

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E SOCIAL

DANO MORAL: A REPARAÇÃO E FIXAÇÃO DO “QUANTUM”

ROMAR CHENTA

9220535-6

FLORIANÓPOLIS, JULHO/1997

DANO MORAL: A REPARAÇÃO E FIXAÇÃO DO SEU QUANTUM

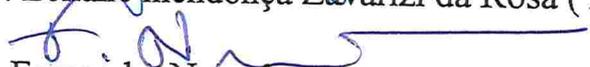
Monografia apresentada ao Departamento
Direito Privado e Social do Centro de
Ciências jurídicas da universidade
Federal de Santa Catarina para a obtenção
do grau de bacharel em Direito, tendo sido
aprovada pelos membros da banca
examinadora.

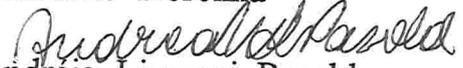
Bacharelando: ROMAR CHENTA

Orientadora: Prof^ª. LEILANE MENDONÇA ZAVARIZI DA ROSA

BANCA EXAMINADORA:


Prof^ª. Leilane mendonça Zavarizi da Rosa (Presidente)


Prof. Fernando Noronha


Prof. Andréia Limongi Pasold

Coordenador de Monografia/DPS:

Prof. Sérgio Cherem

FLORIANÓPOLIS, JUIHO DE 1997

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo modelo de vida, luta e fé no futuro.

A Antônio Marcos Fabris, pelo exemplo de grandeza e coragem.

A Paulo Ferreira, pelo desprendimento e alegria.

A Dilani Bassan, pela dedicação e o companheirismo.

A Débora Sukerman, pela integridade, pelo seu amor e pelos momentos de felicidade que partilhamos.

A Mateus (“Pedrinha”) sua existência é o motivo maior de toda a minha luta

A todas as pessoas que contribuíram para meu crescimento como pessoa e homem.

ABREVIATURAS E SIGLAS USADAS

CC- Código Civil

CDC- Código de defesa do Consumidor

CF/88- Constituição Federal do Brasil

CPC- Código de Processo Civil

JSTF- Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

RF- Revista Forense

RT- Revista dos Tribunais

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

TJSC- Tribunal de Justiça de Santa Catarina

INTRODUÇÃO

A proposta inicial, é fazer uma pequena reflexão no que concerne à responsabilidade civil quanto à existência e à reparação, no tocante ao dano moral, que seja justa tanto para o ofensor quanto para o ofendido. Tendo em vista as limitações de tempo e dificuldade em trabalhar um tema tão vasto a pretensão é tão só tal reflexão.

Esta monografia terá como objeto a hipótese de dano moral no tocante à sua reparação e à fixação do “quantum”.

Nessa perspectiva, no capítulo I, será feita uma breve mas necessária abordagem sobre a teoria da responsabilidade civil, conceito, sua fonte, fundamento, requisitos, noções gerais e principais disposições legais.

No capítulo II, buscar-se-á preliminarmente definir o dano, especificando os tipos a serem abordados. Será feita a distinção entre o dano material e o moral. Uma vez estabelecida as diferenças entre ambas, far-se-á uma retrospectiva histórica para, sinteticamente, analisar como era reparado o dano moral pelos povos . Na seqüência, será conceituado o dano moral, ora objeto do presente estudo. Após, aborda-

se-á a legislação que serve de suporte visando a reparação do dano moral.

No capítulo III, serão levantadas as principais objeções, quais os grupos que defendem a impossibilidade de se ressarcir o dano moral. Na continuação, estabelecer-se-á os critérios e pressupostos que deverão ser levados em consideração pelo julgador para estabelecer a indenização do dano. Ainda neste capítulo estabelecer-se-á quais são os elementos que influirão na definição do “quantum”.

Por último, a título de enriquecimento do presente estudo, serão acrescidos alguns julgados proferidos pelos nossos Tribunais Pátrios no que se refere ao ressarcimento do dano moral.

CAPÍTULO I: RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO

Neste primeiro capítulo, far-se-á uma análise teórica da teoria da responsabilidade civil: conceituação, fonte, fundamento, seus requisitos e considerações gerais.

1.1 CONCEITO

A palavra responsabilidade origina-se do latim “re-spondere”, que encerra a idéia de segurança ou garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.¹

Para Caio Mário da Silva Pereira, a responsabilidade civil consiste:

na efetivação da responsabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade

¹ Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, pág.15.

civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.^{2:}

1.2- FONTE DA RESPONSABILIDADE JURÍDICA

Leciona José de Aguiar Dias que “ toda a manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”, e define esta última conforme o ensinamento de Marton:

Responsabilidade é a situação de quem tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências estas que podem, ou não, estar previstas.³

A responsabilidade jurídica, penal ou civil, decorre da violação livre de norma jurídica ou dever preexistente. Assim, entre responsabilidade penal e civil, não há diferença ontológica no que se refere a sua origem , pois, ambas surgem de atos ilícitos. Leciona Caio

^{2:} PEREIRA, Caio Mário da Silva, responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1989, pág. 16.

^{3.} Dias, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 03.

Mário que o ilícito civil e criminal....” têm o mesmo fundamento ético: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente.”⁴;

No mesmo diapasão, Dias se une à teoria de Merkel, que estabelece ...” contra a distinção entre ilícito penal e civil, o princípio de que todo ilícito representa sempre uma voluntária rebelião contra a lei.”⁵;

1.3- FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

José de Aguiar Dias acredita, que o prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social, e, por isso, o fundamento da responsabilidade civil é o interesse da manutenção do equilíbrio social estabelecido, fundamento este que, segundo o autor, contém os elementos prevenção e restituição:

⁴. Apud DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 7. ed. atual. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 276.

5.DIAS , José de Aguiar, op. cit., p. 08

.no plano temporal, a prevenção, com o caráter de intimidação, visando a evitar o dano, dá à responsabilidade civil o aspecto de meio relacionado ao futuro, enquanto a restituição lhe atribui um meio ligado ao passado, porque trata de restaurar. Ora, entre esses dois termos fica, como contemplação presente da responsabilidade, a manutenção do equilíbrio social, que se afere de acordo com a ordem jurídico-política vigente.⁶

A responsabilidade civil decorre do não cumprimento de obrigação ou dever preexistente, postos na lei (esta como a principal forma de manifestação do direito em nosso tempo) ou, no princípio geral do direito privado “ de não causar prejuízo a ninguém , em outras palavras”, respeitar a pessoa e os bens dos outros”. A pessoa que causa um prejuízo a outra, ou desrespeita os bens alheios está obrigada a reparar o dano. É uma decorrência necessária pela prática de seu ato ilícito, independe de um contrato, por isso a responsabilidade é chamada de extracontratual.

A responsabilidade civil surge com o descumprimento de obrigação ou dever preexistente, sendo estes fixados na lei(esta como a principal forma de manifestação do direito do nosso tempo) ou, no princípio geral do direito privado”de não causar prejuízo a ninguém”, ou

⁶ Idem, p. 100/101.

em outras palavras, “respeitar a pessoa e os bens alheios”(que informa o art. 159 do C.C. , de onde resulta a responsabilidade a responsabilidade civil extracontratual).

A responsabilidade civil contratual, por sua vez, resulta do descumprimento do contrato(expressão de outro princípio geral do direito moderno: a autonomia da vontade), instrumento através do qual os contratantes criam para si direitos e obrigações recíprocas, e que, como se ressalta, faz “leis entre as partes”.

Contudo, mais que um preceito moral, a obrigatoriedade dos contratos advém, em última análise, do ordenamento jurídico (fonte mediata), que assim determina: “pacta sunt servanda”.⁷

De todo modo, a responsabilidade civil implica na obrigação de reparar o dano causado a outrem.

⁷ . “A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”(art. 1.92,§ único do C.C).

1.4- REQUISITOS E NOÇÕES GERAIS

De acordo com a doutrina clássica, os pressupostos/requisitos da obrigação de indenizar são a ação ou omissão do agente, a culpa(em regra), o dano, e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão culposa e o dano. Como se sabe, à expressão culpa, no Direito Civil, é atribuído um sentido amplo, abrangendo tanto o dolo ou má-fé (intenção de prejudicar), quanto a culpa “stricto sensu” traduzida na imprudência, imperícia ou negligência ; e classificada, conforme o grau, em grave leve ou levíssima.

Desde a “Lei Aquilia”(286 a.c.), para caracterizar a obrigação de reparar o dano, basta a culpa levíssima(“In lege Aquilia et levissima culpa venit”). Desse modo, não importa o grau de culpabilidade. Importa, sim, a extensão do dano, isto é, o alcance do prejuízo experimentado pela vítima. É com base nesse que será fixado o montante ou “quantum” da indenização. Sem dano, não há que se falar em responsabilidade civil.

O ônus da prova da ação o omissão culposa, do dano e do nexos de causalidade entre ambos, incumbe, em tese, àquele que vier a juízo postular a reparação do dano que sofreu em virtude de violação de um direito ou de um prejuízo causado por outrem.⁸

Em matéria contratual, o credor não precisa provar a culpa do devedor, no inadimplemento ou na mora, havendo presunção em relação a esta, cabendo ao devedor provar sua ausência.⁹

Conforme Savatier, "...o elemento objetivo da culpa é o dever violado...", enquanto que "... a imputabilidade do agente representa o elemento subjetivo da culpa."¹⁰

No que se refere ao elemento subjetivo, há dois critérios para aferição da culpa. O primeiro é da culpa "in abstracto", que compara a conduta do agente a do homem "normal" do "homem médio", "do bonus pater familias", conceito herdado do direito romano. É objetivo.

⁸ Tal princípio (actori incumbit probatio) está insculpido no art. 333 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que o ônus da prova incumbe: - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Alerta-se, todavia, que ele vem sendo abrandado e recebendo nova significação, pela doutrina e jurisprudência, em matéria de responsabilidade civil, com respaldo legal em dispositivos processuais, como os arts. 334, I e 335 do próprio CPC, aliados às disposições da parte geral do Código Civil, como o art. 136, V, que admite a construção de presunções, resultando na inversão do ônus da prova.

⁹ Dispõe o art. 1.056 do CC, *In verbis*: Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos".

¹⁰ Apud, Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p.29.

O segundo critério, é da culpa “in concreto”, que leva em consideração a apreciação moral do íntimo do agente e as circunstâncias concretas em que se deu a conduta do agente. É adotado pelo direito penal, enquanto o critério da culpa in abstracto é preponderantemente utilizado na caracterização de responsabilidade civil.

As presunções relativas ou “juris tantum”, invertem o ônus da prova, admitindo prova em contrário, são artifícios construídos com base na experiência comum, na análise do que ordinariamente acontece (art. 333 do CPC), apresentando, dessa maneira, contornos objetivos.

Dias, analisando tais critérios e a dificuldade ou mesmo impossibilidade de se averiguar subjetivamente a culpa, conclui:

Sem dúvida nenhuma, o que se verifica, em matéria de responsabilidade, é o progressivo abandono da regra “actori incumbit probatio”, no seu sentido absoluto, em favor da fórmula de que a prova incumbe a quem alega contra a normalidade, que é válida tanto para a apuração de culpa como para a verificação da causalidade. À noção de normalidade se juntam, aperfeiçoando a fórmula, as de probabilidade e verossimilhança que, uma vez se apresentem em grau relevante, justificam a criação das presunções de culpa.¹¹

¹¹ . DÍAS, José de Aguiar, op. cit., p. 92. O autor tece forte crítica aos partidários da teoria da culpa, mormente quando a tomam como fundamento da responsabilidade civil, porquanto, ao adotar o critério in abstracto de averiguação, estes acabam por distanciar-se do seu próprio conteúdo, que é a apreciação moral do íntimo do agente.

Diante da complexidade das relações sociais, os conflitos adquiriram maior relevo, face a tudo isso, o sistema baseado na culpa, não consegue equacionar eficazmente as referidas contendas.

Para fazer frente a essa demanda, está ganhando espaço na doutrina e jurisprudência mundial, a teoria da responsabilidade civil objetiva, a qual independe de culpa para a sua caracterização. Ou seja, a obrigação de indenizar decorre da existência do dano e seu nexó causal com a ação ou omissão do agente.

O referido sistema, não é incompatível, tampouco, visa suplantar o baseado na culpa, mas o complementa, principalmente em determinadas atividades potencialmente perigosas ou com risco maior de dano. O que prevalece é a regra, ou seja, a culpa é pressuposto da obrigação de reparar o dano, enquanto que as hipóteses de responsabilidade civil objetiva devem estar expressas na lei.¹²

Saleilles, ator francês que, juntamente com Josserand, divulgou a teoria objetiva, ... classifica de falsa e até humilhante a idéia de culpa, e considera que é mais eqüitativo e mais conforme à dignidade humana, que cada qual assuma os riscos de sua atividade voluntária e livre",¹³

¹² . Como exemplo de dispositivo legal que acolheu a teoria da responsabilidade objetiva, destacam-se: o art. 37, § 6º da CF/88

¹³ . Apud, DIAS, José de Aguiar, op. cit., p.56.

Inclue-se, também, como pressuposto da obrigação de indenizar, a antijuridicidade. Prevê o art. 160 do CC que não constituem atos ilícitos os praticados: em legítima defesa; no exercício regular de um direito reconhecido; ou em estado de necessidade, consistente este na deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente, desde que as circunstâncias o tornem absolutamente necessário, não excedendo, os elementos do indispensável para a remoção do perigo.¹⁴

As hipóteses previstas no art. 160 do C.C. não rompem o nexo de causalidade, mas constituem-se em excludentes de ilicitude. Há conduta (ação ou omissão) lesiva, nexo causal e dano, mas resta caracterizada uma excludente de ilicitude ou antijuridicidade, e, conseqüentemente, inexistente a obrigação de indenizar, ressalvadas as soluções legais contidas nos arts. 1.519, 1520 e 1.540 do CC, que são informadas, salvo melhor juízo, pelo intuito de restaurar o equilíbrio jurídico-social rompido pelo dano. Do pressuposto de que o ato lesivo seja voluntário, resulta que os prejuízos decorrentes de força da natureza (raios, enchentes) ou por circunstâncias externas à vontade do agente, são excludentes da responsabilidade civil .Deste modo, a força maior e o caso fortuíto, fatos

¹⁴ .Tocante ao estado de necessidade, entretanto, observa-se-se o que dispõe os art.1.519 e 1.520 do CC. Com efeito, nessas hipóteses, bem como na do art. 1.540 do mesmo código,...”a lei civil, embora reconhecendo a licitude do fato, determina a obrigação do ressarcimento do dano” (JESUS, Damásio E. de. Código de processo penal anotado.10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 76).

imprevisíveis e inevitáveis(art. 1058 C.C) , bem como a culpa exclusiva da vítima, visto que excluem a caracterização da culpa, inexistindo, ainda, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso.

No que diz respeito à relação de causalidade, outro pressuposto, o nosso Código Civil adotou a teoria do dano direto e imediato, o que exclui por dedução, os danos indiretos e remotos. A jurisprudência pátria adotou outras teorias, baseadas no primado da mais ampla reparabilidade possível. Entre eles vale destacar a da causalidade adequada, pela qual deve ser atribuído ao agente tudo aquilo que for decorrente de uma evolução natural dos acontecimentos e o dano em “ricochete”, que é indireto e também vem sendo aceito a sua indenização.

Por último, o dano, condição “sine qua non” da responsabilidade civil, é pressuposto que vem se sobrepujando sobre o rigorismo da prova(caracterização) da culpa. Abrange, conforme o art. 1.059 do C.C., além do que efetivamente se perdeu (danos emergentes), e o que razoavelmente se deixou de ganhar (lucros cessantes).

No que se refere ao lucro cessante, pontifica Fischer, em atenção ao requisitos de certeza e atualidade do dano, que:

....não basta, pois, a simples possibilidade de realização do lucro, mas também não é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a inferência de evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas, e das circunstâncias especiais do caso concreto¹⁵

Outra noção básica a ser ressaltada é a de que a responsabilidade civil é patrimonial salvo as exceções constitucionais (art. 5º, LXVII da CF/88). Historicamente, tal evolução deu-se com a “Lex Poetelia”, de 326 a.c. Ou seja, diferentemente do ilícito penal, o ilícito civil não gera coação pessoal, mas sim patrimonial ou econômica. Tal princípio está contemplado no art. 1.518 do C.C., referente ao ato ilícito. Por ele, os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

Prevalece hoje, o entendimento doutrinário que a reparação do dano deverá ser a mais ampla possível, podendo ser cumulados o

¹⁵ Apud GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 403; DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 720/721 (sem o grifo nos originais).

dano material e o moral, assunto que será abordado no próximo capítulo face à importância que tem ao objeto desta monografia.

CAPITULO II - DANO PATRIMONIAL: MATERIAL E MORAL.

Neste capítulo será feita uma análise buscando dar uma definição de Dano: Moral e material, com seus respectivos conceitos, diferenças, histórico do dano moral e o seu fundamento jurídico

2.1-CONCEITO DE DANO

Para Agostinho Alvim, o termo dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral; mas, em sentido estrito, dano é a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro¹⁶

Maria Helena Diniz, com apoio em Lúcio Botelho, considera o dano como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.¹⁷

¹⁶ .ALVIM, Agostinho. Da inexecução das Obrigações e suas conseqüências, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Jurídica e Universitária, 1975, pág. 171.

¹⁷ .DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol 7, 7 ed. atual. São Paulo:Saraiva, 1989, pág.48.

Tem sido objeto de acirradas críticas o oferecimento do conceito de dano vinculado sempre à idéia de diminuição do patrimônio do ofendido, sendo que os doutrinadores mais modernos preferem hoje considerar o dano como a simples diminuição ou subtração de um bem jurídico, na forma proposta pelo jurista Alfredo Minozzi¹⁸ porquanto a idéia de dano surge das modificações do estado de bem estar da pessoa, que vem em seguida à diminuição ou perda de qualquer dos seus bens originários ou derivados extrapatrimoniais ou patrimoniais.

2.2. DANO PATRIMONIAL OU MATERIAL E MORAL.

As lesões ao direito podem atingir aspectos materiais ou morais da esfera jurídica dos titulares diretos, causando-lhes sentimentos negativos, dores, desprestígio, redução do patrimônio, desequilíbrio em

¹⁸ Apud, Teresa Ancona Lopes de Magalhães. O dano estético, Responsabilidade Civil, Revista dos Tribunais, pág. 6.

sua situação psíquica, em suma, perturbação em suas integridades pessoal, moral ou profissional.

Tendo em vista que os entes personalizados são dotados de componentes materiais e morais, pode o dano repercutir em um ou outro plano surgindo daí a sua classificação.

Deve se notar, alerta Minozzi, que...” a distinção entre dano patrimonial e dano moral só diz respeito aos efeitos, não à origem do dano. Neste aspecto, o dano é indivisível”.¹⁹

A origem do dano é sempre a violação de direito alheio.

O dano patrimonial ou material é o dano consistente em prejuízo de ordem econômica suportado pelo ofendido. É aquele que afeta os bens materiais do indivíduo. Há lesões que afetam o indivíduo no seu trabalho, na sua reputação e que, embora não atinjam diretamente o patrimônio material deste, o fazem reflexamente, implicando em um prejuízo de ordem patrimonial.

A noção de dano patrimonial decorre do conceito econômico de dano, tomado pelo Direito das Obrigações, conceito esse que contém a idéia de valor monetário, de suscetibilidade de apreciação em dinheiro.

¹⁹ .Apud, DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1995, pág. 16.

Dessa maneira, explica José de Aguiar Dias que o dano patrimonial..." se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação²⁰

Por seu turno, os danos morais tem no seu fundamento, na sua essência, a dor, seja na aceção física ou moral, dor esta que é insuscetível de apreciação econômica. Esse dano não tem qualquer repercussão na esfera econômica ou patrimonial do indivíduo; atingem tão somente os valores espirituais do lesado.

Melhor elucidando o conceito, assim define Dias, se referindo aos ensinamentos de Minozzi:

Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem, ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não-patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a um bem material²¹

²⁰ .DIAS, José de Aguiar. da responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 718.

²¹ .DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág.729.

Cumprе ressaltar que o uso de expressões distintivas das duas categorias de dano pode ser feito sob um outro ponto de vista, que atribui maior significação à expressão patrimônio, extrapolando o conceito econômico para abranger todo o complexo de bens e direitos da pessoa, tanto de ordem material, corpórea, como de índole imaterial, espiritual ou incorpórea, ou seja, os suscetíveis e os não suscetíveis de serem apreciados em moeda.

Tal divergência quanto à conceituação da expressão patrimônio, pode, por um lado, apresentar-se destituída de maior interesse, posto que o elemento característico do dano moral, que é a impossibilidade de apreciação pecuniária da dor ("pecunia doloris"), mantém-se incontroverso.

De outro lado, todavia, essa formulação de um conceito jurídico mais amplo de patrimônio mostra-se mais adequado e em consonância com os rumos do ordenamento jurídico pátrio após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a progressiva valorização e consciência, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, da necessidade de tutelar de maneira efetiva, os direitos da personalidade.

Sintetizando, todo o patrimônio dos indivíduos merece tutela estatal.

Cumprе ressaltar que o uso de expressões distintas das duas categorias de dano pode ser feito sob um outro ponto de vista, que atribui maior significação à expressão patrimônio, extrapolando o conceito econômico para abranger todo o complexo de bens e direitos da pessoa, tanto de ordem material, corpórea, como de índole imaterial, espiritual ou incorpórea, ou seja, os suscetíveis e os não suscetíveis de serem apreciados em moeda.

Tal divergência quanto à conceituação da expressão patrimônio, pode, por um lado, apresentar-se destituída de maior interesse, posto que o elemento característico do dano moral, que é a impossibilidade de apreciação pecuniária da dor ("pecunia doloris"), mantém-se incontroverso.

De outro lado, todavia, essa formulação de um conceito jurídico mais amplo de patrimônio mostra-se mais adequado e em consonância com os rumos do ordenamento jurídico pátrio após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a progressiva valorização e consciência, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, da necessidade de tutelar de maneira efetiva, os direitos da personalidade.

Sintetizando, todo o patrimônio dos indivíduos merece tutela estatal.

Para Clayton Reis, a diferença dessas lesões reside, substancialmente, na forma de reparação:

enquanto no caso dos danos materiais a reparação tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao seu statu quo ante ou possibilitar à vítima a aquisição de outro eminentemente moral. Neste é impossível repor as coisas ao seu estado anterior”, bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre, no entanto, com relação ao dano eminentemente moral²²

Dessa forma, enquanto uma repõe o patrimônio lesado, a outra compensa o desgosto sofrido pelo lesado, em virtude da ação ilícita do lesionador.

Neste sentido reside a diferença entre o dano material e o dano moral, porquanto as causas e efeitos são diferentes. no dano material, atinge-se o bem físico, reparando-se a sua perda.

No moral, lesiona-se o bem espiritual, compensando-se a sua perda em dinheiro que garanta à vítima uma satisfação compensatória.

²² .REIS, Clayton. dano moral, Rio de Janeiro: Forense. 1995, pág. 4-5.

Portanto, uma vez provado o dano, seja ele de ordem material ou moral, cabe ao lesado responsabilizar o seu causador. Com isso, busca-se na reparação recuperar o dano, a lesão sofrida. Uma vez não sendo possível aferir-se a sua extensão, atribui-se uma compensação financeira.)

2.3-HISTÓRICO DO DANO MORAL

A primeira noção de que se tem conhecimento na história da civilização acerca do dano e sua reparação, encontra-se no Código de Hamurabi, através de um sistema codificado de leis, surgiu na Mesopotâmia, através de Hamurabi, rei da Babilônia(1792- 1750 a.c.)

Segundo Clayton Reis, o princípio geral do código era: “ o forte não prejudicará o fraco, a lei determina que, se o agressor e o agredido pertencem à mesma classe social, seja aplicada a pena de talião: “olho por olho”²³. As ofensas pessoais eram reparadas na mesma classe social, à custa de ofensas idênticas. Todavia, o Código incluía ainda a reparação do dano a custa de pagamento de um valor pecuniário. Demonstrava profunda preocupação com os lesados, destinando-lhe reparação exatamente equivalente à sofrida. Embora ainda não existisse uma reparação pecuniária, o causador do dano era obrigado a indenizar o lesado. Portanto, ainda que de forma primitiva, o dano moral já era contemplada por este Código.

As Leis de Manu. Tal código demonstrou profundo e indiscutível avanço em relação ao de Hamurabi, visto que, tratava a reparabilidade

²³ . REIS, Clayton. Dano Moral, Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 10.

do dano em pecúnia. Através desta reparação, suprimiu-se a violência física a qual gerava no lesado necessidade de vingança.

Em Roma. No direito romano, surge a distinção entre delitos públicos, compreendidos assim os que ofendiam o Estado, e delitos privados, que atacavam o particular. A Lei das XII Tábuas, “a Lex Aquilia e a Legislação Justinianéia são as grandes construções legislativas da civilização romana.

Através da “actio injuriarum aestimatoria”, o juiz aplicava ao ofensor uma pena em dinheiro, em favor do ofendido, pelas ofensas morais sofridas, levando em conta as circunstâncias do caso concreto, donde se percebe que, inobstante ainda com caráter de pena (privada), o dano moral já era tutelado, através da reparação pecuniária.

Segundo Reis, os romanos possuíam exata noção de reparação pecuniária do dano, e já aceitavam, ainda que primariamente, a reparação do dano moral. Contudo, esclarece que ...” restou igualmente incontroverso que os romanos não questionavam a que título o dano havia sido perpetrado”²⁴.

França. No período do antigo direito Francês, não era conhecida a questão subjetiva do dano, ou seja, a culpa, para ensejar a reparação do

²⁴: REIS, Clayton, op. Cit., p.19.

ato ilícito .Portanto, a noção do dano era eminentemente objetiva. Uma vez provado o dano, a reparação era devida.

2.4 -FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DANO MORAL.

A Constituição Federal do Brasil veio encerrar as controvérsias a respeito da reparabilidade ou não do dano moral, se posicionando pela mais ampla reparabilidade deste, é o que se comprova, no seu art. 5º incisos V e X, que assim se manifesta:²⁵

é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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;

²⁵: BRASIL, Cosnstituição(1988) I. Oliveira, Juarez de. 13ª ed. São paulo: Saraiva, 1996.

No mesmo diapasão, o artigo 159 do referido código prescreve assim:

art. 159.- aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

O artigo 159 do C.C suscitou uma polêmica na doutrina. Há doutrinadores que entendem que o supracitado artigo não se refere à reparação por danos morais, portanto a sua interpretação não deve ser estendida para abrangê-lo. Porém, há outra corrente que se posiciona pela ampla reparabilidade do dano, incluindo inclusive o moral. Entendem os defensores desta corrente que ao se referir em dano, o legislador tinha presente também o moral.

Ainda, no mesmo Código Civil, os artigos 1537, 1538, 1539, 1543, 1.547, 1548, 1549 e 1.550 definem a reparação dos danos morais provenientes de lesão à honra da vítima e da mulher agravada em sua honra.

Há ainda, as leis especiais em que é definida a reparabilidade por danos morais. Senão vejamos:

A lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que regulamenta a liberdade de manifestação do pensamento e informação, assim descreve no seu art. 49, inciso I:

aquele que no exercício de liberdade e manifestação do pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que instituiu o Código Eleitoral, em seu art. 243 § 1ª, prevê à reparação do dano moral.

A lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que regula os direitos autorais e dá outras providências, em seus artigos 25 a 28 e incisos, é que define os direitos morais do autor.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor prevê o dano moral em seus artigo

A partir da verificação de que o dano moral se encontra consagrado em vários dispositivos legais, não há como negar a sua reparação.

CAPÍTULO III- A REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Neste capítulo serão levantados as principais objeções em relação a reparação do dano moral buscando fazer a verificação da sua existência que uma vez provado, como obter o “quantum” devido.

3.1.- OBJEÇÕES À REPARAÇÃO DO DANO MORAL

As principais objeções históricas levantadas contra a reparabilidade do dano moral são as seguintes: falta de um efeito penoso durável; incerteza quanto à violação de um direito; dificuldades em descobrir a existência do dano moral; indeterminação do número de pessoas lesadas; impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; imoralidade de compensar a dor com dinheiro; extensão do arbítrio concedido ao juiz .²⁶

²⁶ . Apud Zenun, Augusto, op. Ci.t., p.40; DIAS, José de Aguiar, op. Cit., p. 737.

Cunha Gonçalves divide os opositores em quatro grupos: aqueles que negam, em absoluto, qualquer tipo de reparação por dano moral; aqueles que, fazendo distinção entre a parte social do patrimônio moral (a honra, a reputação, a virgindade da mulher) e sua parte afetiva, só admitem reparação por danos que afetam aquela parte, e negando-a quanto a esta; os que consideram justa a reparação do dano moral quando anexa de responsabilidade criminal; e, por último; aqueles que só admitem a reparação moral se esta for conjunta de dano material²⁷.

Em relação a este último grupo, somam-se aqueles que só admitem a responsabilidade por danos morais quando as lesões que atingem os bens imateriais tenham repercussão econômica, que são na verdade danos materiais de origem moral ou afetiva (dano material indireto). A referida corrente, tem um dos seus defensores em Alcino Salazar. Muito propagada na jurisprudência de nosso País, mesmo após o advento da Constituição de 1988, com um discurso dizendo-se eclético, na verdade o que efetivamente faz é negar ou recusar a responsabilidade pelo dano puramente moral, independente do material, sustentando a reparação, somente quando estes danos materiais decorrem da lesão de direitos imateriais alheios.

²⁷. Apud ZENUM, Augusto, op. cit., p 39

Inversamente, há os que só admitem tal reparação quando da lesão a bens econômicos resultar dano moral, advindo do “valor de afeição” destes bens (dano moral indireto - arts. 1543 e 1541 do CC).

A solução que se oferece mais equânime é a cumulação de indenizações do dano moral e material, aliás tese essa vencedora no nosso ordenamento jurídico pátrio, posto na Constituição Federal de 1988, pelo Código de Defesa do Consumidor e a Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça, que pontifica, in verbis: “ são cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”.²⁸

Caio Mário da Silva Pereira, advogando a mesma tese, assim se pronuncia: “ não cabe, por outro lado, considerar que são incompatíveis os pedidos de reparação patrimonial e indenização por dano moral. O fato gerador pode ser o mesmo, porém o efeito pode ser múltiplo.”²⁹

Como exemplos de fatos geradores que podem provocar danos morais e materiais, destaca-se o homicídio, a lesão corporal que causa deformidades no rosto de uma mulher (dano estético), e a

²⁸ Lembra-se que as súmulas, embora sem efeito vinculante, resultam de uniformização da jurisprudência. Portanto, a súmula nº 37 do STJ representa a interpretação deste Tribunal em relação à Constituição de 1988.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil (de acordo com a Constituição de 1988) 6. Ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 56.

inclusão injusta de nome de consumidor na lista de maus pagadores do SPC.

Também Rubens Limongi França sustenta didaticamente que nos danos:

a) os efeitos finais podem ser patrimoniais, morais, ou patrimoniais e morais; b) o aspecto moral do dano não se desnatura se, concomitantemente ou conseqüentemente, também houver danos patrimoniais; c) o dano moral não deixa de ser puro, quanto ao aspecto moral, a despeito da divergência de algum aspecto patrimonial, ainda que economicamente mais relevante; d) em tais hipóteses, indenizam-se tanto o dano moral como o patrimonial.³⁰

Não há, pois, que se falar em "bis in idem". Como diz Ihering, "a pessoa tanto pode ser lesada no que tem, como no que é"³¹, e a conjugação desses dois aspectos forma seu patrimônio ou conjunto de relações jurídicas, devendo merecer a mais ampla tutela jurídico- estatal.

No direito moderno de outros países, as soluções variam desde a mais ampla ressarcibilidade do dano moral, explícita ou implícita

³⁰ . FRANÇA, Rubens Limongi. "Reparação do dano moral". In: Revista dos Tribunais. Nº 631. São Paulo: Revista dos Tiribunais, 1988,pág. 29.

³¹ . Apud ZENUN, Augusto, op. Cit.p. 67.

(por via da interpretação extensiva das expressões prejuízo e direito e/ ou sistemática dos códigos, como se dava no País antes da CF/88), passando .pela reparabilidade restrita aos casos expressamente previstos em lei, ou ainda pela reparabilidade somente quando a conduta gerar também responsabilidade criminal.³²

Entretanto, vem sendo consagrada, na doutrina, legislação e jurisprudência mundial, a tese da ampla reparabilidade do dano moral.

Tendo por baliza essa orientação, a tese da ampla reparabilidade saiu vencedora. A controvérsia a respeito da reparação do dano moral está superada , tendo em vista que como foi referido alhures, a Constituição de 1988 veio acabar com os os argumentos contrários a tese esposada na ampla reparação.

3.2- A REPARAÇÃO DO DANO

³² . Na França, a ressarcibilidade do dano moral é sustentada com base na interpretação extensiva da expressão “dommage”(dano), contida no art. 1382 do seu CC. Já o art. 2059 do Código Civil Italiano só autoriza a reparabilidade do dano moral nos casos determinados em lei, embora a doutrina e a jurisprudência tenham adotado a tese da ampla reparabilidade.(cf. REIS, op. cit., p. 27/36).

Com a reparação do dano moral, não se deseja atribuir um preço à dor(“pecunia doloris”), a qual é insuscetível de apreciação econômica. Entendendo-se a reparação no sentido de equivalência ao estado anterior ao dano, é mesmo irreparável.

A dor não encontra correspondência no critério valorativo econômico. Por isso, o que se busca com a indenização é dar uma compensação econômica ao dano sofrido pela vítima, para atenuar o sofrimento por ela experimentado.

Concomitantemente, a indenização visa satisfazer o ofendido, atendendo sua consciência de justiça e apaziguando seu sentimento de vingança privada, com a imposição de uma diminuição econômica ao ofensor.

Vista sob o prisma do causador do dano, a indenização representa um corretivo à sua conduta, desempenhando função moralizadora, dissuadindo-o e, extensivamente, todos aqueles que da condenação tomarem conhecimento, da prática de novos atos lesivos aos direitos da personalidade.

Tratando-se de indenização por danos morais, o dinheiro representa para o autor do dano, privações, e para a vítima, lenitivo para a dor sofrida.

Mesmo com a indenização ,o retorno ao “status” anterior ao equilíbrio violado, dificilmente será restaurado, em função das limitações na produção e obtenção de provas e a falibilidade dos métodos de avaliação humanas. Assim, busca-se na reparação, uma situação que mais se aproxime do real .Tendo em vista a dificuldade de se recompor o que efetivamente foi retirado do patrimônio do lesado..

A concepção atual da teoria da reparação de danos morais orienta-se no sentido de que a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação. Assim, verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, uma vez presente os pressupostos legais.

Na indenização são conferidos amplos poderes ao juiz para a definição da forma e extensão da reparação cabível, sendo exemplo disso as leis mais recentes que de forma proposital se abstêm de formular critérios ou parâmetros de reparabilidade do dano, ficando ao prudente arbítrio do juiz a decisão eqüânime sobre a matéria.

A reparação absoluta e precisa, como ocorre nos danos materiais, se torna impossível quando se trata de danos morais. Aqui estamos trabalhando com critérios de natureza subjetiva. O juiz, fazendo uso do equilíbrio e o bom senso, poderá delimitar a extensão do dano. A

proporção do dano moral não está delimitada, é o julgador que em posse dos elementos subjetivos e objetivos vai através da reparação pecuniária buscar dar uma compensação para amenizar os efeitos da dor do lesado. A reparação, não tem a pretensão de restituir, devolver, o patrimônio ao lesado.

Ante a impossibilidade de reparação natural, isto é, de restituição natural, procura-se atingir uma situação material correspondente. Por exemplo, nos delitos contra a honra de uma mulher, pelo casamento do sedutor com a seduzida; nos delitos contra a reputação, pela publicação no jornal, do desagravo, pela retratação pública do ofensor, ou pela divulgação na imprensa, da sentença condenatória do difamador ou do injuriador e as suas expensas.

A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza e angústia, pela superveniência de sensações positivas de alegria ou satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento.

Reis, entende que “o dinheiro é portanto, uma forma de proporcionar meios para que a vítima possa minorar o seu sofrimento, através da aquisição de bens ou utilizando-o em programas de lazer”.³³

³³ REIS, Clayton, op. cit., pág.89

Uma vez ocorrendo o dano e, existindo nexos causal entre este e o seu causador; produziu-se um desajuste social. Tal desequilíbrio afeta o indivíduo e reflexamente a coletividade. Diante disso faz-se necessário que o Estado proporcione meios para que a vítima obtenha a sua reparação restaurando-se a harmonia social violada, sob pena de o direito dar guarida às injustiças sociais.

Para Maria Helena Diniz, a reparação do dano moral:

“cumpre uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano.”³⁴

Em síntese, a indenização por danos morais apresenta uma função tripla: compensatória, satisfativa e punitiva, esta vista sob o ponto de vista de pena privada.

³⁴ . DINIZ, Maria Helena. Indenização por dano moral. Vol. 3, Consulex. São Paulo: São Paulo: ,1997. pág. 32.

3.3- A VERIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Buscando parâmetro para aferir a dor moral, se posiciona Clayton Reis ; ser....” inquestionável que o padrão moral das pessoas é formado por elementos variáveis, em decorrência dos múltiplos fatores de ordem pessoal”³⁵

Por conseguinte, Wilson Melo da Silva, entende que a verificação do dano moral deverá tomar por base a sensibilidade de um homem médio, situado entre um “estóico”, de coração seco, e um “personagem de cinema”, de sensibilidade doentia.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil no seu art. 335 nos fornece fundamento processual para a constituição de presunções de dano moral, ao prescrever: “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras da experiência técnica, ressalvado quanto a esta, o exame pericial.”

Há , hoje, moderna corrente doutrinária que entende que o próprio dano traz consigo a presunção do dano moral.

Carlos Alberto Bittar informa que:

³⁵ . REIS, Clayton, op. cit., pág. 91.

Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificando o evento danoso, surge "ipso facto", ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto.

E prossegue, adiante, justificando:

É que as lesões morais derivam imediata e diretamente do fato lesivo, muitas vezes deixando marcas indeléveis na mente e no físico da vítima, mas outras sob impressões internas, imperceptíveis às demais pessoas, mesmo íntimas. São, de resto, as de maior amargor e de mais desagradáveis efeitos para o lesado, que assim pode, a qualquer tempo, reagir juridicamente.³⁶

Posição autônoma é proposta por Augusto Zenun, que advoga a necessidade de avaliação subjetiva do ofendido, através, além do depoimento pessoal, realização de perícias médicas, psiquiátricas e psicológicas e de outras provas, para que o Juiz se convença do verdadeiro estado da pessoa e, dessa maneira, fixe a indenização, à qual ele atribui a função de "derivativo", que quer dizer "aquilo que serve para

³⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por danos morais. São paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 202.

operar uma derivação, ocupação ou divertimento com que se procura fugir a estados melancólicos.”.

Prossegue o mesmo autor, defendendo que também esses derivativos hão de variar de pessoa a pessoa, devendo a perícia e outras provas auxiliares apontá-los, caso a caso, dando como exemplo derivativo uma viagem ao exterior. Assim, mostra-se contrário à reparação do dano moral através de dinheiro, entendendo ser uma maneira de reparar a dor com dinheiro, dizendo ser , portanto, repugnante à moral.³⁷

3.4. A FIXAÇÃO DO “QUANTUM”

A maior dificuldade em relação ao dano moral, é a fixação do “quantum” devido.’

Segundo Fernando Noronha, existe o critério do quantitativo fixo.

se a justificativa da atribuição ao lesado de um quantitativo pecuniário pelo dano moral

³⁷ ZENUN, Augusto, op. cit., especialmente p. 60;62; 71;106; 121; e 124/125.

sofrido é a idéia de possibilitar uma compensação da dor, ou satisfação substitutiva, fica evidente que a reparação deve ser feita através da condenação única, a ser paga de uma só vez, no valor tido por suficiente para funcionar como lenitivo da dor, proporcionando ao lesado as satisfações dela compensatórias.³⁸

O Código Civil ao definir os critérios para a definição do montante da reparação, adota o critério quantitativo fixo. É o que se pode verificar no art. § 2º do art. 1.538 quando determina que o ofendido, aleijado ou deformado for mulher solteira ou viúva, a indenização será substituída por um quantitativo denominado de dote.

Esse quantitativo terá por base, as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito. Igualmente, o art. 1.543 do C.C. afirma que uma vez não existindo a coisa turbada ou esbulhada, deverá ser restituído o equivalente em dinheiro, mais o valor de afeição (dano moral). Aqui, é preciso não estabelecer um valor para o dano moral que seja superior ao valor material do bem. Ao fixar um teto para a indenização, é preciso que se leve em conta tanto o dano material quanto o moral, formando um montante que seja o somatório desses dois elementos.

³⁸ NORONHA, Fernando. Reparação do Dano Moral. Texto Manuscrito.

O parágrafo único do art. 1.547 do C.C. no tocante a injúria e calúnia, prevê se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.

O art. 1.548, referente a ofensas sexuais à mulher, obriga ao pagamento de um dote.

O art. 1550 do C.C., indica que a indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido.

Para Fernando Noronha:

“hoje em dia ficou sem parâmetro a determinação legal, na parte relativa ao valor da reparação, mas permanecendo esta de pé quando determina o pagamento de uma compensação pelos danos morais. A lei agora somente deixou de indicar o quantitativo da reparação, uma vez que a referência à multa criminal ficou sem sentido.”³⁹

Se a lei não indicar qual o critério para determinar o respectivo “quantum”, caberá ao juiz fazê-lo, tendo por parâmetro os princípios aplicáveis em geral aos danos não patrimoniais.

³⁹ NORONHA, Fernando. A reparação do Dano Moral. Texto Manuscrito.

A fixação do montante a arbitrar através da remissão para multas criminais se tornou impossível, tendo em vista que deixou de haver um critério atendível para fins cíveis.

Na apreciação do dano moral deverão ser levados em conta dois métodos:

Apreciação “in concreto” nesse método, tenta-se adequar a reparação à realidade dos sofrimentos experimentados. Esse método tem por base uma concepção puramente subjetiva do dano moral e, em rigor, está mais de acordo com a natureza da reparação deste dano.

No critério “in abstrato” , utilizam-se tabelas preestabelecidas e organizadas a partir de dados estatísticos, que servem como referência para os juízes na hora de fixar o “quantum”.

Fernando Noronha, entende que:

“nessas tabelas, os principais tipos de danos morais, como o sofrimento psíquico e o dano estético, são geralmente avaliados de acordo com uma tabela de sete pontos: sofrimento muito leve, leve, moderado, médio, razoavelmente importante, importante, muito importante. É entre estes limites que juiz fixa o valor devido na reparação”⁴⁰ .

⁴⁰ .NORONHA, Fernando. Reparação do Dano Moral. Texto Manuscrito.

Na fixação do “quantum” devido, esse valor pode ser definido: por lei; pelo consenso entre as partes; ou pelo juiz, que deverá estabelecer o conteúdo do dano, estimar a medida do prejuízo no momento em que faz a liquidação e fixar seu “quantum” na decisão, se a liquidação judicial efetivar-se em juízo, obedece, conforme o dano aos critérios processuais estabelecidos pelo CPC.

Há danos que podem ser avaliados por mera operação aritmética; há outros que necessitam, o arbitramento. (CPC, art. 606), tendo em vista a impossibilidade de avaliar matematicamente o quantitativo pecuniário a que faz jus o lesado, e há casos em que se tem a liquidação por artigos, se houver necessidade de alegar fato novo (CPC, art. 608). Além disso, há julgados, usando, analogicamente, como parâmetro para estabelecer o montante da reparação do dano moral, o art. 59 do Código de Telecomunicações, com alteração do Decreto- Lei nº 236/67.

Ao arbitrar o dano moral o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer eqüitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento, nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna.

Ao fixar “o quantum” da indenização, segundo Maria Helena Diniz, “ o juiz não procederá ao seu bel- prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação”.⁴¹

Se o dano não for contemplado na lei, a reparação devida deverá ser arbitrada pelo Juiz, tendo como fundamento o exame pericial, para determinar o valor do bem lesado.

No exercício da atividade judicante, o magistrado decide o modo como o lesante irá repor o dano moral. Ele levará em conta os critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofendido e do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa), influências de acontecimentos exteriores ao fato prejudicial.

Se o dano estiver provado, ele deverá ser reparado, competindo ao prudente arbítrio do judicial examinar os fatos, apreciar as provas e fixar um valor para a indenização, que nunca representará um enriquecimento indevido. Para tanto o órgão judicante pode recorrer ao conselho de peritos, ao que ditado pelas normas de experiência sob a égide do critério do “bom varão”.

⁴¹ . NORONHA, Fernando. Reparação por Danos Morais. Texto Manuscrito.

Na definição do “quantum”, o juiz deverá empregar, mesmo que a extensão do dano não esteja demonstrada, todos os recursos do seu prudente arbítrio, analisando indícios e presunções para a fixação da indenização.

Na avaliação do dano moral, o órgão julgante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável.

Havendo ausência de critérios legais, o juiz sopesando as condições pessoais do lesado tais como a sua situação econômica, sua idade, sensibilidade, religião e a expectativa que este têm frente ao mundo.

No que se refere ao lesante, o Magistrado aferindo o grau de culpa deste, a extensão do dano causado, a repercussão social do fato, bem como o seu comportamento. A captação pelo juiz desses elementos que são componentes da personalidade das pessoas, há que ser aferida pelos indicativos e provas dos autos.

De posse desses requisitos, o magistrado poderá formar uma idéia exata dos valores da vítima e do lesionador, para, conjugando-os com os demais elementos do processo, elaborar quantitativamente o valor da indenização.

Do resultado dos dispositivos legais supracitados cumulados com os critérios formulados pelo juiz, forma-se o “quantum” devido na reparação devida ao lesado.

CAPÍTULO IV- O DANO MORAL: A REPARAÇÃO E A FIXAÇÃO DO "QUANTUM" NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.

No presente capítulo serão apreciados alguns julgados de nossos Tribunais sobre o tema.

CASO Nº 01- DANO MORAL FRENTE A CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, não há como negar a reparabilidade do dano moral. Ela assegura ao lesado, uma vez provado o dano, e o nexo de causalidade entre ambos; faz jus a indenização por danos morais, independente do dano material.

Embora subsistisse dúvida acerca do cabimento da indenização por danos morais, restou superada com o advento da CF de

1988, que, em seu art. 5º, V, assegurou, de forma genérica e ampla, o direito ao ressarcimento na espécie. Assim, ao marido pleitear a verba por perda de sua esposa em acidente de trânsito, em virtude da dor provocada pelo evento (1º TA CIVIL SP- 6ª C. Ap.- Rel. Carlos Gonçalves- J.28.03. 89- RT641/182).

CASO Nº 02- CUMULAÇÃO DO DANO MORAL COM O PATRIMONIAL.

Acumuláveis são as indenizações por dano moral e dano patrimonial. Precedentes do STJ (STJ 4ª T. RESP- Rel Barros Monteiro).

Inclusive a jurisprudência do Supremo Tribunal do Federal adota o entendimento da cumulatividade do dano moral e material; esta vem ao encontro com a jurisprudência majoritária, que já admitia que não é incompatível os pedidos de indenização por dano moral e material.

Com o advento da Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça e a Lei nº 8.78/90- Código de defesa do Consumidor está

firmado entendimento majoritário jurisprudenciário extensivo ao dano moral

CASO Nº 03- "O PRETIUM DOLORIS" (O PREÇO DA DOR)

Hoje em dia, a boa doutrina inclina-se no sentido de conferir à indenização do dano moral caráter dúplice, tanto punitivo do agente, tanto compensatório, em relação à vítima (cf. Caio Mário da Silva Pereira, "Responsabilidade Civil", Ed. Forense, 1989, p.67). Assim, a vítima de lesão de direitos de natureza não patrimonial (CR, art. 5º,incs. V e X) deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, e arbitrada segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem inexpressiva(TJSP- 7º C.- Ap.- Rel. Campos Mello- J. 30.10.91- RJTJSP 137/186-187).

A dor não encontra correspondência no critério valorativo econômico. O que se deseja na indenização é dar uma compensação econômica ao dano sofrido pela vítima, para atenuar o sofrimento por ela experimentado. Concomitantemente, a indenização visa satisfazer o ofendido, atendendo sua consciência de justiça e apaziguando seu

sentimento de vingança privada, com a imposição de uma diminuição econômica ao ofensor.

CASO Nº 04- REPARAÇÃO DO DANO MORAL.

Dano moral. Reparação. Execução de sentença. no arbitramento do valor do dano moral é preciso ter em conta o grau em que o prejuízo causado terá influído no ânimo, no sentimento daquele que pleiteia a reparação. A intensidade da culpa, a violência, as circunstâncias em que ocorreu o evento danoso poderão informar o critério a ser adotado em tal arbitramento, árduo e delicado, porque entranhado de subjetividade (TJRJ- 8º. C.- Ap.- Rel. Des. Paulo Pinto- J. 6.8.85- RT 602/180).

Como não é possível encontrar-se um critério objetivo e uniforme para a valiar os interesses morais lesionados, a medida da prestação do ressarcimento deve ser arbitrada pelo juiz, levando em

consideração as circunstâncias do caso, a situação econômica das partes e a gravidade da ofensa.

CASO Nº 05- DANO MORAL.

Lição de Aguiar Dias: o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão abstratamente considerada. Lição de Savatier: o dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma pena pecuniária. Lição de Pontes de Miranda: nos danos morais a esfera ética da pessoa é que é ofendida; o dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.

(TJRJ, 1ª C. Ap. Rel. Carlos Alberto Menezes- j. 19.11.91- RDP 185/198).

CASO Nº 06- DANO MORAL - CONCEITO.

O dano moral pressupõe dor física ou moral, e se configura sempre que alguém aflige outrem injustamente, sem com isso causar prejuízo patrimonial.

(TJSP- 8ª C.- Ap. Rel. Franklin Nogueira, j. 15.04. 92- RT 683/79).

CASO Nº 07- DANO MORAL- O CARÁTER DÚPLICE.

Hoje em dia, a boa doutrina inclina-se no sentido de conferir à indenização do dano moral caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório, em relação à vítima (Cf. Caio Mário da Silva pereira, Responsabilidade civil, Ed. Forense, 1989, p. 67). Assim, a vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial (CR, art. 5º, incis. V e X) deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, e arbitrada segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva.

(TJSP- 7ª C. - Ap. Rel. Campos Mello- j. 30.10.91- RJTJESP 137/186).

CASO Nº 08. O ARBITRAMENTO DO DANO MORAL.

o preço de afeição corresponde a dano moral. Como se vê, o critério do Código é não permitir que ele supere ao preço da própria coisa; ao que ela valha no mercado(preço ordinário).

(TJSP- 11ª C. - Ap. Rel. Salles Penteado- j. 9.3. 89.- RJTJSP 119/148).

CASO Nº 09- DANO MORAL- ARBITRAMENTO.

A indenização por dano moral é arbitrável, pois, nada dispendo a lei a respeito, não critérios objetivos para cálculo e esse dano nada tem a ver com as repercussões econômicas do ilícito

(TJSP- 2ª C.- Ap. - Rel. Cezar peluso- j. 29.09.92- JTJ- LEX 142/95).

CASO Nº 10- INDENIZAÇÃO CUMULATIVAMENTE.

O dano material e o dano moral, oriundos embora do mesmo fato ilícito, são indenizáveis cumulativamente- Súmula 37 do STJ

(Resp. 30.800-1- RJ- 4ª T.- j. 8.03. 93. Rel. Min. Athos Carneiro- DJU 22. 03. 93- RT 700/213).

CASO Nº 11- HONRA DA MULHER.

A mulher agravada em sua honra e seduzida com promessa de casamento tem direito de exigir do ofensor dote, se ele não puder ou não quiser reparar o mal.

(TJSP- 6ª C. Ap. Rel. Souza Lima- j. 16.7.76- RT 514/117)

CASO Nº 12. A FIXAÇÃO DO “QUANTUM”.

A reparação dos danos morais ocasionados por publicação de matéria ofensiva pela imprensa depende da comprovação da culpa, sendo irrelevante a existência ou não de reflexos patrimoniais. A fixação do “quantum” deve ser feita com base nos arts. 51 e 52 da Lei 5. 250/ 67

(TJSP- 6ª C. Ap. Rel. Roque Komatsu- j. 27. 11. 86- RT- 618/69).

CASO Nº 13- REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS.

A publicação de notícia irresponsável não é permitida em nossa legislação. E, causando ofensa à reputação de outrem, torna indubitoso o dever de indenizar por parte da empresa que explora o meio de informação ou divulgação se não apresentada por esta qualquer justificativa que a possa isentar de eventual condenação, caracterizada, assim, a culpa do jornalista. *

(Ap. 113937-1- 6ª C. - SP- j. 19.10.89- Rel. Alexandre Loureiro- RT 648/72)

CASO Nº 14. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

Segurança da loja que causou constrangimento e humilhação a clientes. Indenização pelo dano moral.

(Ap. cível nº 590044657- 3ª C.- TJRS- Porto Alegre- RJTJRS 159/390).

CASO Nº 15. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO 'QUANTUM' .

Inexistente critério específico na lei para fixação de indenização por dano moral, admite-se o uso de analogia para aplicação das regras da Lei nº 4.117, 27.08.62.

(Ap. Cível nº 590044657- 1ª C. Cível- Bento Gonçalves- RJTRS 149/ 654).

CASO Nº 16- RESPONSABILIDADE CIVIL.

indenização- estabelecimento bancário- dano moral- ocorrência- cheque indevidamente devolvido- desnecessidade de comprovação do reflexo material- Recusa, ademais, em fornecer carta de retratação. Verba devida.

(TJSP- 8ª C. Ap. Rel. José Osório- j. 12.09.89- RJTJESP 123/161)

CASO Nº 17- A FIXAÇÃO DO "QUANTUM"

Na fixação do "quantum" do dano moral, à falta de regulamentação específica, a jurisprudência tem se utilizado do critério

estabelecido pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, que prevê a reparação do dano moral causado por calúnia, difamação ou injúria divulgadas pela imprensa, dispondo que o montante da reparação não será inferior a cinco nem superior a cem vezes o maior salário mínimo vigente no País, variando de acordo com a natureza do dano e as condições sociais e econômicas do ofendido e do ofensor (1º TACSP, 6ª C., Ap. 412.831-4).

CASO Nº 18- A REPARAÇÃO DO DANO MORAL.

O dano moral cabe, mesmo no caso de morte. Seria materialista (e materialista crasso) quem não admitisse o prejuízo moral, como se a dor pela perda do ente querido não ocorre no íntimo do ser humano. Por si. Como se somente a perda da matéria patrimonial é que fizesse o conteúdo das relações humanas em sociedade. A primeira parte do art. 159 do CC não exclui a responsabilidade por dano moral, Revista dos Tribunais, 116: 148).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade jurídica é consequência decorrente da violação de uma norma jurídica.

Tanto a responsabilidade civil quanto a penal, resultantes da violação de uma norma jurídica, possuem o mesmo fundamento ético: todos são livres, e, por conseguinte, têm a possibilidade de escolher suas condutas; no entanto, justamente em função dessa liberdade de escolha, são responsáveis juridicamente pelos seus atos que importem em infração de um dever ou obrigação preexistentes, fixados no ordenamento jurídico.

O prejuízo injusto imposto ao particular, e só a prática de ilícito penal, afeta o equilíbrio social, e, por isso, o fundamento da responsabilidade civil é o interesse da manutenção do equilíbrio social estabelecido, de acordo com a ordem jurídico-política vigente, fundamento este que contém os elementos prevenção, em relação ao futuro, e restituição, voltado ao passado.

O art. 159 do CC é informado pelo princípio geral de direito de “não causar prejuízo a ninguém” ou, em outros termos, “respeitar a pessoa e os bens alheios”.

E respeitar a pessoa e os bens alheios significa respeitar todo seu patrimônio, ou seja, todo o complexo de bens e direitos da pessoa, tanto de ordem material, corpórea, como de índole imaterial, espiritual ou incorpórea, ou seja, os suscetíveis e os não suscetíveis de serem apreciados em moeda, para que a pessoa, vivendo em sociedade, possa construir sua felicidade pessoal.

Essa formulação de um conceito jurídico mais amplo de patrimônio mostra-se mais adequada e em consonância com os rumos do ordenamento jurídico pátrio após a Constituição Federal de 1988, pondo fim a divergências interpretativas, assegurou a reparabilidade do dano moral.

O conceito de dano com caráter meramente econômico, está superado hoje, para dar lugar a um conceito mais amplo para incluir o dano moral.

Esse dano é sempre expresso na comparação entre a diferença existente atualmente com a situação anterior à sua ocorrência. A idéia da reparação do dano se vincula ao estabelecimento do equilíbrio e da equidade. Diante da impossibilidade de se estabelecer o que

efetivamente se perdeu, busca-se uma situação que mais se aproxime do real.

O dano moral são as lesões sofridas e que surtem efeitos na órbita interna do indivíduo. O elemento característico do dano moral é a impossibilidade de apreciação pecuniária da dor.

No tocante à cumulação do dano moral, com o material, o entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência é pela cumulação.

Outra controvérsia se estabeleceu em relação ao art. 159 do CC. Independentemente das posições contrárias a ampliação da interpretação do referido artigo, a reparação do dano moral foi contemplada pelo legislador.

Na reparação do dano moral para que haja dano indenizável necessariamente deverão ocorrer alguns requisitos: a destruição ou diminuição de um bem jurídico material ou moral; a certeza do dano e a relação de causalidade entre a falta e o prejuízo causado.

Quanto a verificação do dano moral deverá ser tomado por base a sensibilidade do homem médio, situado entre um estóico, de coração seco, e um personagem de cinema, de sensibilidade doentia.

O juiz ao arbitrar o “quantum”, deve decidir o modo como o lesante irá repor o dano moral. Ele levará em conta os critérios subjetivo(posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou objetivo(situação econômica do ofendido e do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da culpa.

Do resultado dos dispositivos legais cumulados com os critérios formulados pelo juiz, formam-se o “quantum” devido na reparação devida ao lesado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências, 3. ed. Rio de Janeiro, Editora jurídica e universitária, 1975, p. 171.

ANCONA, Teresa Lopes de Magalhães. O dano estético. Responsabilidade , responsabilidade civil, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 06.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.202.

CHAVES, Antônio. Tratado de direito civil. Vol.III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985,

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. vols. I e II, 10 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 03 .

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vols. I e VII, 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 171.

_____. Indenização por dano moral. In: Revista Consulex, nº 3, março de 1997, p. 29/32

ECKEL, Evandro. Dano moral: quem tem seu nome incluído indevidamente no SPC. UFSC: Florianópolis, 1996, p. 165 (Monografia).

FRANÇA, Rubens Limongi. Reparação do dano moral. In: Revista dos Tribunais, nº 631. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio / 1988, p. 29.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 5. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 720/721.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. Dano moral. dano material e reparação, Sagra-Dc Luzzato, 1995, pág. 144/166.

NORONHA, Fernando. A reparação do dano moral. Texto Manuscrito.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 16.

REIS, Clayton. Dano Moral. 4 ed. ampl. atual. Rio de Janeiro; Forense, 1995, P.4/5.

SILVA, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 47

STOCCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 720 .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO I - Responsabilidade civil por ato ilícito.....	03
1.1. Conceito.....	03
1.2. Fonte da responsabilidade jurídica.....	04
1.3. Fundamento da responsabilidade jurídica.....	05
1.4. Requisitos e noções gerais.....	08
CAPÍTULO II - DANO PATRIMONIAL: MATERIAL E MORAL.....	16
2.1. Conceito de dano.....	16
2.2. Dano patrimonial ou material e moral.....	17
2.3. Histórico do dano moral.....	23
2.4. Fundamento jurídico do dano moral.....	25
CAPÍTULO III - A REPARAÇÃO DO DANO MORAL.....	28
3.1. Objeções à reparação do dano moral.....	28
3.2. A reparação do dano.....	32
3.3. A verificação do dano moral.....	37
3.4. A fixação do “quantum”.....	39
CAPÍTULO IV- O DANO MORAL: A REPARAÇÃO E A FIXAÇÃO DO “QUANTUM” NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62