIGO QUEIROZ DE ARAÚJO

**Uma Análise da Quantificação do Dano Moral a Luz
da Jurisprudência do STJ**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado a Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará - UNIFESSPA, como parte das exigências para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora Prof. Ma Olinda Magno Pinheiro.

**Marabá-PA
2014**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

(Biblioteca Josineide Tavares, Marabá-PA)

Araújo, Rodrigo Queiroz de.

Uma análise da quantificação do dano moral à luz da jurisprudência do STJ. / Rodrigo Queiroz de Araújo; Orientadora, Olinda Magno Pinheiro. – 2014.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Faculdade de Direito, 2014.

1. Responsabilidade civil. 2. Dano moral– indenização. 3. Reparação – direito. 4. Jurisprudência. I. Título.

Doris: 342.1

RODRIGO QUEIROZ DE ARAÚJO

Uma Análise da Quantificação do Dano Moral a Luz da Jurisprudência do STJ

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado a Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará - UNIFESSPA, como parte das exigências para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ma Olinda Magno Pinheiro
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Orientadora

Prof. Me Marco Alexandre da Costa Rosário
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Membro

Prof. José da Trindade Borges
Membro

Marabá-PA, 05 de dezembro de 2014.

MARABÁ
2014

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pois permitiu que tudo isso acontecesse, removendo minhas aflições, renovando minhas forças diariamente e dando-me bom ânimo, é o maior mestre que alguém pode ter.

A minha adorável esposa Renata, que tanto orou por mim e com sua alegria e sabedoria me consolou nos momentos de angústia, sendo fundamental para esta conquista.

Ao meu amado pai, Severino Jaime *"in memorian"* que tanto se alegrou com minha aprovação no vestibular, sempre me ajudou e sonhou junto comigo esta vitória, mas Deus o tomou para si, obrigado por me ensinar a nunca desistir dos meus sonhos, estarás sempre presente em meu coração.

A minha estimada mãe, Tânia, uma heroína, pelo amor incondicional, ensinamentos indelévels e pelas palavras de consolo e exaltação.

Aos meus queridos irmãos Karina e Jaime por todo amor e dedicação ao longo da vida, vocês contribuíram para a formação do meu caráter.

A minha querida sogra Maria Rosa *"in memorian"* e minha estimada cunhada Rosângela por terem estado ao meu lado e pelas incessantes orações.

A minha orientadora à Professora Mestre Olinda, pelo empenho dedicado à elaboração deste trabalho, pois com sua sensibilidade me auxiliou a demarcar o assunto e a maneira de abordá-lo.

A meus familiares e amigos, que me apoiam e incentivam em todos os momentos da minha vida.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.” (Rui Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo observar quais são os critérios utilizados pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça para quantificar os valores de indenização a título de dano moral. Inicialmente verificou-se que já existiram, no ordenamento jurídico brasileiro, legislações que estipulavam critérios objetivos para a estipulação do dano moral, contudo tais leis não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Constatou-se ainda que a referida Carta Magna, findou qualquer discussão sobre a indenizabilidade do dano moral, prevendo expressamente a possibilidade de sua reparação. Identificou-se a existência de alguns pontos polêmicos na ação de dano moral, tais como a prova do dano moral, os titulares do direito a reparação e o caráter compensatório e punitivo do dano moral. Por fim, observou-se, dentro da jurisprudência do STJ, que os critérios mais utilizados pelos magistrados para a quantificação do dano moral são: a extensão do dano sofrido pela vítima, o grau de culpa do lesante, a punição do ofensor e o seu caráter exemplar, a culpa concorrente da vítima, a situação econômica do ofensor e ofendido, e a proporcionalidade no arbitramento da condenação.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil. Dano moral. Quantificação. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência.

ABSTRACT

This study aimed to observe what are the criteria used by the ministers of the Superior Court of Justice to quantify the amounts of indemnity for moral damages. Initially it was found that already existed in the Brazilian legal system, laws stipulating objective criteria for the stipulation of moral damages, however such laws have not been approved upon by the Federal Constitution of 1988. It found that although the Magna Carta, ended any discussion indenizabilidade about the moral damage, expressly providing for the possibility of repair. Identified the existence of some controversial points in the action of moral damage, such as proof of moral damages, the holders of the right to redress and compensatory and punitive damages morale. Finally, it was observed within the jurisprudence dao STJ, the more criteria used by judges to quantify the moral damage are: the extent of damage suffered by the victim, the degree of fault of Lesante, the punishment of the offender and his exemplary character, concurrent fault of the victim, the economic Situation of the offender and offended, and proportionality in sentencing arbitrating.

Keywords: Liability. Moral damages.Quantification.Superior Court of Justice.Jurisprudence.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. O CONCEITO DE DANO MORAL.....	14
2.1 NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE	14
2.2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU EXTRA CONTRATUAL	15
2.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA.....	15
2.4 NOÇÃO DE DANO.....	16
2.5 CARACTERÍSTICAS DO DANO REPARÁVEL.....	17
2.6 DANO PATRIMONIAL.....	17
2.7 CONCEITO DE DANO MORAL	18
2.8 DANO ESTÉTICO E DANO À IMAGEM.....	20
2.9 A REPARABILIDADE DO DANO MORAL.....	22
3. O DANO MORAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO	24
3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	25
3.2 A LEGISLAÇÃO INFRA CONSTITUCIONAL.....	25
3.2.1 Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62)	25
3.2.2 Código Eleitoral (Lei 4.737/65)	27
3.2.3 Lei de Imprensa (Lei 5.250 de 9 de fevereiro de 1967)	27
3.2.4 Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)	30
3.2.5 Lei dos Direitos Autorais (Lei 9.610/98).....	31
3.2.6 Código Civil Brasileiro	32
3.2.6.1 Lesão ou outra ofensa a saúde.....	32
3.2.6.2 Injúria, difamação e calúnia.....	33
4. A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL.....	34
4.1 A PROVA DO DANO MORAL	35
4.2 TITULARIDADE DO DIREITO À REPARAÇÃO.....	36
4.3 CARÁTER COMPENSATÓRIO E PUNITIVO DO DANO MORAL.....	38
4.4 CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DO DANO MORAL.....	39
4.5 CRITÉRIOS PARA A QUANTIFICAÇÃO DO VALOR DO DANO MORAL	40
4.5.1 A extensão do dano	41
4.5.2 Grau de culpa do lesante	43
4.5.3 Punição do ofensor e exemplaridade	44

4.5.4 Culpa concorrente da vítima.....	45
4.5.5 Situação econômica do ofensor e do ofendido.....	46
4.5.6 Proporcionalidade	48
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
BIBLIOGRAFIA	52

1. INTRODUÇÃO

Parte da doutrina aponta o surgimento do instituto do dano moral séculos antes de Cristo, no Código de Hamurabi, desde então o instituto sofreu evolução, superando a sanção através da violência física e chegando a compensação financeira pelo dano.

Quando alguém deixa de observar as obrigações impostas pela lei ou estabelecidas em manifestação de vontade por intermédio dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos, surge o dever de indenizar.

A lesão patrimonial não oferece dificuldades quanto a sua reparação, pois seu cálculo é obtido pelo valor necessário para devolver a coisa ao estado *a quo*, contudo quando a lesão atinge direitos da personalidade, surgem diversas questões onde há divergência entre doutrinadores e a jurisprudência, pois a dor é invisível aos olhos, brota da alma.

A dificuldade do operador do direito em lidar com casos que versam sobre a responsabilidade por dano moral persiste em razão da ausência de critérios legais que orientem a decisão judicial, e pela escassez de trabalhos doutrinários que abordem o tema de forma sistemática, principalmente sob o enfoque da jurisprudência.

No caso do ressarcimento do dano moral, a jurisprudência exerce um papel fundamental, pois a previsão legislativa está contida numa espécie de norma penal em branco, haja vista que o legislador deixou a cargo do magistrado o papel de formulador de parâmetros que viabilizem a avaliação do dano, com os recursos proporcionados pela doutrina e jurisprudência, não indicando a lei, salvo em casos especiais, quais os critérios que devem ser observados por ocasião do arbitramento do valor da indenização, não podendo ainda o juiz, sob pena de incidir em arbitrariedade e em violação do preceito constitucional o qual exige a fundamentação das decisões judiciais, fixar o valor conforme sua íntima convicção, ou com base em critérios aleatórios e irracionais.

O papel da jurisprudência, ainda que em um sistema de direito codificado, é de inegável relevância, pois o processo legislativo é lento, ocasionando um descompasso entre a realidade social e o texto legal.

Como a texto constitucional se refere expressamente ao dano moral, não se discute a respeito de a sua indenizabilidade, mas sim sobre sua avaliação.

A importância da análise do tratamento do tema na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça deve-se a sua missão de órgão de articulação e defesa do direito objetivo federal, bem como da uniformidade de sua interpretação.

Assim, objetiva-se descrever como a jurisprudência do STJ cuida da responsabilidade por dano moral.

2. O DANO MORAL

2.1 NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Responsabilidade é a relação jurídica derivada de uma obrigação em caso de não ser espontaneamente cumprida pelo devedor. É ainda a aptidão que o ordenamento jurídico confere a alguém para se submeter às sanções decorrentes de ato próprio ou de terceiro.

Visualizamos um grande esforço por parte da doutrina no sentido de se encontrar uma diferença ontológica entre a responsabilidade civil e a penal, ficando evidente que a responsabilidade penal decorre da violação de condutas humanas mais graves, atingindo bens sociais de maior relevância, em contrapartida para a lei civil resta reprimir as condutas humanas menos graves, podendo, contudo ocorrer a violação simultânea da lei civil e penal.

Após ressaltar o fato de não existir um consenso entre os doutrinadores quanto ao conceito de responsabilidade, Caio Mário da Silva Pereira diz (2002, p.11) “consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma”

Já Rui Stoco (1999, p.93), define “constitui a obrigação pela qual o agente fica adstrito a reparar o dano causado à terceiro”.

Na lição de Maria Helena Diniz (2014, p. 34), responsabilidade civil “é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

Diante destes conceitos, podemos entender a responsabilidade civil como a sanção estipulada no ordenamento jurídico com o intuito de recompor o dano causado a outrem por fato imputável a alguém ou a terceiro sob sua sujeição ou por coisas que estejam sob sua guarda.

2.2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU EXTRA CONTRATUAL

Quando o dever de indenizar surge da violação de cláusulas contratuais, estamos diante da responsabilidade contratual. Entretanto se o dever de indenizar decorrer da ofensa a direito subjetivo oponível *erga omnes*, estaremos falando neste caso da responsabilidade extracontratual.

Em relação as espécies de responsabilidade, estipula Sérgio Cavalieri (2001):

Quem infringe dever jurídico (...) que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei.

É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade de violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto. (CAVALIERE, 2001, p. 26)

Este entendimento encontra-se presente no Código Civil de 2002, o qual estabelece a regra da responsabilidade extracontratual no art. 927¹ em aplicação combinada com o art. 186², e a responsabilidade contratual no art. 389³.

2.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Segundo ensinamentos de Alvino Lima (1999, p. 44), os requisitos essenciais para a configuração da responsabilidade extracontratual são: “1º) o ato ou omissão violadora do direito de outrem; 2º) o dano produzido por esse ato ou omissão; 3º) a relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano; 4º) a culpa.

¹Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

A inclusão da culpa indica que se trata de responsabilidade subjetiva, justamente por pressupor a existência do elemento subjetivo da conduta. Quando a demonstração da culpa é desnecessária, nos encontramos diante da responsabilidade objetiva ou responsabilidade sem culpa.

A teoria do risco, fundamento da responsabilidade objetiva, consiste segundo Georges Ripert (2002, p. 213), em que: “todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por aquele que o causou, porque todo problema de responsabilidade civil resolve-se em um problema de causalidade; ou ainda: qualquer fato do homem obriga aquele que causou um prejuízo a outrem repará-lo”.

Sendo assim, observamos que para que haja o nexo de causalidade, existe a necessidade da relação entre o dano sofrido e a ação que o produziu.

2.4 NOÇÃO DE DANO

O dano é o principal elemento da responsabilidade civil, pois a obrigação de indenizar subsiste na medida de sua extensão.

Dano, conforme define Gasparine (2011, p. 827), “é a perda ou prejuízo patrimonial sofrido por alguém, em decorrência de ato ou fato estranho à sua vontade”. Caio Mário da Silva Pereira⁴ afirma que, quando opta pela definição de dano como “toda ofensa a um bem jurídico”, tem “precisamente em vista fugir da restrição à patrimonialidade do prejuízo”.

Sendo assim, podemos entender dano, como qualquer lesão a bem jurídico produzida por fator alheio à vontade da vítima. Devemos ainda atentar, para o caso do dano ser oriundo de evento da natureza, situação diante da qual não irá configurar o dever de indenizar a quem quer que seja, pela falta do nexo de causalidade.

Observamos assim que nem todo dano enseja reparação tutelada pelo direito.

⁴PEREIRA, 2002, Op. cit, p.53

2.5 CARACTERÍSTICAS DO DANO REPARÁVEL

Para Gasparini (2011), o dano reparável tem as seguintes características: “certo (possível, real, efetivo, aferível, presente – exclui-se, pois o dano eventual, que poderá acontecer); especial (individualizado, referido à vítima, pois, se geral, configuraria ônus comum à vida em sociedade); anormal (excedente aos inconvenientes naturais dos serviços e encargos decorrentes do viver em sociedade); referente a uma situação protegida pelo Direito (incidente sobre uma atividade lícita; não são protegidos, por exemplo, os danos decorrentes da destruição de uma plantação de maconha); e de valor economicamente apreciável (não tem sentido a indenização de dano de valor econômico)⁵”.

Quanto à certeza do dano, entendemos que se afasta a possibilidade da reparação do dano eventual, pois o mesmo poderá não vir a concretizar-se.

O dano só será indenizável se corresponder a uma situação particularizada, não existindo a reparação se o fato lesivo atingir a coletividade em geral.

Entende-se que o dano será anormal, quando ultrapassar os limites dos meros dissabores da vida em sociedade.

Quanto ao fato de que o dano indenizável é aquele que se refere a uma situação protegida pelo Direito, deve-se ao fato de que o ordenamento jurídico não protege as situações ilícitas.

Por último, faz-se necessário que o dano seja economicamente apreciável, pois o Direito se presta a tutela de caprichos fúteis e de objetos insignificantes.

2.6 DANO PATRIMONIAL

Também chamado de dano material, abrange tudo aquilo que a vítima perdeu, ou seja, o dano emergente, e aquilo que razoavelmente deixou de lucrar, a saber, lucro cessante. Cavalieri (2001, p. 71-72) delimita, o alcance das perdas e danos devidos ao lesado:

⁵GASPARINI, 2011, Op. cit., p. 827

Convém assinalar, ainda, que o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento. Por isso, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.

(...)

O dano emergente, também chamado positivo, este, sim, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. O nosso Código Civil, no seu art 402, caracteriza como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu.

A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito.

...pode-se dizer que, se o objeto do dano é um bem ou interesse já existente, estaremos em face do dano emergente; tratando-se de bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, estaremos diante do lucro cessante.

Consiste, portanto, o lucro na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.

2.7 CONCEITO DE DANO MORAL

Existem diversas definições doutrinárias no sentido de que dano moral é aquele que atinge os bens da personalidade. Neste entendimento preceitua Sérgio Cavaliere (2001):

Enquanto o dano material (...) repercute sobre o patrimônio, o moral, também chamado de dano imaterial, ideal ou extrapatrimonial, atinge os bens da personalidade, tais como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: intimidade, imagem, bom nome, privacidade, a integridade da esfera íntima. Tutela-se, aí, o interesse da pessoa humana de guardar ao para si, ou para estrito círculo de pessoas, os variadíssimos aspectos da sua vida privada: convicções religiosas, filosóficas, políticas, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, estado de saúde, situação econômica, financeira etc⁶.

Para Carlos Alberto Bittar (1999, p. 277), danos morais “são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas de outrem”.

Sinteticamente, Wilson de Melo Silva (1999, p. 13), define dano moral como "o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico".

⁶CAVALIERE, 2001, p. 74-75

Maria Helena Diniz (2014, p. 81) conceitua dizendo que "Dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo".

Observamos assim que diversos são os conceitos existentes com relação ao instituto do dano moral, contudo, sinteticamente entendemos que o dano moral está vinculado à dor, angústia, sofrimento e tristeza. Entretanto nos dias atuais não é mais cabível restringir o dano moral a estes elementos, uma vez que ele se estende a todos os bens personalíssimos. Sendo assim, podemos observar que, o dano moral se origina no sentimento interior do indivíduo para com ele mesmo e para com a sociedade. Assim sendo, toda lesão não patrimonial que venha a sofrer o indivíduo que cause repercussão no seu interior, é em tese passível de reparação.

No repertório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível encontrarmos algumas tentativas de se conceituar o dano moral. Verificamos tal intenção entre tantos outros nas ementas dos acórdãos relativos ao REsp nº 52.842/RJ⁷ e ao REsp nº 144.241/SP⁸ onde consta que o “dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito”

Existe uma clara distinção entre os danos moral e material. Todavia, ao contrário do que se possa imaginar, a principal diferença entre os dois não é a natureza da lesão, que ocasionou tal ofensa, mas sim os efeitos daquela lesão, a repercussão que esta teve sobre o ofendido e seus bens tutelados.

Enquanto no dano material há uma diminuição patrimonial e, comprovados os danos, há que se ressarcir a perda, recompondo o *status quo* patrimonial do ofendido, no dano moral, essencialmente extrapatrimonial, imaterial, a grande questão é a determinação do quantum indenizatório, haja vista ser indeterminável pecuniariamente.

⁷ Acórdão de relatoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no D.J. em 27/10/97, p. 54786.

⁸ Acórdão de relatoria do Min. Waldemar Zveiter, publicado no D.J. em 14/09/98, p. 56.

Observamos diante dos inúmeros conceitos doutrinários e jurisprudenciais que suas diferenças são meramente terminológicas, haja vista que os que adotam conceito mais restrito não negam tutela jurídica aos bens excluídos da moldura que delineiam, mas tão somente atribuem denominação diversa para a lesão sofrida, sob a denominação de dano a imagem ou de dano estético, conforme o caso.

2.8 DANO ESTÉTICO E DANO À IMAGEM

A partir do exposto no texto constitucional, no seu art. 5º, V, o qual faz referência ao dano moral e a imagem, doutrina e jurisprudência divergem quanto aos aspectos relativos à denominação e à classificação das lesões correspondentes.

A renomada doutrinadora Teresa Ancona Lopez classifica o dano moral em três categorias: dano moral objetivo, dano moral subjetivo e dano moral à imagem social.

Dano moral objetivo, segundo a autora “são aqueles que ofendem os direitos da pessoa tanto no seu aspecto privado, ou seja, nos seus direitos da personalidade (direito a integridade física, ao corpo, ao nome, à honra, ao segredo, à intimidade, à própria imagem), quanto no seu aspecto público (como direito à vida, à liberdade, ao trabalho), assim como nos direitos de família⁹”. Dano moral subjetivo considera “o *pretorium doloris* propriamente dito, o sofrimento da alma, pois a pessoa foi ofendida em seus valores íntimos, nas suas afeições¹⁰”. Quanto ao dano moral à imagem social, parte da ideia de que “o ser humano é um ser social e, portanto, o dano moral à imagem social deve ser considerado como um dos mais graves¹¹”. Diante do qual se observa uma alteração no comportamento do ofendido perante a sociedade a partir da ocorrência do acontecimento que mudou a imagem que tinha anteriormente.

Com relação ao dano estético, Teresa Ancona Lopez afirma que este se refere a uma lesão a beleza física, e conceitua o dano estético como “qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um “enfeamento” e lhe causa humilhações e desgostos, dando

⁹LOPEZ, 1999, O dano estético, p. 24

¹⁰LOPEZ, 1999, Op. cit., p. 25

¹¹LOPEZ, 1999, Op. cit., 38

origem a uma dor moral¹²". Entendendo a autora por qualquer modificação apenas que a pessoa tenha sofrido "uma transformação, não tendo mais aquela aparência que tinha¹³".

Outro ponto importante na conceituação do dano estético consiste em ser a modificação permanente produzida na "aparência externa da pessoa", não sendo "necessário que a lesão deformante apareça, seja visível a toda hora, basta que ela exista no corpo, mesmo em suas partes íntimas" (LOPEZ, 1999, p.43).

Com relação à possibilidade de cumulação de pedido de dano estético com dano moral, encontramos no repertório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça decisões que ora admitem, e ora rejeitam tal possibilidade. Inicialmente se rejeitava a possibilidade de fixação de indenização de forma cumulativa. Encontramos tal posição no julgamento do REsp 56.101-9/RJ¹⁴, decidindo a Quarta Turma que "o dano estético subsume-se no dano moral". Posteriormente, a jurisprudência se pacificou admitindo que o dano estético seja indenizado cumulativamente com o dano moral, conforme REsp 65.393/RJ¹⁵ "neste considerados os demais danos à pessoa, resultantes do mesmo fato ilícito", neste mesmo sentido, encontramos ainda as ementas dos acórdãos relativos ao REsp 193.880/DF¹⁶, REsp 210.351/RJ¹⁷, , REsp 248.869/PR¹⁸ e REsp 203.142/RJ¹⁹, este último admitindo que a cumulação dos danos morais e estéticos deverá ser atendida quando, "ainda que se tenha a estipulação de um valor único, nele se tenha expressamente considerado o valor devido pelos dois danos".

Ao observamos no REsp 65.393/RJ, o posicionamento do Min Ruy Rosado de Aguiar, verificamos que o mesmo conseguiu sintetizar a questão da nomenclatura do dano extrapatrimonial, de forma brilhante:

Independentemente da nomenclatura aceita quanto ao dano extrapatrimonial, e sua classificação em dano moral, dano à pessoa, dano

¹²LOPEZ, 1999, Op. cit., p. 38

¹³LOPEZ, 1999, Op. cit., 40

¹⁴Acórdão unânime, rel. Min Fontes de Alencar, publicado no D.J. em 16/10/95, p. 34.668.

¹⁵RT 731/326.

¹⁶Acórdão unânime, rel. Min Ari Pargendler, publicado no D.J. em 17/09/01, p. 191.

¹⁷Acórdão unânime, rel. Min Cesar Asfor Rocha, publicado no D.J. em 25/09/00, p. 106.

¹⁸Acórdão unânime, rel. Min Aldir Passarinho Junior, publicado no D.J. em 12/02/01, p. 122.

¹⁹Acórdão unânime, rel. Min Cesar Asfor Rocha, publicado no D.J. em 27/03/00, p. 110.

psíquico, dano estético, dano sexual, dano biológico, dano fisiológico, dano à saúde, dano à vida de relação, etc, cada um constituindo, com autonomia, uma espécie de dano, ou todos reunidos sob uma ou outra dessas denominações, a verdade é que para o juiz essa disputa que se põe no âmbito da doutrina, essa verdadeira “guerra de etiquetas”, de que nos fala Mossetlturraspe (El daño fundado em La dimensión Del hombre em su concreta realidad, Revista de Derecho Privado y Comunitário, 1/9) somente interessa para evidenciar a multiplicidade de aspectos que a realidade lhe apresenta, a fim de melhor perceber como cada uma delas pode e deve ser adequadamente valorizada do ponto de vista jurídico²⁰.

Verificamos com isso, que não existe justificativa no sentido de se considerar equivocado o uso da expressão dano moral com um significado amplo, abrangendo o dano moral puro, o dano estético e o dano à imagem. Entretanto observamos uma nítida vantagem na utilização da denominação específica, pois possibilita uma avaliação mais detalhada da dimensão do dano ocorrido, a qual pode ser mais limitada ou mais ampla, conforme cause, exclusivamente ou cumulativamente, lesão estética, dano à imagem ou sentimentos negativos ao lesado.

2.9 A REPARABILIDADE DO DANO MORAL

Questão importante consiste na dificuldade de se avaliar um dano ocorrido no íntimo do ser humano, traduzido por uma emoção aflitiva, uma sensação desagradável de dor, de sofrimento ou humilhação. Dissertando sobre tal assunto, encontramos comentários de Maria Francisca Carneiro (1998), a qual destaca a complexidade de se avaliar a dor moral, representativa de lesão, e o dinheiro, como instrumento de compensação pelo dano:

O dano moral, em virtude de seu caráter subjetivo, sofre embustes quando da tentativa de sua conversão em pecúnia, por razões até mesmo epistemológicas: trata-se de assuntos de natureza diversa, que não transitam pela mesma esfera. Dor moral e dinheiro são dimensões diferentes da realidade humana, e portanto não há reversibilidade entre esses conceitos, pois o dinheiro jamais aquilatará ou pagará os valores de “psiché”... O que se busca, então, não é a ressarcibilidade do sofrimento em si (pois este jamais será reparado, na medida em que não se pode modificar os fatos passados), mas sim formas sucedâneas de valor, que, na impossibilidade de anular um sofrimento moral, possam oferecer outras alegrias ou estados de bem-estar social e psíquico, de modo a compensar e equilibrar o dano, ainda que não anulá-lo. É que os diferentes bens, inclusive a moeda, exercem funções várias na vida social, proporcionando às pessoas o alcance de inúmeros objetivos, econômicos ou mesmo ideais, na satisfação de interesses os mais diversos, inclusive na própria atenuação de agruras, desgostos, desilusões e outras sensações negativas²¹.

²⁰Acórdão unânime, rel.Min. Cesar Asfor Rocha, publicado no D.J. em 27/03/00, p. 10.

²¹Avaliação do dano moral e discurso jurídico. p. 4

O doutrinador Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 54), se posiciona a respeito desta importante questão, dizendo que o “fundamento da reparabilidade do dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos”.

A evolução da teoria a respeito dos direitos da personalidade foi um fator que contribuiu decisivamente para o avanço da admissibilidade da reparação do dano moral. A doutrina costuma utilizar a classificação dos direitos subjetivos em direitos relativos, oponíveis em face de pessoas determinadas, e direitos absolutos, nos quais o dever jurídico correspondente incide sobre sujeitos indeterminados *erga omnes*.

Afirmando que ao se tratar de ofensa aos direitos da personalidade, mais facilmente os tribunais identificam e concedem a reparação do dano moral, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho advoga a tese que “as lesões aos direitos da personalidade não encerram todas as possibilidades de reparação do dano moral” (MONTEIRO FILHO, p. 47).

Verificamos assim, que com a evolução da proteção dos direitos da personalidade, se processou o reconhecimento da reparabilidade do dano moral.

Há algum tempo, o Supremo Tribunal Federal, entendia que o dano moral não era ressarcível perante o direito pátrio conforme observamos no RE 42.723/MG²². Sendo esta a linha da jurisprudência o Pretório Excelso, ao longa da décadas anteriores à promulgação da atual Constituição.

Os doutrinadores, nesta época, apontavam diversas objeções à reparabilidade do dano moral, conforme síntese apresentada por Maria Helena Diniz: 1) “efemeridade do dano moral”; 2) “escândalo da discussão, em juízo, sobre sentimentos íntimos de afeição e decoro”; 3) “incerteza, nos danos morais, de um verdadeiro direito violado e de um dano real”; 4) “dificuldade de descobrir-se a existência do dano”; 5) “impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral”; 6) “indeterminação do número de lesados”; 7) “imoralidade da

²²Acórdão unânime da Primeira Turma, publicado no D.J. em 03/09/59, p. 11.467, rel. Min. Nelson Hungria.

compensação da dor com dinheiro”; 8) “perigo da inevitabilidade da interferência do arbítrio judicial conferindo ao magistrado poder ilimitado na apreciação dos danos morais, ao avaliar o montante compensador do prejuízo²³”.

Carlos Alberto Bittar coleciona os seguintes argumentos dos adeptos da teoria negativista do dano moral:

a) inexistência de preço para a dor; b) contrariedade à Moral de atribuição de valor pecuniário para a dor, a honra, ou outro elemento desse porte; c) impossibilidade de sistematização dos diferentes reflexos negativos provocados, em concreto, nas pessoas; d) impossibilidade de mensuração prática desses reflexos; e) impossibilidade de prova de danos morais; e f) arbitrariedade do juiz na fixação de eventual valor de reparação²⁴.

Clayton Reis (2002) comenta que, no campo do “processo de indenização dos danos extrapatrimoniais, o Supremo Tribunal Federal consolidou, durante décadas, uma ideia dogmática sedimentada na impossibilidade de indenização dos danos morais, sem que tivesse ocorrido qualquer prejuízo material à vítima”. Verifica que essa postura “foi, posteriormente, superada com a lenta e gradual construção doutrinária e jurisprudencial e, particularmente, se consolidou de forma definitiva com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao admitir precisa e objetivamente a indenização dos danos imateriais (art. 5º, V e X, da CF/88)” (REIS, 2002, p. 9)”.

Sendo assim, podemos concluir que atualmente, com a expressa previsão na Constituição Federal de 1988, está sedimentada a reparabilidade do dano moral.

3. O DANO MORAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Podemos dividir a evolução histórica do dano moral no direito positivo brasileiro em duas fases básicas: anterior e posterior a Constituição Federal de 1988. A fase anterior à promulgação do texto constitucional de 05 de outubro de 1988 pode ser caracterizada como a da polêmica quanto ao reconhecimento do dano moral. A segunda fase, pós-constituição de 1988, caracteriza-se pelo reconhecimento constitucional, jurisprudencial e doutrinário a cerca da

²³DINIZ, 2014, Op. cit., 83-89

²⁴BITTAR, 1999, Op cit., p. 82-83

reparabilidade do dano moral, e pelo incremento da polêmica discussão sobre critérios para a sua avaliação.

3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o dano moral recebeu nova disciplina. O texto constitucional estipula a previsibilidade de tal instituto no seu art 5º, inciso V, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem” e no seu inciso X, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, tratando assim da figura do dano moral de forma autônoma, independentemente da ocorrência de danos materiais.

Sendo assim com o advento da nova ordem constitucional, deixou de fazer sentido à discussão sobre a indenizabilidade do dano moral, tendo em vista sua expressa possibilidade de reparação, nos termos de seus incisos V e X do art. 5º. Entretanto a constituição não oferece elementos para a avaliação do dano, o que permite haver uma polêmica quanto a esse aspecto.

3.2 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

No direito positivo brasileiro, observamos que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a reparação do dano moral foi prevista em diversos diplomas legais.

Contudo, encontramos a denominação “dano moral” pela primeira vez no direito positivo brasileiro, com o advento do Código Brasileiro de Telecomunicações, em 1962.

3.2.1 Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62)

Observamos que embora atualmente revogados pelo Decreto-lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967, os artigos 81 e seguintes do Código Brasileiro de Telecomunicações tratavam, expressamente, da indenização por dano moral.

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

Em relação à calúnia, segundo o art. 82, caput, era admitida, como excludente de obrigação de indenizar, a exceção da verdade, que deveria ser oferecida no prazo para contestação. O parágrafo único do art. 82 ainda estabelecia que seria “sempre admitida a exceção da verdade, aduzida no prazo acima, em se tratando de calúnia ou difamação, se o ofendido exercer função pública na União, nos Estados, nos Municípios, em entidade autárquica ou em sociedade de economia mista”.

O art. 84 indicava os critérios para o cálculo da indenização, dispondo que o Juiz teria “em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa”. O § 1º do referido dispositivo estabelecia limites para o *quantumdebeat*, dispondo que “o montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país”, havendo previsão no § 2º, de que o valor da indenização fosse “elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio for”.

Observamos a defesa da utilização dos parâmetros preconizados por dispositivos revogados do Código Brasileiro de Telecomunicações, por parte da doutrina. Guilherme Couto de Castro (2000) defende a utilização de tal recurso:

É válido e recomendável o recurso analógico à Lei de Imprensa ou ao já revogado Código Brasileiro de Telecomunicações, que trabalham com piso e teto para fixar, apuradas as circunstâncias, o dano moral em casos específicos de lesão à honra. Se, no caso concreto, a ofensa for mais grave que o ataque à honra, razoável será o cuidadoso aumento de valores (CASTRO, 2000, p. 26).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 330.288/SP²⁵, no curso de ação de indenização decorrente de acidente de transporte coletivo, adotou o entendimento, explicitado no voto do relator, segundo o qual “elementarmente não há sentido algum em se adotar parâmetros do Código Brasileiro de Telecomunicações, que não guarda a menor relação com o caso dos autos”. Na ocasião, fez-se referência a um precedente, REsp 208.795/MG²⁶, com decisão no sentido de que “na fixação dos danos morais, o magistrado não está obrigado a utilizar-se de parâmetros fixados em leis especiais, como o Código Brasileiro de Telecomunicações. Ao arbitrar o valor da indenização deve levar em consideração a condição econômica das partes, as circunstâncias em que ocorreu o evento e outros aspectos do caso concreto”.

3.2.2 Código Eleitoral (Lei 4.737/65)

A referência à reparação por dano moral, no Código Eleitoral, ocorre sob o Título III, que cuida da propaganda partidária.

Atualmente, persiste a previsão de indenização por dano moral no Código Eleitoral, que, entretanto, não apresenta parâmetros próprios para o cálculo da indenização, sendo assim, ao aplicar o Código Eleitoral, cabe ao magistrado a difícil questão do arbitramento do valor da condenação, especialmente em decorrência da revogação dos parâmetros do Código Brasileiro de Telecomunicações e do entendimento consolidado na jurisprudência do STJ no sentido da não compatibilidade com a Constituição Federal vigente, do sistema tarifado previsto nas leis cujo advento precede a inauguração da nova ordem constitucional.

3.2.3 Lei de Imprensa (Lei 5.250 de 9 de fevereiro de 1967)

A lei de imprensa, ao regular a liberdade de manifestação de pensamento e da informação, trata ainda da responsabilidade civil, ao abordar de forma expressa o dano moral. O art. 49 dispõe que aquele que “no exercício da liberdade de

²⁵Acórdão da Quarta Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, publicado no D.J. em 26/08/02, p. 230.

²⁶Acórdão unânime da Terceira Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, publicado no D.J. em 23/08/99, p. 123.

informação, com dolo ou culpa, viola direito ou causa prejuízo a outrem”, fica obrigado a reparar os danos morais²⁷ e materiais.

Sérgio Cavalieri (2001), ao diferenciar a crítica jornalística da ofensa, estipula que a primeira corresponde ao exercício regular da profissão, enquanto que a última constitui abuso de direito, passível de ensejar dever de indenizar:

A crítica jornalística não se confunde com a ofensa; a primeira apresenta ânimo exclusivamente narrativo conclusivo dos acontecimentos em que se viu envolvida determinada pessoa, ao passo que a segunda descamba para o terreno do ataque pessoal. Não se nega ao jornalista, no exercício regular da sua profissão, o direito de divulgar fatos e até emitir juízo de valor sobre a conduta de alguém, com a finalidade de informar a coletividade. Daí a descer ao ataque pessoal, todavia, em busca de sensacionalismo, vai uma barreira que não pode ser ultrapassada, sob pena de configurar o abuso de direito, e, conseqüentemente, o dano moral e até material (CAVALIERI, 2001, p. 94).

A jurisprudência do STJ durante algum período mostrou-se oscilante no que se refere a legitimidade passiva, estando atualmente pacificada no sentido da Súmula nº 221²⁸, conforme expõe o Min. Barros de Monteiro, ao relatar o REsp 148.212/RJ²⁹:

Prevaleceu nesta Eg. Quarta Turma, durante certo tempo, o entendimento segundo o qual o polo passivo da ação proposta pelo ofendido para haver os danos morais sofridos através da imprensa devia ser ocupado pela empresa que explora o meio de comunicação ou divulgação, a quem era facultado mover ação regressiva contra o autor da matéria. Entretanto, a C. Segunda Seção, quando do julgamento do REsp 158.717/MS, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, decidiu de maneira diversa, passando a considerar como responsáveis pelos danos, solidariamente, a empresa, o jornalista ou o entrevistado. “O jornalista responsável pela veiculação de notícia ou charge em jornal, de que decorreu a ação indenizatória de dano moral promovida pelo que se julga ofendido em sua honra, tem legitimidade para figurar no seu polo passivo”. A reiteração de julgados nesse mesmo diapasão deu origem à edição da súmula nº 221-STJ, assim redigida: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa,

²⁷Art. 56 da Lei de Imprensa: “A ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação do dano moral, e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de três meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa”.

²⁸Súmula nº 221: São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.

²⁹Acórdão publicado no D.J. em 10/09/01, p. 392.

tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

Ressai, destarte, manifesta a legitimidade passiva “*ad causam*” do entrevistado – no caso dos autos o recorrente – desde que, na forma placitada pela jurisprudência majoritária desta Corte, a pessoa ofendida pode acioná-lo diretamente, sem necessidade de convocar ao feito a empresa jornalística. Não se vê contrariedade às normas dos arts. 50 da Lei nº 5.250/67, nem tampouco é passível de aperfeiçoar-se aí o conflito de julgados (súmula nº 83 deste tribunal)³⁰

Neste mesmo sentido, em acórdão unânime da Quarta Turma, consta a assertiva de que a jurisprudência da STJ “afasta a limitação da indenização por dano moral prevista na Lei 5.250/67 e admite a responsabilidade passiva da empresa e do jornalista pelos cometidos pela imprensa³¹”.

De acordo com o STJ, “não mais prevalece a partir a Constituição em vigor, a indenização tarifada, prevista na Lei de Imprensa, devida por dano moral, por publicação considerada ofensiva à honra e à dignidade das pessoas³²”.

A Quarta Turma, ao julgar o REsp 213.188/SP da relatoria do Min. Barros Monteiro, assentou que a “limitação estabelecida pela Lei de Imprensa quanto ao montante da indenização não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988”. Sendo assim mais uma vez observamos a rejeição ao sistema tarifado da Lei de Imprensa.

O argumento do Min. Waldemar Zveiter ao apresentar a fundamentação de seu voto no REsp nº 103.307³³, foi o seguinte:

Elevado o ressarcimento do dano moral ao patamar da Constituição, não há, em verdade, como restringi-lo aos limites impostos pelos referidos artigos da Lei de Imprensa, notoriamente insuficientes a inibir qualquer ação irresponsável da imprensa que, se ostenta o direito de informar, ao fazê-lo, não deve, extrapolando a realidade dos fatos, atingir a honra e a dignidade da pessoa.

Reveste-se de suma gravidade, como no caso versante, a ofensa quando irrogada contra servidor público cuja função é reprimir o crime, atribuindo-lhe a notícia veiculada de tê-lo praticado.

³⁰Súmula nº 83 – STJ: Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida

³¹REsp 258.799. Rel. Min. Ruy Rosado. Acórdão publicado no D.J. em 19/03/01. p. 116.

³²REsp 162.545/RJ. Acórdão da lavra do Min. Antônio de Pádua Ribeiro, publicado no D.J. em 27/08/01.

³³ RSTJ 105/285

Assim, a compensação pelo dano há de ser correspondente ao grau de ofensa praticada, não se configurando demasiada nem propiciadora de enriquecimento a condenação contra a qual se bate recorrente.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento através da sua jurisprudência em sentido de que a responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa “não foi recepcionada pela Constituição de 1988, não se podendo admitir, no tema, a interpretação da lei conforme a Constituição³⁴”.

3.2.4 Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)

A Constituição Federal ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece em seu art. 5º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A Carta Magna se refere novamente ao tema ao fixar em seu art. 24, a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, para legislar sobre responsabilidade por dano ao consumidor, bem como ao tratar, em seu art. 150, das limitações do poder de tributar por parte do Poder Público.

Em cumprimento ao estipulado pelo constituinte brasileiro, foi promulgada a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor. Diploma Legal que permite a reparação do dano moral, em seu art. 6º, VI e VII, afirmando que são direitos básicos do consumidor: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” e “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

O CDC foi o primeiro diploma legal editado após a Constituição Federal de 1988, que acolhe de forma categórica, a reparação do dano moral. Destacando ainda a abrangência da proteção, pois, no conceito de relação de consumo enquadra-se um amplo feixe de relações jurídicas estabelecidas na atualidade.

³⁴REsp 85.019/RJ, tendo sido o acórdão, da lavra do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no D.J. em 18/12/98, p. 358.

3.2.5 Lei dos Direitos Autorais (Lei 9.610/98)

A regra fundamental sobre direito autoral encontra-se no art. 5º, XXVII da Constituição Federal, segundo o qual “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

Conforme o ilustre José Oliveira Ascensão (1997) Direito Autoral é o gênero, do qual Direito do Autor é espécie. Ensina o renomado jurista que Direito do Autor “é o ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas”. Por sua vez, Direito Autoral “abrange além disso os chamados direitos conexos do direito de autor, como os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão” (ASCENÇÃO, 1997, p. 15).

A Lei dos Direitos Autorais protege os direitos autorais de natureza moral de modo bastante amplo: no art. 25, dispendo que “cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra audiovisual”, no art. 26, prevê que “o autor poderá repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a execução ou após a conclusão da construção”, respondendo o proprietário da construção “pelos danos que causar ao autor sempre que, após o repúdio, der como sendo daquele a autoria do projeto repudiado”, no art. 108, estabelece que aquele que se utilizar “por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhe a identidade”.

A Lei dos Direitos Autorais, é omissa quanto aos parâmetros para o cálculo da indenização. No entendimento de Carlos Alberto Bittar (2003, p.143) “a regra é a definição por arbitramento”.

Segundo o doutrinador, na satisfação dos interesses morais “a gravidade da infração e as circunstâncias do caso é que oferecerão os elementos necessários para a sua dosagem e a fixação final do *quantum* devido, levando-se em conta, sempre, que o valor final de indenização deve ser tal que desestimule a prática de

futura lesão e possa, em consonância com a teoria da responsabilidade civil e a índole dos direitos autorais, propiciar ao lesado compensação adequada pelo interesse ferido³⁵.

3.2.6 Código Civil Brasileiro

3.2.6.1 Lesão ou outra ofensa a saúde

O Código Civil de 2002 estipula em seu art. 186 que: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Disciplina o Código Civil em seu art. 949 que: “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. Disciplinando assim a reparação dos danos materiais, despesas de tratamento e lucros cessantes, além dos danos morais resultantes da ofensa à integridade física, sem fazer indicação de critérios objetivos para a avaliação do dano extrapatrimonial.

Conforme assevera Regina Beatriz Tavares da Silva (2002), o dispositivo “a corrente de pensamento mais atualizada, expressa em leis recentes, que recomenda a fixação de critérios genéricos e não taxativos na reparação do dano moral” (SILVA, 2002, p. 848-849). Contudo, aponta a renomada doutrinadora falha do dispositivo, ao se referir à prova de outros danos, haja vista a desnecessidade de prova de prejuízo efetivo em se tratando de dano moral. Sugere então a brilhante autora a alteração do dispositivo, a fim de que a expressão “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” seja substituído por “sem excluir outras reparações”, a semelhança do que dispõe o art. 948, que trata da indenização em caso de homicídio³⁶.

³⁵BITTAR, 2003, Op. cit., 143

³⁶SILVA, 2002, Op. cit. 849

O art. 950 do Código Civil em seu *caput* cuida exclusivamente da reparação pelos danos materiais decorrentes da lesão à integridade física que acarreta defeito que impossibilite ou diminua a capacidade de trabalho do lesado³⁷.

Observamos que tal dispositivo não incluiu a previsão de reparação dos danos morais oriundos de ofensa que acarrete defeito físico permanente ou durável, entretanto tal possibilidade se dá ao correlacionarmos estes dispositivos com os presentes na Constituição Federal no art. 5º, em seus V e X.

3.2.6.2 Injúria, difamação e calúnia

Observamos que a indenização por injúria, difamação e calúnia encontra-se prevista no art. 953³⁸ do Código Civil, e que o *caput* do referido dispositivo, estipula que a indenização consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Conforme lição de Sílvio Rodrigues (2002) ocorre “a calúnia quando se imputa a alguém fato definido como crime, a difamação quando se imputa a outrem fato ofensivo, mas não criminoso, e a injúria quando se ofende a dignidade ou decoro da vítima”. (RODRIGUES, 2002, p. 32)

Sendo assim, calúnia consiste em imputar, falsamente, a alguém a responsabilidade por um fato definido como crime, logo haverá o crime de calúnia, por exemplo, se Rodovalho dizer que Tício roubou uma caneta de Mévio, sem que este fato seja verdadeiro.

A difamação ocorre quando se atribui a alguém fato ofensivo à sua reputação, por exemplo, Tício comenta que Mévio, seu empregado, veio trabalhar embriagado.

Já a injúria consiste em atribuir a alguém qualidade negativa que seja capaz de ofender sua dignidade ou decoro, não se restringindo a apenas um fato, mas a atitudes, por exemplo o caso de *bullyng* ocorrido com uma criança dentro uma escola.

³⁷Art 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu

³⁸Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

O parágrafo único do art. 953 do Código Civil, modifica a disciplina da avaliação do dano moral na hipótese de lesão à honra, ao estabelecer que se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

A redação do parágrafo único, ao condicionar a fixação de indenização por dano moral à impossibilidade de prova do prejuízo material, conforme preceitua Regina Beatriz Tavares da Silva, encontra-se em descompasso com a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça³⁹ bem como com tratamento do tema no texto constitucional:

O dispositivo constante do parágrafo único pode acarretar interpretação pela qual, diante de ofensa à honra, somente o dano material é, em princípio, indenizável, sendo cabível o dano moral somente em face da inexistência de dano material.

A possibilidade de cumulação da indenização do dano moral com o dano material está pacificada em nosso direito, inclusive por meio da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, pela qual “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Com a consagração constitucional da indenizabilidade do dano moral, inclusive cumulado com o dano material, não pode remanescer qualquer dúvida quanto à cumulabilidade das duas indenizações (CF, art. 5º, incisos V e X). Salienta-se que o art. 5º, inciso V, da Constituição Federal assegura precisamente a indenizabilidade dos danos morais e materiais por ofensa à honra, de modo que o parágrafo único deste artigo deve ser considerado inconstitucional (SILVA, et al., 2002, p. 856).

Diante de tais considerações, sugere a ilustre autora a alteração do texto do dispositivo, para revogação do parágrafo único e alteração do *caput*, a fim de que conste a palavra dano no plural.

4. A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Para que o dano moral seja indenizável deve ser anormal e de intensidade relevante, excluindo-se assim a possibilidade de reparação dos meros aborrecimentos da vida cotidiana, pois são inerentes a vida humana em sociedade.

Sérgio Cavalieri (2001, p.78), argumenta que “só deve ser reputado como dano moral, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade,

³⁹Súmula 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar”. Adverte ainda que “o mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo” (CAVALIERE, 2001, p. 78).

Percebe-se grande esforço da jurisprudência em caracterizar o dano moral, conforme consta na ementa do acórdão unânime da lavra do Min. Barros de Monteiro, que resultou do julgamento, em 18 de fevereiro de 1992, do REsp 8.768/SP⁴⁰, “sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização”. Verifica-se assim que a reparação do dano moral pressupõe a prova de sua ocorrência.

4.1 A PROVA DO DANO MORAL

A questão da prova do dano moral traz polêmicas, entretanto é nítida a tendência, na doutrina e na jurisprudência, de se mitigar o ônus da prova da lesão, admitindo-se que o dano moral decorre da própria conduta ofensiva. Sérgio Cavaliere (2001), sustenta que o dano moral existe *in re ipsa*:

Neste ponto, a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está insito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral” (CAVALIERE, 2001, p. 80)

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 389.879/MG⁴¹, adotou o entendimento no sentido de que “protesto indevido de duplicata enseja indenização por danos morais, sendo dispensável a prova do prejuízo” conforme decisão em 16/04/2002, da Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

A posição do Min. Barros Monteiro, no REsp 8.768/SP⁴², ao amparar-se nas lições de Yussef Said Cahali, Teresa Ancona Lopez, Caio Mário da Silva Pereira e Irineu Antônio Pedrotti, é de que “a sensação dolorosa de que padeceu o autor,

⁴⁰Publicado no D.J., em 06 de abril de 1992, p. 4.499.

⁴¹Publicado no D.J., em 02 de setembro de 2002, p. 196.

⁴²RSTJ 34/284.

resultante do protesto indevido, não carece de uma demonstração específica, porquanto ela é inerente ao próprio evento retratado na lide”.

Observa-se assim que para o STJ o que há é tão somente a necessidade da comprovação da existência do fato ofensivo, sendo desnecessária a existência de prova para a imputação do dano moral.

4.2 TITULARIDADE DO DIREITO À REPARAÇÃO

Não existe qualquer dificuldade em se reconhecer a legitimidade quando o próprio ofendido comparece em juízo para demandar a reparação de dano moral decorrente de lesão que atingiu bens inerentes à sua pessoa, o problema surge quando terceiros decidem postular a reparação de danos morais acarretados, reflexamente, por lesão que atingiu outra pessoa.

Neste sentido preleciona Carlos Alberto Bittar que “por dano direto, ou mesmo por dano indireto, é possível haver titulação jurídica para demandas reparatórias” (BITTAR, 1999, p. 155). Segundo o autor, titulares diretos “são, portanto, aqueles atingidos de frente pelos reflexos danosos, enquanto indiretos os que sofrem, por consequência, esses efeitos (assim, por exemplo, a morte do pai provoca dano moral ao filho, mas o ataque lesivo à mulher pode ofender o marido, o filho ou a própria família, suscitando-se então, ações fundadas em interesses indiretos)⁴³”.

Wilson Melo da Silva (1999), sistematiza muito bem o tema, ao externar sua posição, afirmando que “todos aqueles que em tese, sofreram os danos morais têm direito de reclamá-lo”. Existindo dentre os lesados, a existência de duas classes: “a dos membros da família do ofendido (além do próprio ofendido) e a dos que fossem a ele ligados por laços de parentesco ou simplesmente afetivos”. Assevera ainda o ilustre autor que as pessoas da família “no restrito sentido do lar, é composta apenas dos cônjuges, dos filhos e dos irmãos”. Em favor desses “haveria, sempre, uma presunção de dano moral, presunção *juris tantum*, em caso de ofensas a seus membros” (SILVA, 1999, p.674-675).

Para os componentes da segunda classe, ou seja, demais parentes, amigos, companheiros, a legitimidade para postular indenização por dano moral estaria a depender de prova, conforme leciona Wilson Melo da Silva:

Perfeitamente delimitados, em dois grupos distintos, estariam aqueles que tivessem direito ao ressarcimento do dano moral: o ordinário, do entourage doméstico da vítima, em favor de cujos membros militaria sempre a presunção *juris tantum* do dano, e o extraordinário, envolvendo todas as demais pessoas com direito a essa mesma ressarcibilidade e às quais caberia provar, convicentemente, em cada caso, o dano moral porventura sofrido e alegado. (SILVA, 1999, p. 675)

⁴³BITTAR, 1999, Op.cit., p. 155

O Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em voto proferido por ocasião do julgamento do REsp 239.009/RJ⁴⁴, argumentou que “não há razão para impedir, em princípio, que qualquer parente, seja ele ascendente, descendente ou colateral, postule a indenização por danos morais, independentemente de haver ou não dependência econômica com a vítima”. O que se interessa, afirma, “para o recebimento da indenização, é a demonstração de que a parte veio a sofrer intimamente com o acontecimento, sendo certo, de outro lado, que se poderá provar que o convívio familiar entre os parentes não era de muita proximidade, cabendo ainda ao julgador sopesar todos os elementos dos autos para os fins de quantificação indenizatória”.

Os aspectos relativos ao caso concreto sob análise foram assim sintetizados pelo relator:

Na espécie, consoante assentado no acórdão que julgou a apelação, a vítima era o filho mais velho e residia em companhia dos pais, irmãos e sobrinhos. Tais fatos, a meu ver, seriam suficientes por si só para caracterizar a dor sofrida pelos autores, sendo ainda de notar-se que essa demonstração estava afeta às instâncias ordinárias.

No julgamento, por maioria, destaca-se o voto vencido do Min. Cesar Asfor Rocha, em sentido mais restritivo a respeito da legitimidade, por sugerir a adoção, em linhas gerais, dos parâmetros da lei para a disciplina da vocação hereditária, com a exclusão dos parentes mais distantes pelos mais próximos:

...concordo com a afirmação do Sr. Ministro Relator de que a legitimidade para se postular pela reparação por dano moral não tem nenhuma vinculação com relação à dependência econômica que poderia ter existido entre quem postula a reparação e a vítima quando este pedido decorre de falecimento de alguém. Admito até, em tese, que pessoas que não guardam nenhuma relação de parentesco possam, em excepcionais situações, postular pela reparação por danos morais. Mas também não é o só fato de alguém ser parente de quem morre que confere àquele o direito de postular reparação por dano moral.

Até entendo que poderíamos, em um labor construtivo, conceder a parentes mais distantes a possibilidade de postularem reparação por dano moral, decorrente de morte. Seria, talvez, o caso, de seguir, mais ou menos, os parâmetros que são postos na lei quando cuida da vocação hereditária. Assim, os parentes mais próximos, afastariam os mais distantes. Caso contrário, os mais próximos, que são aqueles que – no comum das vezes – mais sofrem, seriam prejudicados pela pretensão daqueles mais distantes. Isso porque o valor da indenização por dano moral não será fixado em razão do número de pessoas a serem contempladas.

No caso, considerando as peculiaridades da hipótese, vou divergir, com a devida vênia, dos eminentes ministros que me antecederam. Como entraram conjuntamente os pais, os irmãos e os sobrinhos, ainda que tendo como absolutamente certa a palavra do eminente advogado de que eles viviam sob o mesmo teto, mesmo assim entendo que a presença dos pais afasta, no mínimo, os sobrinhos...

⁴⁴RDTJRJ 45/89.

O Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em voto proferido no REsp 403.940/TO, entendeu que “os danos morais, no caso de perda de parente, traduz-se em abrandamento da dor emocional sofrida pela parte”.

4.3 CARÁTER COMPENSATÓRIO E PUNITIVO DO DANO MORAL

A doutrina e a jurisprudência reconhecem a função compensatória da indenização do dano moral, entretanto existe divergência entre os que aceitam ou desaprovam a função punitiva.

Entre os que defendem o duplice caráter da reparação do dano moral, encontra-se Caio Mário da Silva Pereira (2002), o qual ressalta que, quando “se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório, para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido” (PEREIRA, 2002, p. 55).

Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 63), ao explicitar seu posicionamento, acrescenta que com “equidade haverá de ser arbitrada a indenização, que tem institucionalmente o propósito de compensar a lesão e nunca de castigar o causador do dano e de premiar o ofendido com enriquecimento sem causa”. Argumenta ainda o ilustre autor:

Tem-se, é claro, que levar em conta na estimativa da reparação do dano moral, as condições sócio-econômicas da vítima e do ofensor. Nunca, porém, para isolar a situação do agente e, por causa de seu mais avantajado patrimônio, transformar a indenização num prêmio lotérico capaz de mudar a sorte econômica do ofendido. Não é possível imaginar que, pela dor moral, alguém tenha condição de transformar-se de pessoa humilde em potentado, somente porque o agente da ofensa foi uma pessoa de recursos. Não cabe ao juiz civil transmutar o julgamento da ação de responsabilidade civil num instrumento de aplicação de pena ao infrator, se nenhuma lei expressamente o autorizou a tanto. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 65)

Observa ainda o renomado autor que, no sistema constitucional brasileiro. “só a lei pode instituir pena aplicável ao agente de ato dito ilícito”, sendo assim, se “nenhuma norma legal cogita de instituir ou cominar pena para determinado ato lesivo, ao juiz civil somente toca impor ao agente o dever de indenizar o prejuízo acarretado à vítima”. Por fim, argumenta que não se pode “deixar de atentar para o fato de que o enriquecimento sem causa é repudiado por todos os tipos de ordenamento jurídico e, mais do que simples regra positiva, ostenta a natureza de princípio geral do direito⁴⁵”.

O Min. Costa Leite, do Superior Tribunal de Justiça, reforça a corrente doutrinária que aceita a duplice função, asseverando que não se pode perder de

⁴⁵THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 65

vista “que à satisfação compensatória soma-se também o sentido punitivo da indenização, de maneira que assume especial relevo na fixação do *quantum* indenizatório a situação econômica do causador do dano⁴⁶”. Observamos no REsp, 332.589/MS o entendimento que a indenização “por dano moral sofrida pela vítima, visa punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza⁴⁷”. Idêntico teor encontra-se na decisão do REsp 337.739/SP⁴⁸ de relatoria do mesmo ministro.

Ainda no âmbito do STJ, também o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira já decidiu no sentido de admitir o caráter punitivo. Consta da ementa do acórdão relativo ao REsp 389.879/MG⁴⁹ que: “A indenização pelo protesto indevido de título cambiárfome deve representar punição a quem indevidamente promoveu o ato e eficácia ressarcitória à parte atingida”.

No REsp 173.366/SP⁵⁰ o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira adotou o mesmo entendimento, em caso de recurso interposto pelo lesado que, alegando dissídio jurisprudencial, não se conformou com a indenização por dano moral fixada em valor correspondente ao dobro do valor atualizado do título indevidamente protestado, pois tal valor, de acordo com o entendimento do relator não tinha “o recomendável caráter punitivo à empresa que indevidamente protestou o título, nem terá eficácia ressarcitória à parte atingida ato ofensor, sequer cobrindo as despesas que certamente teve a parte recorrente, e que ainda poderá ter”.

Ao julgar o REsp 427.560/TO⁵¹ a Primeira Turma do STJ deliberou que a “fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do *quantum* e na capacidade econômica do sucumbente”.

4.4 CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DO DANO MORAL

A da avaliação do dano, é uma fase das mais difíceis, e deve ser realizada após ser configurada a obrigatoriedade de indenizar, conforme demonstra Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 29), ao afirmar que “cabe ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e da jurisprudência, a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de *puro arbítrio*, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia”.

⁴⁶Dano moral no direito brasileiro, in RDR nº 8, p.4.

⁴⁷Acórdão unânime da Terceira Turma, rel. Min. Costa Leite, publicado no D.J. em 15/04/2002, p. 216

⁴⁸Publicado no D.J. 08/04/2002, p. 213.

⁴⁹Acórdão da Quarta Turma, publicado no D.J. em 02/09/2002, p. 196.

⁵⁰Acórdão unânime da Quarta Turma, em 03/12/88. Publicado no D.J. em 03/05/99.

⁵¹Acórdão da lavara do Min. Luiz Fux, publicado no D.J. em 30/09/2002, p. 204.

Bittar (1999, p. 279), classifica os sistemas em tarifados e abertos, defendendo que a doutrina e algumas leis do exterior têm: “delineado parâmetros para a efetiva determinação do *quantum*, nos sistemas a que denominamos de abertos, ou seja, que deixam ao juiz a atribuição”.

Nos sistemas tarifados, os valores são predeterminados em lei ou na jurisprudência, o qual foi adotado em raras hipóteses, tais como o Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei de Imprensa e Código Eleitoral. Verifica-se ainda que a jurisprudência do STJ é farta em decisões que consideram não recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 as normas que disciplinam, de forma pré-estabelecida, a avaliação do dano moral.

Entretanto, Guilherme Couto de Castro (2000, p. 26-27) argumenta que “devem ser adotadas, como ponto de partida, normas legais que estabeleçam algum critério”, sendo “válido e recomendável o recurso analógico à Lei de Imprensa ou ao já revogado Código Brasileiro de Telecomunicações, que trabalham com piso e teto para fixar, apuradas as circunstâncias, o dano moral em casos específicos de lesão à honra”.

Em contrapartida, como já observado, o STJ tem repudiado a aplicação do sistema tarifado, tanto nos próprios casos específicos disciplinados na legislação, previstos em leis promulgadas antes do advento da Constituição Federal de 1988, bem como nas hipóteses de aplicação analógica adotada pelas instâncias inferiores.

Em relação ao sistema aberto, Carlos Bittar (1999), afirma que a denominação é utilizada para se referir à opção, pelo legislador ou pela jurisprudência, de se atribuir ao Magistrado a atividade discricionária de fixar, de acordo com as características do caso concreto, o valor da indenização. Sendo este o critério preferido pela doutrina e jurisprudência, especialmente do STJ.

O Min. Eduardo Ribeiro assevera que “a fixação de critérios objetivos, conducentes a uma importância preestabelecida, não propicia bons resultados⁵²”, tal a variedade de ofensas que podem ser objeto de apreciação judicial.

4.5 CRITÉRIOS PARA A QUANTIFICAÇÃO DO VALOR DO DANO MORAL

Atualmente a questão mais difícil no âmbito do estudo da responsabilidade civil por dano extrapatrimonial, se encontra justamente na identificação dos critérios para o arbitramento do dano moral.

O Código Civil de 2002 deixa integralmente a cargo do juiz o arbitramento do valor da indenização, no mesmo sentido entende o STJ, rejeitando reiteradamente o sistema tarifado por considerá-lo em desacordo com a Constituição Federal de 1988.

⁵²Dano moral, RDR, nº 7, p. 10.

A jurisprudência do STJ se inclina no sentido da consolidação de alguns critérios que servem de parâmetros para que a decisão judicial não seja arbitrária. A partir do julgamento do REsp 135.202/SP, sob relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, a jurisprudência do STJ tem adotado, com variações pouco significativas, o entendimento segundo o qual, na indenização por danos morais, é “recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, 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 caso⁵³”.

Encontra-se no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência do STJ, parâmetros para a avaliação do dano moral, os quais não podem ser considerados definitivos, haja vista que a avaliação do dano moral é um tema que se encontra em constante evolução no direito pátrio.

4.5.1 A extensão do dano

A extensão do dano é, atualmente, o critério fundamental previsto no Código Civil de 2002, conforme disposto no *caput* do art. 944, ao estabelecer que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, trata-se de critério principal, mas não único, pois o próprio texto legal o adota com moderações, ao prever, no parágrafo único do art. 944, a possibilidade de que, diante de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz venha a reduzir, equitativamente a indenização.

Regina Beatriz Tavares da Silva (2002) entende que o dispositivo previsto no art. 944, *caput* do Código Civil de 2002 é insuficiente, aplicando-se apenas no caso de reparação do dano material, o qual possui caráter ressarcitório, já que na reparação do dano moral não há ressarcimento, por ser praticamente impossível a restauração do bem lesado. Defende a doutrinadora, com base nas lições de Carlos Alberto Bittar, a adoção dos critérios da compensação do lesado e o desestímulo ao lesante, inserindo-se “nesse contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito⁵⁴”.

Contudo, parece perfeitamente possível superar a apontada dificuldade em se aplicar ao dano moral o dispositivo conforme se encontra redigido, sendo perfeitamente aceitável a idéia de que a extensão do dano varia conforme a dimensão da lesão perpetrada.

Observamos no AgRg no Ag: 1240404/SP, sob relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, a redução do valor da indenização haja vista não existir motivos que justifiquem o valor exorbitante aplicado anteriormente, de acordo com a extensão do dano sofrido pela vítima, conforme se segue:

⁵³Acórdão unânime da Quarta Turma, publicado no D.J. em 03/08/98, p. 244.

⁵⁴SILVA, 2002, Op. cit., 841

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA. INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM 100 VEZES O VALOR DO APONTAMENTO INDEVIDO, QUE ALCANÇA A CIFRA DE MAIS DE MEIO MILHÃO DE REAIS. VALOR DESPROPORCIONAL COM A EXTENSÃO DO DANO. ACÓRDÃO RESCINDIDO. FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO CONSONANTE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A ação rescisória é o instrumento processual hábil à desconstituição da coisa julgada quando a decisão rescindenda violar literal disposição de lei. 2. Na espécie, houve a condenação em danos morais por indevida inscrição da ora agravante em cadastros de devedores inadimplentes em valor que alcança R\$ 575.400,06, sem que tenha sido apontada qualquer excepcionalidade que justifique uma quantia tão elevada e desproporcional. 3. Assim, rescindido o julgado, a fixação da indenização por danos morais em R\$ 25.500,00, à luz dos contornos fáticos da lide, guarda consonância com a jurisprudência desta Corte Superior em hipóteses semelhantes. 4. Agravo regimental não provido⁵⁵.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama demonstra a importância de se considerar à escala de valores quanto aos bens jurídicos tutelados, a exemplo do que ocorre na atribuição de responsabilidade penal:

Um primeiro passo na tarefa da fixação de parâmetros é exatamente observar a escala de valores quanto aos bens jurídicos tutelados no âmbito constitucional em perfeita coerência com as normas penais incriminadoras existentes. Não é sem razão, por exemplo, que a maior cominação de sanção penal se refira à prática delituosa consistente na violação do direito à vida, ou seja, ao crime de homicídio⁵⁶.

No que se refere a gravidade da lesão, parece que em tese, a lesão mais grave é a que atinge a própria vida, sendo o evento morte correspondente ao dano de maior magnitude, e portanto, ensejador das indenizações mais elevadas.

No caso da ocorrência da indenização por morte de irmã menor, o STJ “considerando as suas peculiaridades e o quantum já arbitrado em relação à autora-mãe”, arbitrou “a indenização por dano moral em igual valor (duzentos salários mínimos), a ser dividido entre os dois irmãos” gerando uma condenação total a ré de quatrocentos salários mínimos, a título de reparação do dano moral dos integrantes da família, conforme REsp 160.125/DF⁵⁷.

Observa-se ainda a aplicação de idêntico valor por ocasião do REsp 418.502/SP⁵⁸ nos autos de ação de indenização ajuizada em face do Estado de São Paulo, “em virtude de circunstâncias que envolveram o óbito do filho da autora, nas dependências do pronto socorro do Hospital Geral de Taipas”. Conforme consta do relatório do recurso especial, o *decujus* “sofria de infecção urinária, motivo pelo qual foi levado ao hospital com febre alta e crise hepática”. Sendo assim, em razão de estar o *decujus* debilitado e impossibilitado de medir as consequências de seus atos

⁵⁵STJ - AgRg no Ag: 1240404 SP 2009/0197160-2, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 14/05/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2013

⁵⁶Crítérios para a fixação da reparação do dano moral. Grandes temas da atualidade: dano moral, p. 236.

⁵⁷Acórdão sob relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no D.J. em 24/05/99, p. 172.

⁵⁸Acórdão da Primeira Turma, rel Min. Luiz Fux, publicado no D.J. em 30/09/02.

“passou pela janela para o lado de fora do prédio e não conseguindo equilibrar-se, caiu da altura de dois andares até a laje do 3º andar”. Ao fixar o quantum debeatur, argumentou o relator que “o valor da indenização a ser fixada na ação de indenização por danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica fática do réu, pois a condenação a título de danos morais fixados no acórdão recorrido no importe de 400 salários mínimos”.

Em um segundo degrau decrescente de gravidade, a lesão de maior magnitude corresponde ao dano na saúde física, haja vista que vem sempre acompanhado de sofrimento, razão que faz existir um dano mais amplo e complexo, em grau inferior somente a irreversível lesão à vida, com conseqüente evento morte.

Observamos que lesões à honra, à liberdade pessoal e à imagem estarão presentes apenas em um terceiro degrau decrescente em relação às lesões à vida e à saúde física.

4.5.2 Grau de culpa do lesante

Deve-se considerar o grau de culpa do causador do dano na avaliação do dano moral, conforme entendimento majoritário da doutrina, tratando-se de um parâmetro previsto no parágrafo único do art. 944 do Código Civil⁵⁹.

O ilustre Guilherme Couto de Castro (2000, p. 26-27), ensina que, “em face do seu caráter punitivo, a verba deve levar em conta a intensidade do dolo e o grau de culpa do responsável, bem como sua situação econômica”.

A culpa exerce papel fundamental quando se tratar de responsabilidade subjetiva, sendo dispensada a sua existência quando estivermos diante de uma responsabilidade objetiva.

No REsp 135.202/SP, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo, defende-se ser recomendável que “na fixação da indenização por danos morais, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, 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 caso⁶⁰”.

O grau de culpa do causador do dano e o nível do sofrimento do lesado foram considerados no julgamento do recurso especial nos autos de ação ajuizada para postular indenização pela falecimento de filho recém-nascido, tendo o STJ decidido no REsp 402.874/SP que “a quantia encontrada pelas instâncias ordinárias não se mostra abusiva”, ao contrário, segundo o argumento do relator, “mostra-se

⁵⁹Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

⁶⁰REsp135.202/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 19-5-98

moderada, a contar sobretudo a negligência dos réus e o sofrimento pela perda de um filho recém-nascido em decorrência do parto⁶¹.

Sendo observado ainda tal fato no REsp 401.592/DF, quando o STJ arbitrou em cinco mil reais o valor da indenização por dano moral em decorrência de exame laboratorial equivocado em que constou resultado positivo de HIV, sendo considerado neste caso “o ambiente de sofrimento e angústia que surgiu na família e no círculo de suas amizades e também a ressalva constante do laudo apresentado, que é fator de redução de responsabilidade⁶²”.

4.5.3 Punição do ofensor e exemplaridade

Miguel Reale (1992, p. 25-26), argumenta que “a fixação do valor da indenização, por dano moral, não pode deixar de atender à situação econômica do agente do dano, sob pena de ser apenas aparentemente ou ilusória a sanção penal que integra também a reparação exigível”.

Entende ainda Guilherme Couto Castro (2000, p. 69), que “a verba não deve ser fixada em valor vil, inexpressivo, não atendendo sequer a seu fim compensatório, mas também não deve ser transformada em fonte de enriquecimento, descaracterizando sua finalidade”, afirmando ainda o renomado doutrinador que “o montante, também em razão do caráter punitivo, deve ser fixado de modo a não admitir que o agente saia lucrando ou plenamente satisfeito com a ilegal conduta”.

Verificamos que o caráter punitivo pode ser substituído pelo princípio da exemplaridade adotado pela jurisprudência do STJ, pois o caráter punitivo, por ser próprio do direito penal, é recepcionado com muita cautela pela doutrina, sendo menos controverso o princípio da exemplaridade, haja vista não existir dificuldade em se admitir a reparação do dano moral com um caráter dissuasório de práticas semelhantes, por todos aqueles que tomem conhecimento da decisão.

O dicionário Aurélio (Ferreira, 2006) entende *exemplaridade* como algo com “qualidade ou caráter exemplar”, e *exemplar* como aquilo “que serve ou pode servir de exemplo, de modelo”. Sendo assim, o critério de exemplaridade oferece a vantagem de se moldar com maior grau de adequação ao ordenamento jurídico pátrio sem o inconveniente de ensejar uma pena sem prévia cominação legal.

No REsp 776732/RJ, de relatoria do Min. Humberto Martins, observamos de maneira brilhante a aplicação da exemplaridade, conforme se segue:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DECISÃO
CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO - LIQUIDAÇÃO -
EXTENSÃO DOS DANOS - PRETENSÃO DE REVISÃO DAS PROVAS -
IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ - CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE
DA INDENIZAÇÃO. 1. Hipótese em que o cidadão (vítima) em 7.7.1984 foi
arbitrariamente detido por oficiais da Marinha do Brasil em razão de simples
colisão de seu veículo com outro conduzido por aspirante daquela Arma.

⁶¹Acórdão da Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no D.J. em 01/07/2002, p. 351.

⁶²Acórdão da lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no D.J. em 02/09/2002, p. 197.

Após colidir, a vítima sofreu agressão física e verbal e foi ilegalmente preso por seis dias em cela da Marinha. Ficou incomunicável e sem cuidados médicos, comprovadamente diante do acórdão transitado em julgado no processo de cognição plena. O fato resultou em danos físicos e morais, e causou-lhe a deterioração da saúde. Devido o desenvolvimento de isquemia e diabetes, teve, inclusive os dedos dos pés amputados. 2. Ato ilícito, nexu direto e imediato, bem como danos comprovados e ratificados na instância ordinária. Liquidação de sentença que reconheceu pormenorizada e fundamentadamente a extensão dos abalos psíquicos sofridos pela vítima. Valor arbitrado de forma fundamentada, incluindo-se juros de 0,5% ao mês a partir da sentença de liquidação, no montante de R\$ 72.600,00 (setenta e dois mil e seiscentos reais), mais honorários advocatícios no montante de R\$ 3.630,00 (três mil, seiscentos e trinta reais). 3 Em casos excepcionais, a jurisprudência do STJ tem entendido, diante da abstração das teses, ser possível a revisão do montante arbitrado a título de danos morais, quanto teratológica a fundamentação da decisão condenatória ou absolutamente desarrazoado o valor, desde que não implique revisão do acervo fático-probatório. 4. No caso dos autos, ao revés, a peculiaridade é justamente a dor, a tristeza e o sofrimento vividos pela vítima, não havendo razão para tachar a condenação de desarrazoada, também não se pode ir além para revolver, como pretende a União, o substrato fático dos autos, por óbvio óbice da Súmula 07/STJ. 5. Razoável o quantum indenizatório devido a título de danos morais, que assegura 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 exemplaridade e da solidariedade. Recurso especial improvido⁶³.

Em acórdão⁶⁴ de relatoria do Min. Luiz Fux, o STJ adotou expressamente o princípio da exemplaridade, ao estipular que “a fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do *quantum* e na capacidade econômica do sucumbente”.

4.5.4 Culpa concorrente da vítima

O Código Civil em seu art. 945 estipula que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor”.

Verificamos que mesmo diante da culpa concorrente da vítima, não se pode eximir o autor, nos casos em que houver a culpa concorrente entre concessionária do transporte ferroviário e a vítima, pois diante destes casos no entendimento do STJ, a empresa, para que ocorra o acidente deve agir de maneira negligente, se tornando também responsável pelo sinistro, observamos tal posicionamento no REsp 1139997/RJ, sob a relatoria na Min. Nancy Andriighi, abaixo exposto:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. CULPA CONCORRENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. O STJ firmou entendimento no sentido de que há culpa concorrente entre a concessionária do transporte ferroviário e a vítima, seja pelo atropelamento desta por composição ferroviária, hipótese

⁶³STJ , Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 08/05/2007, T2 - SEGUNDA TURMA

⁶⁴REsp 427.560/TO, acórdão unânime de Primeira Turma, publicado no D.J. em 30/09/2002.

em que a primeira tem o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais de adensamento populacional, seja pela queda da vítima que, adotando um comportamento de elevado risco, viaja como "pingente". Em ambas as circunstâncias, concomitantemente à conduta imprudente da vítima, está presente a negligência da concessionária de transporte ferroviário, que não se cerca das práticas de cuidado necessário para evitar a ocorrência de sinistros. 2. Por não se enquadrar como excludente de responsabilidade, a concorrência de culpas não é suficiente para afastar o dever da concessionária de transporte ferroviário de indenizar pelos danos morais e materiais configurados. 3. A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição e a vedação do enriquecimento ilícito, levando-se em consideração o critério da proporcionalidade, bem como as peculiaridades de cada espécie. Precedentes. 4. A pensão mensal fixada, a título de danos materiais, à luz do disposto no art. 945 do CC/02, é devida a partir da data do evento danoso em se tratando de responsabilidade extracontratual, até a data em que o beneficiário - filho da vítima - completar 25 anos, quando se presume ter concluído sua formação. Precedentes. 5. A incidência do 13º salário e das férias remuneradas acrescidas de 1/3 na indenização pelos danos materiais somente é viável ante a comprovação de que a vítima fazia jus a esses benefícios na época do sinistro. Precedentes. 6. Sendo a União sucessora da recorrida, é desnecessária a constituição de capital para garantir o pagamento das prestações vincendas do pensionamento, desde que incluído o beneficiário em folha de pagamento. 7. Os juros moratórios de 6% ao ano são devidos a partir da data do evento danoso, na forma da Súmula 54 do STJ, observando-se o limite disposto nos arts. 1.062 e 1.063 do CC/16, até janeiro de 2003, momento a partir do qual passa a vigorar a disposição contida no art. 406 do CC/02, nos moldes do precedente da Corte Especial, que aplica a taxa SELIC. 8. A correção monetária, também incidente a partir do evento danoso e que deve ser alcançada mediante a aplicação de índice que reflita a variação de preços ao consumidor, terá sua incidência cessada a partir do momento em que iniciada a taxa SELIC, sob pena de bis in idem. Precedente. 9. Recurso especial parcialmente provido, com o afastamento da incidência da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC⁶⁵.

Observamos com tal preceito que a culpa concorrente da vítima não afasta o dever de indenizar, mas terá influência no arbitramento do valor da indenização, que deverá ser proporcional à participação do lesante no evento.

4.5.5 Situação econômica do ofensor e do ofendido

O poder econômico do ofendido e do ofensor tem sido considerado como critério orientador do arbitramento judicial do valor da reparação por dano moral, especialmente nas lesões à honra, onde constantemente para a avaliação do dano extrapatrimonial, observa-se a posição social do lesado.

Carlos Edison Monteiro Filho (2000), aceita apenas a consideração da capacidade econômica do ofensor, por considerar que o princípio da isonomia leva à rejeição do critério segundo o qual se deve investigar a situação em que vive a vítima:

⁶⁵STJ - REsp: 1139997 RJ 2009/0091125-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/02/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2011

Faz-se mister separar a capacidade econômica do ofensor, que evidentemente deve ser tomada em consideração pelo juiz, a fim de evitar uma indenização impraticável ou irrisória em face do caso concreto, da situação em que vive a vítima, que por si só não determina uma diferenciação de grau na apuração do valor do ressarcimento, vale dizer, não possui o condão de apontar um valor maior ou menor da reparação. Procedendo-se assim se atende não somente a razões mais objetivas, como também de justiça, já que como todos são iguais perante a lei, não há que se falar em reparação maior para o mais rico e menor para o mais pobre, em tema de dano moral. (MONTEIRO FILHO, 2000, p. 150).

Contudo, observamos no AgRg no AREsp 442471/GO processo que versava sobre prisão por estupro e atentado violento ao pudor, que o STJ, para deferir sua decisão, levou em consideração a condição econômica do ofensor e do ofendido, conforme exposto abaixo:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO POR ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO DIANTE DE COMPROVAÇÃO DA NÃO AUTORIA POR EXAMÉ DE DNA. RECOLHIMENTO AO CÂRCERE POR 6 MESES. DANOS MORAIS. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA COM RAZOABILIDADE (R\$ 60.000,00). IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A revisão do valor fixado a título de danos morais em razão de prisão indevida por estupro e atentado violento ao pudor encontra óbice na Súmula 07/STJ, uma vez que fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, a exemplo, da capacidade econômica do ofensor e do ofendido, a extensão do dano, o caráter pedagógico da indenização. 2. Somente é possível rever o valor a ser indenizado quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa no presente caso. 3. Agravo Regimental do Estado de Goiás desprovido⁶⁶.

Verificamos ainda que a posição social do ofensor e do ofendido foi critério considerado com destaque no AgRg no AREsp 459026/AC, sob relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, na decisão da Terceira Turma do STJ, que acompanhou o voto do ilustre ministro por unanimidade, conforme se segue:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TROCA DE BEBÊS EM MATERNIDADE PÚBLICA. DANO MORAL. REVISÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VERBA FIXADA COM RAZOABILIDADE (R\$ 15.000,00 PARA O MENOR E R\$ 50.000,00 PARA A GENITORA). IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A revisão do valor fixado a título de danos morais em razão da troca de bebês em maternidade pública encontra óbice na Súmula 7/STJ, uma vez que fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, a exemplo, da capacidade econômica do ofensor e do ofendido, a extensão do dano, o caráter pedagógico da indenização. 2. Somente é possível rever o valor a ser indenizado quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da

⁶⁶STJ - AgRg no AREsp: 442471 GO 2013/0397303-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 24/04/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2014

proporcionalidade, o que não se observa no presente caso. 3. Agravo Regimental do Estado do Acre desprovido⁶⁷.

Observamos a importância da avaliação da capacidade econômica das partes em inúmeros julgados do STJ, objetivando assim a aplicação de um valor justo à indenização, que nem seja irrisório, a fim de se evitar novas ocorrências, bem como que também não seja exorbitante o que poderia ocasionar o enriquecimento sem causa do ofendido.

4.5.6 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da vedação de excesso, tem forte presença no Direito Constitucional, estando presente também no Direito Administrativo, com o intuito de vedar o excesso por parte do administrador, é um princípio que ilumina o exercício de qualquer função pública, sendo aplicável também na função jurisdicional como princípio orientador da atividade de interpretar e aplicar o direito.

A utilização do princípio da proporcionalidade é empregado reiteradamente pelo STJ, no campo da responsabilidade civil, busca fazer com que a indenização não seja ínfima, mas também não cause enriquecimento sem causa para a vítima nem gravame excessivo para o causador do dano.

Observamos a utilização do princípio da proporcionalidade no REsp 1042208/RJ, sob relatoria da Min. Nancy Andrighi, conforme abaixo exposto:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALSA IMPUTAÇÃO DE FURTO. CONSTRANGIMENTO E HUMILHAÇÃO A QUE É SUBMETIDO O CONSUMIDOR, EM VIA PÚBLICA, PARA RETORNAR AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL E SER REVISTADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E PREQUESTIONAMENTO AUSENTES. VEDAÇÃO DO REVOLVIMENTO DO SUBSTRATO FÁTICO E PROBATÓRIO EM RECURSO ESPECIAL. VALOR DOS DANOS MORAIS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. - Não padece de omissão o acórdão recorrido se o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões pertinentes à resolução da controvérsia, embora sem adentrar expressamente na análise de dispositivos de lei invocados pelo recorrente, notadamente porque o julgador não está adstrito a decidir com base em teses jurídicas predeterminadas pela parte, bastando que fundamente suas conclusões como entender de Direito. - Se o Tribunal de origem atesta a presença dos pressupostos para a configuração da responsabilidade civil: (i) o fato, consubstanciado no comportamento do preposto da recorrente; (ii) o dano, caracterizado pela humilhação e situação vexatória a que foi submetido o recorrido, ao ser instado, em via pública a retornar ao estabelecimento comercial para ser revistado por falsa

⁶⁷STJ - AgRg no AREsp: 459026 AC 2014/0001914-9, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 24/04/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2014

imputação de furto; (iii) o nexo de causalidade entre a conduta da recorrente e o constrangimento experimentado pelo consumidor, não há como revolver, na via especial, o substrato fático e probatório colhido no processo e delineado no acórdão recorrido. - O valor dos danos morais, indiscutivelmente sofridos pelo consumidor, fixado em R\$ 7.000,00, não destoia da jurisprudência do STJ, em julgamentos de situações similares, que manteve a condenação em patamares inclusive superiores ao estabelecido no acórdão impugnado. Houve, portanto, razoabilidade e proporcionalidade no arbitramento da condenação, consideradas as peculiaridades do processo. - A não demonstração da similitude fática entre os julgados confrontados, afasta a apreciação do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional. Recurso especial não conhecido⁶⁸.

O art. 127 do Código de Processo Civil que diz “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”, entendendo o STJ no REsp 48.176-7/SP, de relatoria do Min. Eduardo Ribeiro, que:

A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução.

No julgamento do REsp 50.940/SP, a Quarta Turma do STJ acolheu o entendimento do relator, Min. Barros Monteiro, no sentido de que, inexistindo “um parâmetro próprio, há o Juiz de lançar mão dos princípios de equidade, do bom senso, recorrer, em suma, ao *arbitrium boni viri*”.

Tendo em vista a ausência de critérios objetivos definidos em lei para a avaliação do dano moral, tem-se campo fértil para o julgamento por equidade. Trata-se de tarefa desafiadora e difícil, que constitui valorosa oportunidade para que o magistrado exercite sua habilidade de descortinar o Direito sem solução pré-fabricada pelo legislador.

⁶⁸STJ - REsp: 1042208 RJ 2008/0063204-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/08/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/09/2008.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo do Direito, a responsabilidade civil é um dos temas mais atraentes, pois reflete a evolução e a complexidade das relações humanas e da sociedade, sendo a responsabilidade por dano moral, no ordenamento jurídico pátrio, um instituto que ainda necessita de uma melhor explicação pela doutrina, e interpretação pela jurisprudência.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a admissibilidade do dano moral deixou de ser tema controverso, não gerando desde então maiores discussões na doutrina e na jurisprudência. Surgindo sob a égide da atual Constituição leis infraconstitucionais que prevêm a reparação do dano moral sem estabelecer critérios objetivos ou limites para a fixação da indenização, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Direitos Autorais e do Código Civil de 2002. Sendo assim, a polêmica atual se concentra nos aspectos relativos à configuração, à prova, à titularidade do direito à reparação, e em especial à avaliação do dano moral.

Em contraste com a operação mental utilizada para se aferir o valor do dano material, o raciocínio necessário para se alcançar o *quantum debeatur* na indenização do dano moral é mais difícil e sofisticado, lidando nesse aspecto o operador do direito com uma margem de discricionariedade, a qual, contudo não pode servir de pretexto para se negar a ampla tutela dos direitos da personalidade.

O direito positivo brasileiro estabelece em raras hipóteses parâmetros objetivos para a aferição do valor da indenização, paralelamente, a jurisprudência do STJ tem considerado não recepcionados pela Constituição Federal os limites estabelecidos na legislação infraconstitucional, a exemplo do que ocorre com a lei de imprensa.

Observa-se que em raras oportunidades o ordenamento jurídico confere aos magistrados poderes tão amplos, como ocorre na apreciação do dano moral, o que aumenta a sua responsabilidade social e institucional, reforçando assim o papel da jurisprudência como fonte de direito. Sem amparo em limites objetivos e impessoais da lei, o Poder Judiciário fica mais exposto às críticas da mídia, da sociedade e das instituições essenciais à função jurisdicional do Estado. Nessa seara, o Superior Tribunal de Justiça desempenha papel destacado, por ser o órgão jurisdicional com vocação constitucional para zelar pela uniformidade da interpretação do direito objetivo federal.

Na avaliação do dano moral, a extensão do dano, apreciada com base na gravidade da lesão, revela-se como critério preponderante, tratando-se de um parâmetro previsto no art. 944 do Código Civil e respaldado na jurisprudência do STJ, a qual considera relevante o tipo de lesão perpetrada para a fixação do valor da indenização. Posteriormente, para a adequada fixação do *quantum debeatur*, deve-se considerar a conduta do agente causador do dano, a fim de que o valor da indenização seja compatível com o grau de culpa do lesante e a exemplaridade da condenação. A culpa concorrente da vítima e a situação econômica das partes envolvidas devem também ser observadas e ponderadas à luz da equidade. O princípio que iluminara todo o processo decisório é o da proporcionalidade,

buscando a solução mais correta, justa e adequada possível, que deverá ter uma fundamentação que se baseie em razões consistentes, capazes de sustentar a legitimidade que se espera da prestação jurisdicional.

Diante da ausência de disciplina legal sistemática que cuide do arbitramento do dano moral, a fixação da indenização realiza-se mediante a avaliação dos critérios estipulados pela doutrina e pela jurisprudência, buscando-se uma uniformização das decisões judiciais, observando com isto o princípio da igualdade, preservando a boa imagem e a credibilidade do judiciário, e evitando-se proferir decisões discrepantes, as quais distanciem o Poder Judiciário dos ideais de justiça que justificam a sua existência.

BIBLIOGRAFIA

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

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

AUGUSTIN, Sérgio. **Dano moral e sua quantificação**. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, volumes I e II.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2006.

FONTOURA, Iara P.; SABATOVSKI, Emílio. **Dano moral nos tribunais**. Curitiba: Juruá, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios para a fixação da reparação do dano moral. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GEORGES, Ripert. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. **Temas de Direito Positivo**. São Paulo: RT, 1992.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 4.

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

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; FIÚZA, Ricardo. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SINDON, Maria José Othon. **Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.