

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Alexander Sica Laranjeira

**O QUANTUM INDENIZATÓRIO DO DANO MORAL:
NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA O
ARBITRAMENTO**

Porto Alegre
2012

ALEXANDER SICA LARANJEIRA

**O QUANTUM INDENIZATÓRIO DO DANO MORAL:
NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA O
ARBITRAMENTO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Porto Alegre

2012

ALEXANDER SICA LARANJEIRA

**O QUANTUM INDENIZATÓRIO DO DANO MORAL:
NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA O
ARBITRAMENTO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em 20 de dezembro de 2012

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Dr. Sérgio Viana Severo
Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

À família e aos amigos, por tudo.

AGRADECIMENTOS

O desenvolvimento desse trabalho não seria possível sem o apoio de diversas pessoas, não só no transcorrer dele, mas também durante toda a formação, escolar ou acadêmica. Este é o momento de agradecer a todos que participaram dessas fases, contribuindo para que tudo isso fosse possível.

Agradeço, primeiramente, a minha família, principalmente aos meus pais e avós pela criação e por tornarem o que sou. Aos meus irmãos pela companhia e amizade. Aos meus tios e primos pelos exemplos de sucesso pessoal e profissional que são.

Impossível não creditar parte dos agradecimentos ao Colégio Militar de Porto Alegre e todo seu corpo docente. Sem dúvidas, foi um pilar forte da minha formação, servindo como base de todo conhecimento. Especialmente ao Cel. Gilberto e as professoras Cynara e Rose May, exemplos que devem ser seguidos, tanto pelo seu conhecimento como pelo tratamento dado aos discentes.

Ainda no âmbito docente, merece agradecimento o Prof. Antônio Milagre, sem dúvidas o melhor professor que tive até hoje.

Agradeço ao magnífico corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A existência deles justifica a excelência dos profissionais que aqui são formados, certamente reflexos em potencial dos grandes juristas que aqui lecionam. Agradecimentos especiais a professores marcantes: o Prof. Arthur, no primeiro ano de faculdade apresentando o Direito de forma clara e precisa; e ao professor Jamil, no último ano, também pela sua excelência docente. Ao professor Sérgio Severo, meu orientador, tanto pela colaboração para a elaboração desse trabalho como pelas cinco cadeiras ministradas durante o curso, entre obrigatórias e eletivas.

O conhecimento acadêmico é de valia limitada se não aplicado na prática. Em razão disso, agradeço ao escritório Lippert Advogados pela primeira oportunidade e pelo excelente ano lá vivido.

Agradeço especialmente ao meu atual escritório, Carpena Advogados Associados, por todo o conhecimento e experiência adquiridos e pelas amizades conquistadas. O modelo diferenciado de gestão e administração, sempre próximo de todos os seus colaboradores irá, cada vez mais, projetar o escritório entre os melhor do Brasil.

Por fim, agradeço a todos os amigos, dos mais próximos aos mais distantes, pois tenho certeza que contribuíram para que eu chegasse a esse ponto, seja na descontração, nos conselhos, nas conversas, nos debates ou nas brigas.

Enfim, agradeço a todos que, de uma forma ou outra, participaram desse pequeno passo.

Novos agradecimentos virão.

Muito obrigado!

“Se queremos progredir, não devemos repetir a história,
mas fazer uma história nova.”

Mahatma Gandhi

RESUMO

Este trabalho pretende demonstrar a necessidade de utilização de critérios objetivos para a quantificação do dano moral. São analisadas a história do instituto do dano moral no Direito Brasileiro, a discussão acerca de sua possibilidade e as situações caracterizadoras, apresentando exemplos de julgados pelos Tribunais de situações comuns no cotidiano ou de inovações na matéria. Também são analisadas as formas e as funções da reparação, se meramente ressarcitório ou também punitivo, bem como os critérios atuais utilizados para quantificá-la, contrapondo argumentos doutrinários e jurisprudenciais, além de apresentar projetos de lei em trâmite e sugestão legislativa para a matéria.

Palavras-chave: Dano moral. *Quantum* indenizatório. Critérios objetivos e critérios subjetivos

RESUMÉN

Este trabajo quiere demostrar la necesidad de utilización de criterios objetivos para la cuantificación de daño moral. Son analizados la historia de instituto de daño moral en el Derecho Brasileño, la discusión acerca de la posibilidad y las situaciones caracterizadoras, presentando ejemplos de juzgados por los Tribunales de situaciones comunes en el cotidiano o de innovaciones en la materia. También son analizadas las formas y las funciones de reparación, si simplemente reembolsatório o también punitivo, así como los criterios actuales utilizados para cuantificarla, oponiendo argumentos doctrinarios e jurisprudenciales, además de presentar proyectos de ley pendientes y sugestión legislativa para la materia.

Palabras clave: Daño moral. Quantum indemnizatorio. Criterios objetivos y criterios subjetivos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 O DANO MORAL	16
2.1 CONCEITO	17
2.2 Evolução histórica.....	21
2.2.1 Código Civil de 1916.....	22
2.2.2 Código Brasileiro de Telecomunicações (1962).....	23
2.2.3 Código Eleitoral (1965)	25
2.2.4 Lei de Imprensa (1967).....	25
2.2.5 Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988)	27
2.3 SITUAÇÕES CARACTERIZADORAS	27
2.3.1 Dano in re ipsa.....	28
2.3.2 Dano moral à pessoa jurídica	31
2.3.3 Dano moral à pessoa pública.....	33
2.3.4 Dano moral por abandono afetivo.....	35
2.3.5 Dano moral por rompimento de noivado	37
2.3.6 Dano moral por erro médico	42
3 A REPARAÇÃO DO DANO MORAL	45
3.1 FORMAS DE REPARAÇÃO	45
3.2 FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO	47
3.3 O QUANTUM INDENIZATÓRIO	50
3.4 INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE A INDENIZAÇÃO	52
3.5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	54
3.6 UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL	64
3.7 . A NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A QUANTIFICAÇÃO	72
3.7.1 PROJETOS DE LEI VISANDO REGULAR A MATÉRIA.....	75
3.7.2 Do Senado.....	75
3.7.2.1 PLS 114/2008	75
3.7.2.2 PLS 334/2008	77
3.7.3 Da Câmara dos Deputados.....	81
3.7.3.1 PL 523/2011.....	81
3.7.3.2 PL 6358/2002.....	84
3.8 SUGESTÃO LEGISLATIVA	85
4 CONCLUSÃO.....	90

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	59
Quadro 1.....	65

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1	61
Gráfico 2	62
Gráfico 3	63

1 INTRODUÇÃO

Porto Alegre. 2012. Um advogado afirma que um desembargador – relator de um processo no qual atua - está recebendo dinheiro do advogado da outra parte. A afirmação é realizada, inclusive, diante de outros magistrados, que iriam julgar o processo dias após, com apresentação de um documento que comprovaria o recebimento de \$150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares americanos). Após tomar conhecimento da situação, o magistrado ajuíza ação contra o advogado, requerendo a reparação dos danos morais, tendo em vista a injúria realizada. Em primeiro grau, o advogado é condenado a pagar R\$30.000,00 (trinta mil reais). Em grau de recurso, o advogado é condenado a pagar 1000 salários-mínimos em favor do magistrado, valor equivalente a R\$622.000,00 (seiscentos e vinte e dois mil reais).

Porto Alegre, também em 2012. Uma criança morre devido a um erro médico cometido por um empregado do hospital. Tendo em vista a responsabilidade objetiva desse, é condenado, em primeiro grau, a pagar R\$100.000,00 (cem mil reais) de danos morais aos pais da criança. O hospital recorre e tem o valor reduzido pela metade.

Os dois casos foram julgados pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o primeiro em setembro, e o segundo em outubro de 2012. Como, então, os valores podem ser tão discrepantes? O dano moral causado pela morte do filho é menor do que o dano moral causado pela injúria? As condições financeiras do advogado são superiores às condições financeiras do hospital? Qual argumento justifica o arbitramento tão diferente?

A problemática da quantificação do dano moral está relacionada à sua completa subjetividade. É comum lermos nas decisões que foram observados os critérios da razoabilidade e proporcionalidade para fixar o valor. Ocorre que a razoabilidade e a proporcionalidade de um julgador são diferentes da de outro. O que é irrisório para um pode ser exorbitante para outro.

Todos os critérios e limites foram estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo previsão legal de critérios objetivos para a quantificação do dano.

Acredita-se que essa subjetividade traz prejuízos para todo o sistema jurídico. Traz, ainda, dificuldade para o julgador, que, para fixar o valor, se vê obrigado a quantificar a dor alheia, dizendo quanto valeu a morte de um filho, a perda de um braço, o abalo à honra, a angústia, a humilhação, entre diversos outros casos. Traz incerteza aos sujeitos ativos e passivos do dano, pois ficam a mercê da sensibilidade do julgador, que pode alterar a sua sensibilidade de um dia para o outro.

O presente trabalho analisa o dano moral, apresentando a sua evolução histórica no Direito Brasileiro, passando pela argumentação doutrinária, pelas primeiras leis que o anunciavam, até o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que assegurou o direito à reparação do dano moral.

As situações caracterizadoras de dano moral são diversas, sendo impossível elencar todas as possibilidades, ficando este trabalho restrito a casos corriqueiros e recentes, analisando a visão doutrinária e jurisprudencial acerca de alguns temas.

Não existe mais discussão acerca da possibilidade do dano moral no ordenamento pátrio. A controvérsia reside, portanto, quanto às funções da indenização. Poderá a indenização ser arbitrada com o intuito de punir o ofensor ou ela deve ter apenas o caráter reparatório? A indenização deve ser utilizada como instrumento preventivo à prática de outros fatos danosos, inibindo a conduta do ofensor e dos demais, servindo, também como medida exemplar? Doutrina e jurisprudência dividem-se nesse aspecto.

A utilização de critérios objetivos mostra-se necessária, servindo como instrumento positivo na medida em que traria segurança para o julgador e para

as partes. Para o julgador porque retiraria parte do peso da decisão, dividindo-a com toda população – representada pelo Poder Legislativo. Para as partes porque poderiam saber o fundamento real do arbitramento. Ficando o juiz estrito apenas ao arbitramento do grau do dano, por exemplo, recursos versariam apenas pela rediscussão do grau do dano, mas não sobre o valor da indenização, que seria atingido apenas indiretamente pelo dano, como em uma fórmula matemática.

Seria possível, então, uma tarifação do dano moral, fixando limites para a quantificação? Há diversos projetos de lei tramitando e vários já tramitaram tentando definir regras para a quantificação do dano moral, estabelecendo limites para o arbitramento, mas nenhum foi aprovado, por razões que serão expostas adiante.

Por fim, faz-se uma sugestão legislativa, sob o prisma dos argumentos apresentados e da análise jurisprudencial realizada, possibilitando a utilização de critérios objetivos e subjetivos pelo julgador para que aufera com precisão o *quantum* indenizatório dos danos morais.

2 O DANO MORAL

O Código Civil de 2002 afirma que toda pessoa que cometer ato ilícito deverá reparar o dano proveniente de tal ato.

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

.....
Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.¹

O ato ilícito cometido pode gerar tanto danos patrimoniais (materiais) como danos extrapatrimoniais (morais), sendo compulsória a sua reparação. Os danos são divididos em esferas patrimoniais e extrapatrimoniais.

O dano material é aquele que atinge a esfera patrimonial de quem é o sujeito passivo do ato ilícito. O dano patrimonial pode ser medido precisamente em valor pecuniário, de acordo com a extensão do dano. Segundo Sérgio Viana Severo, o dano material pode ser medido pela diferença em uma fórmula matemática, da qual se subtrai do patrimônio inicial (P1) o patrimônio final, após o dano (P2), resultando no dano (D), que deverá ser indenizado, desde que imputado a um agente.

De fato, o dano é antes de tudo um fenômeno físico e, como tal, costuma ser empiricamente expresso pela seguinte fórmula aritmética: $P^1 - P^2 = D$. Na qual P^1 expressa o patrimônio no momento anterior, P^2 corresponde ao patrimônio no momento posterior e D é equivalente ao dano. E, se é D , deve ser R (reparado), desde que imputável a um agente. (grifos do autor)²

¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2012.

² SEVERO, Sérgio Viana. **Os Danos Extrapatrimoniais**. Porto Alegre: 1994. p. 8.

A definição do dano moral não pode ser feita de maneira tão simples, sendo necessária a análise de sua evolução histórica no Direito Brasileiro para compreender as suas características e dimensões.

2.1 CONCEITO

Embora seja amplamente utilizado atualmente, o instituto do dano extrapatrimonial passou por uma divergência jurisprudencial e doutrinária por décadas no Brasil, até ser positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito.

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

.....
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;³

Embora positivado apenas em 1988, autores já afirmavam a sua existência décadas atrás. Caio Mario da Silva Pereira, dez anos antes da promulgação da Constituição de 1988, destacava que os agentes do ato ilícito estavam sujeitos a indenizações, se tratando de danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial. Ressalte-se, também, a anterioridade em relação ao Código Civil vigente.

O causador da ofensa ou violação do direito alheio, diz a lei (Código Civil, art. 1.518), responde com os seus bens pela reparação do dano causado. Destaca-se, portanto, em primeiro plano, o agente do ato

³ BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 nov. 2012.

ilícito, o qual está sujeito à indenização, quer se trate de dano de natureza patrimonial, quer de dano moral⁴

Pontes de Miranda compartilhou do mesmo pensamento em sua obra publicada em 1972. Para o doutrinador, o dano deve ser indenizável, ainda que, quase sempre, não seja possível a reparação natural do *status quo*.

O dano moral, se não é, verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar eqüitativamente, se se afastar que haja a apreciação operacional dos benefícios. Também há de se atender a que pode ter havido culpa por parte do lesado, sem ser culpa pré-elidente da indenizabilidade, caso em que se atenua a responsabilidade do lesante. De qualquer modo, o dano moral é indenizável, sem qualquer secundariedade.⁵

Vê-se, portanto, que muito antes da positivação do direito à indenização por danos morais, a doutrina já se mostrava certa de sua existência. A jurisprudência também acompanhava, em menor escala, manifestando-se favorável a satisfação dos danos morais.

O Ministro Orozimbo Nonato, ao lado de Pedro Lessa e M. Murtinho foram os primeiros a julgar favoravelmente à matéria.

A questão dos autos liga-se à da ressarcibilidade do dano moral, sem reflexo no patrimônio. O v. aresto recorrido, posto que não se mostre inteiramente adverso, no ângulo doutrinário, à idéia de reparação do dano moral, concluiu-se, no *ius quod est*, impossível dar-lhe gasalhado. Que razões ponderosas esforçam o conceito, é verdade e reverdade. E, se não são numerosos, já agora, os D.D. que negam a ressarcibilidade do dano moral, não se lhes pode recusar autoridade e valia. (...) A noção de dano moral é negativa: é o que incide apenas na personalidade moral da vítima, consiste numa dor que não tem qualquer repercussão no patrimônio do lesado, como disse Pacchioni, citado por Zulmira Pires de Lima, apud Aguiar Dias, Da Responsabilidade Civil, vol. III, p. 329, nota 1314 (...) Mas essa indeterminação abstrata não impede a determinação em hipóteses submetidas ao juiz. A reparação deve ser dada aos que experimentaram o dano moral, o que o juiz determina pelas circunstâncias que envolvem cada caso. (...) Quando se torna

⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. pp. 500- 501.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Tomo LIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 61.

impossível a reposição das coisas ao statu quo ante, dá-se a substituição desse estado irrestaurável por certa compensação aproximada. Nunca existe, adverte Aguiar Dias (liv. cit., vol. cit., p. 334), perfeita correspondência entre o dano e o ressarcimento. (...) Resta o argumento do direito positivo, da incompatibilidade da reparação do dano moral com o ius quod est, com o sistema do direito pátrio. Já tive, ao propósito, hesitações. Mas consideração mais detida do art. 76 do Código Civil, os casos que este compreende, expressamente, de reparação do dano moral, o apelo aos princípios gerais fizeram-me transpor o obstáculo, por amor do qual o v. acórdão recorrido negou a reparação pedida. (...) O caso foi esmeradamente estudado na Justiça estadual, assim na sentença do m.m. juiz Dr. Henrique de Paula Andrade, como nos acórdãos do douto Tribunal de Minas. Conheço do recurso pela letra d e dou provimento para que o juiz conceda moderada indenização, que não é vedada pela nossa lei civil e que se esforça, a meu entender, nos melhores de direito.⁶

Yussef Said Cahali afirma, em 1980⁷ - e ratifica em 2000⁸ - a sua existência, conceituando de maneira idêntica em duas obras distintas, conforme:

Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, “como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a “parte social do patrimônio moral” (honra, reputação etc.) e dano que molesta a “parte afetiva do patrimônio moral” (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.).⁹

Para ele, a classificação como dano extrapatrimonial é insatisfatória, pois utiliza apenas o critério negativo – o que não é patrimonial. Deve ser utilizado, portanto, o termo dano moral, preferindo-se essa denominação tanto pela maior precisão do termo como pela sua tradição, sendo a denominação amplamente utilizada na doutrina, jurisprudência e legislação.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 11.786/MG. Relator: Min. Orozimbo Nonato.

⁷ CAHALI, Yussef Said. **Dano e Indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

⁸ CAHALI, Yussef Said, **Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁹ CAHALI, Yussef Said. **Dano e Indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 20.

Quanto à denominação, Sérgio Cavalieri Filho possui entendimento diverso. Para ele, uma vez que o dano moral, hoje, não se restringe apenas à dor, tristeza e sofrimento, estendendo-se a todos os bens personalíssimos, deve-se chamá-lo, portanto, de dano imaterial ou não patrimonial¹⁰. Já a conceituação segue a linha dos demais doutrinadores, afirmando que o dano moral “é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima”¹¹.

Antônio Jeová Santos acompanha o entendimento de que o dano moral é aquele que não é material. O dano moral existe quando “a lesão afeta sentimentos, vulnera afeições legítimas e rompe o equilíbrio espiritual, produzindo angústia, humilhação, dor etc.”¹². Considerando o homem como epicentro do Direito, amplia a concepção de dano moral, estendendo a situações de frustração.

Quanto ao tradicional *pretium doloris*, é de ser considerado que o *dano moral* deve ser considerado em sua mais ampla aceção e dimensão. Os limites à existência do *dano moral* não podem ficar aprisionados ao preço da dor, porque é necessário que o dano extrapatrimonial seja estendido a todas as possibilidades individuais que sejam frustradas, em decorrência da lesão. Impedir que o sujeito realize o seu projeto de vida ou que ele continue com a sua vida normal de relação, também é *dano moral*.¹³

O dano moral deve, portanto, abranger todas as situações e não somente àquelas nas quais há consequência patrimonial indireta. Afirmar que o dano moral é aquele que apenas atinge os direitos da personalidade é “desconhecer que a vida, a honra, a intimidade, a liberdade e outros direitos

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª ed. 2ª tiragem, rev. aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 75.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª ed. 2ª tiragem, rev. aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 74.

¹² SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 78.

¹³ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 71

personalíssimos nada representam em termos econômicos”¹⁴. A repercussão do dano moral deve ser analisada no caso concreto, não havendo possibilidade de tarifar o dano. A perda de uma perna para um jogador de futebol ou a perda de uma mão para um cirurgião devem ser mais significantes para eles do que para os que não vivem dessas atividades.

Fábio Ulhoa Coelho prefere classificar os danos em materiais ou pessoais, esses englobando a integridade física e moral. Utiliza, também, a denominação de danos extrapatrimoniais. Os danos extrapatrimoniais “são os relacionados à dor por ela [vítima] experimentada. Não repercutem no patrimônio do credor da obrigação de indenizar, e são chamados, também, de *danos morais*”¹⁵.

Sílvio de Salvo Venosa define dano moral como “o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”¹⁶.

Vê-se que há distintas teorias acerca do conceito do dano, ora afirmando que o dano moral é igual a dano extrapatrimonial, ou seja, tudo aquilo que não é material, ora afirmando que dano moral é o dano que atinge a personalidade, o íntimo da pessoa.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O direito de reparação à honra, à dignidade e aos prejuízos de cunho imaterial só foram garantidos na Constituição de 1988, mas diversas leis já previam a reparação do dano imaterial muito antes da atual Carta Magna. O Código Civil de 1916 previa algumas reparações de ordem imaterial, mas não

¹⁴ SANTOS, Antônio Jeova. **Dano moral indenizável**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 93.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: obrigação; responsabilidade civil. Volume 2. 3^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

chegavam perto dos parâmetros atuais. As indenizações eram decorrentes de homicídios, situação na qual o homicida era condenado a pagar as despesas com o funeral e o luto da família, por exemplo. Nos casos de ferimentos ou outra ofensa à saúde, o agressor deveria indenizar o ofendido das despesas do tratamento, bem como dos lucros cessantes até que restabelecesse sua condição prévia. O dano imaterial, assim, dependia, de certa forma, de um dano material.

2.2.1 Código Civil de 1916

O artigo 1547 e seguintes do Código Civil de 1916 previam indenização por injúria, calúnia e ofensa à liberdade pessoal – cárcere privado, prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé e prisão ilegal – prevendo multas nos casos de impossibilidade de comprovação do prejuízo material. Vê-se, assim, que sempre era guardada uma correspondência com a materialidade do dano, estendendo, em casos específicos, a reparação aos danos imateriais relacionados. Estava presente a ideia do dano moral, sem, no entanto, deixar expresso tal direito.

O fundamento da indenização pelo dano moral ganhava força com o disposto no artigo 76 do Código Civil de 1916.

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou á sua família.

Clóvis Beviláqua via um alcance amplo nesse artigo.

Se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral se não exprima em dinheiro. Este artigo, portanto, solveu a controvérsia existente na doutrina, e que, mais de uma vez, repercutiu em nossos julgados. Espínola, de acordo com Coviello, procura estabelecer que

o interesse de agir difere do interesse, que forma o conteúdo do direito subjetivo. Mas o interesse de agir é o mesmo conteúdo do direito subjetivo considerado no momento, em que reage contra a lesão ou a ameaça. E, se o dano moral é uma lesão do direito, forçosamente provoca a reação, cria a *ratio agendi*.¹⁷

A jurisprudência, em geral, divergia de tal entendimento. Para o Supremo Tribunal Federal, apenas o dano material era indenizável. O dano moral não poderia ser passível de indenização porque sua avaliação era impossível.

O entendimento da Excelsa Corte era de que o artigo 76 tratava de matéria processual, não podendo, portanto, ser aplicada ao direito material.

2.2.2 Código Brasileiro de Telecomunicações (1962)

Legislações esparsas também dispunham sobre o dano moral antes deste ser positivado na Constituição de 1988. O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117, de 1962) foi o primeiro a afirmar expressamente a reparação por dano moral.

Art. 81. Independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por êste 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

.....
 § 3º Para exercer o direito à reparação é indispensável que no prazo de 5 (cinco) dias para as concessionárias ou permissionárias até 1kw e de 10 (dez) dias para as demais, o ofendido as notifique, via judicial ou extrajudicial, para que não desfaçam a gravação nem destruam o texto, referidos no art. 86 desta lei.

§ 4º A concessionária ou permissionária só poderá destruir a gravação ou o texto objeto da notificação referida neste artigo, após o pronunciamento conclusivo do Judiciário sôbre a respectiva demanda para a reparação do dano moral.

¹⁷ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. Francisco Alves, 1956.

Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.

§ 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 2º O valor da indenização será elevado ao dôbro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio fôr.

§ 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.

Art. 85. A retratação do ofensor, em juízo ou fora dêle, não excluirá a responsabilidade pela reparação

Parágrafo único. A retratação será atenuante na aplicação da pena de reparação.¹⁸

Vê-se, portanto, a previsão expressa na legislação, inclusive estabelecendo parâmetros para a sua quantificação, estabelecendo limites mínimos e máximos para o arbitramento. Posteriormente, todos os artigos foram revogados pelo Decreto-lei 236, de 1967, não tratando mais sobre a reparação por danos morais.

Segundo Américo Luís Martins da Silva¹⁹, o Código Brasileiro das Telecomunicações marcou um “novo período na evolução do princípio da reparabilidade do dano moral”. Isso porque desvinculava o dano moral dos danos materiais, tratando do dano moral puro, sem reflexão em algum dano material. O Código Brasileiro das Telecomunicações previa a reparação exclusiva dos danos morais, independentemente de danos materiais, contrariando a jurisprudência dominante. Assim, quem fosse difamado, caluniado ou injuriado por meio da radiodifusão, ferindo-lhe a moral, seria indenizado pelos danos extrapatrimoniais experimentados.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 20 nov. 2011.

¹⁹ SILVA, Américo Luis Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 202.

2.2.3 Código Eleitoral (1965)

Também há referência expressa ao dano moral no Código Eleitoral. Os ofendidos durante a propaganda política poderão ajuizar ação em juízo cível requerendo indenização pelos danos morais sofridos por atos ilícitos contra a honra, respondendo pelos danos tanto o ofensor como o partido político a que ele é vinculado, quando responsável por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele.

§ 1º O ofendido por calúnia, difamação ou injúria, sem prejuízo e independentemente da ação penal competente, poderá demandar, no Juízo Civil a reparação do dano moral respondendo por êste o ofensor e, solidariamente, o partido político dêste, quando responsável por ação ou omissão a quem que favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para êle. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

§ 2º No que couber aplicar-se-ão na reparação do dano moral, referido no parágrafo anterior, os artigos. 81 a 88 da Lei nº 4117, de 27/08/1962. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)²⁰

Nota-se, inclusive, que o Código Eleitoral fazia referência ao Código Brasileiro das Telecomunicações quando tratava do dano moral, remetendo aos artigos 81 a 88 da Lei n. 4.117/1962.

2.2.4 Lei de Imprensa (1967)

A lei da imprensa deu continuidade ao desenvolvimento do dano moral no Brasil. Na mesma linha do Código Brasileiro de Telecomunicações e do Código Eleitoral, punia aqueles que praticassem a calúnia, a difamação e a injúria.

Art. 49. Aquêle que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

²⁰ BRASIL, Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 20 nov. 2012

I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;

II - os danos materiais, nos demais casos.

§ 1º Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público.

§ 2º Se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico, ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela reparação do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação (art. 50).

§ 3º Se a violação ocorre mediante publicação de impresso não periódico, responde pela reparação do dano:

a) o autor do escrito, se nêle indicado; ou

b) a pessoa natural ou jurídica que explora a oficina impressora, se do impresso não consta o nome do autor.²¹

A reparação do dano moral também estava completamente desvinculada de eventual reflexão em dano material. O artigo 56 da lei n. 5.250 previa, inclusive, que as ações exigindo a reparação dos danos materiais e morais poderiam ser ajuizadas separadamente.

Art. 56. A ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação do dano material, e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa.

Houve muita discussão acerca dessa lei. Em abril de 2009 o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF e decidiu que a Lei da Imprensa deixou de produzir efeitos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois não foi por esta recepcionada.

²¹ BRASIL. Lei n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 20 nov. 2012.

2.2.5 Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988)

A Constituição Federal estabeleceu como garantia fundamental a reparação do dano moral. A partir daí, ratificou-se a existência do dano e a possibilidade de sua reparação, elevando-o a condição de direito fundamental, embora já estivesse presente no ordenamento jurídico.²²

Como já se disse, embora o direito à indenização tenha sido assegurado na Constituição Federal de 1988, não significa que a indenização passou a ser aceita somente após a promulgação dessa, mas que, a partir dela, foi afastada a digressão acerca do instituto do dano moral, confirmando o direito à reparação dos danos morais na extensão do agravo sofrido.

De acordo com o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, a trajetória do instituto do dano moral no Direito Brasileiro pode ser dividida em duas fases: a do questionamento e a consensual. A Constituição de 1988 é o divisor de águas da questão.²³ O percurso até a sua positivação foi mais tortuoso do que em outros países, afirma Sérgio Severo, com a ressalva de que era amplamente aceito na doutrina, contudo, na jurisprudência era uma corrente minoritária que aceitava o aceitava.

2.3 SITUAÇÕES CARACTERIZADORAS

Diversas são as situações que caracterizam o dano moral, não sendo possível abarcá-las exaustivamente. Qualquer situação provocada por ato ilícito que cause dor, humilhação ou vexame podem ser caracterizadores de dano moral. São trazidas as situações mais comuns, que ocorrem diuturnamente, sendo, em determinados casos, presumido o dano moral, tendo

²² CAHALI, Yussed Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 55.

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil** obrigações; responsabilidade civil, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2009.

em vista a sua repetição e a experiência comum que evidencia a sua existência, independentemente de prova, bastando o nexo de causalidade.

2.3.1 Dano in re ipsa

O dano moral, por sua própria natureza, é de difícil comprovação. Indo de encontro à dificuldade probatória, o dano *in re ipsa* é o dano puro, presente na própria situação. Existindo elementos comprobatórios da existência de fatos, é desnecessária, em determinados casos, a comprovação da consequência, do dano, pois ele é presumido pela própria situação fática. O Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade do dano *in re ipsa*.

O abalo de crédito é uma das situações consideradas como caracterizadoras do dano moral por seus próprios fatos. A pessoa que é colocada indevidamente nos cadastros dos órgãos de controle de inadimplência – Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), Serasa, Cadastro de Inadimplentes (Cadin) – tem, presumidamente, a sua moral abalada. A pessoa que tem o nome incluído nesses cadastros, ou seja, “sujo”, conforme terminologia popular, terá restrições financeiras e será visto como mau pagador.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ENCERRAMENTO DE CONTA-CORRENTE COM QUITAÇÃO DE TODOS OS DÉBITOS PENDENTES. INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DA CLIENTE NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL PRESUMIDO. VALOR DA REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. CONTROLE PELO STJ. POSSIBILIDADE.

I - O banco é responsável pelos danos morais causados por deficiência na prestação do serviço, consistente na inclusão indevida do nome de correntista nos órgãos de proteção ao crédito, causando-lhe situação de desconforto e abalo psíquico.

II - Em casos que tais, o dano é considerado *in re ipsa*, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato e da experiência comum.

III - Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto, o que, na

espécie, não ocorreu, distanciando-se o quantum arbitrado da razoabilidade. Recurso Especial parcialmente provido.²⁴

Atrasos em voos são situações corriqueiras e também possuem o benefício probatório. O Superior Tribunal de Justiça entende que tal situação é de responsabilidade da companhia aérea, visto o desconforto, a aflição e a angústia causados ao passageiro que arcou com os pagamentos pelo serviço defeituoso.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATRASO DE VÔO INTERNACIONAL - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM DETRIMENTO DAS REGRAS DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO. CONDENAÇÃO EM FRANCO POINCARÉ - CONVERSÃO PARA DES - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1 - A responsabilidade civil por atraso de vôo internacional deve ser apurada a luz do Código de Defesa do Consumidor, não se restringindo as situações descritas na Convenção de Varsóvia, eis que aquele, traz em seu bojo a orientação constitucional de que o dano moral é amplamente indenizável.

2. O dano moral decorrente de atraso de vôo, prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se , in re ipsa, por força do simples fato da sua violação em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro.²⁵

Outra situação indicada pelo Superior Tribunal de Justiça como caracterizadora de dano moral por seus próprios fatos é a de diploma sem reconhecimento pelo Ministério da Educação e Cultura. Alunos do curso de Arquitetura e Urbanismo da Universidade Católica de Pelotas tiveram o dano moral presumido pela falta de reconhecimento dos seus diplomas.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 786.239/SP. Recorrente: Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A. Recorrida: Martha Françoso. Relator: Min. Sidnei Beneti. 13 maio 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4851773&sReg=200501661740&sData=20090513&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 24 nov. 2012.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 299.532/SP. Recorrente: Viação Aérea São Paulo S/A Vasp. Recorrido: Christine Nicole Zonzoni e outro. Relator: Min. Honildo Amaral de Mello Castro. 23 nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6911853&sReg=200100034276&sData=20091123&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 24 nov. 2012.

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CURSO NÃO AUTORIZADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA.

- Não tendo a instituição de ensino alertado os alunos, entre eles as recorrentes, acerca do risco (depois concretizado) de impossibilidade de registro do diploma quando da conclusão do curso, o dano moral daí decorrente pode – e deve – ser presumido.

- Não há como negar o sentimento de frustração e engodo daquele que, após anos de dedicação, entremeados de muito estudo, privações, despesas etc., descobre que não poderá aspirar a emprego na profissão para a qual se preparou, tampouco realizar cursos de especialização, pós-graduação, mestrado ou doutorado, nem prestar concursos públicos; tudo porque o curso oferecido pela universidade não foi cancelado pelo MEC. Some-se a isso a sensação de incerteza e temor quanto ao futuro, fruto da possibilidade de jamais ter seu diploma validado. Há de se considerar, ainda, o ambiente de desconforto e desconfiança gerados no seio social: pais, parentes, amigos, conhecidos, enfim, todos aqueles que convivem com o aluno e têm como certa a diplomação. A demora, na hipótese superior a 02 (dois) anos, expõe ao ridículo o “pseudo-profissional”, que conclui o curso mas vê-se impedido de exercer qualquer atividade a ele correlata.

- O Código Civil exige dano material efetivo como pressuposto do dever de indenizar, cuja existência deve ser demonstrada nos próprios autos e no curso da ação. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.²⁶

Os alunos não sabiam do risco da impossibilidade de registro do diploma e cursaram todo o curso, obtendo aprovação e diploma que não tinha nenhuma validade. Os alunos ficaram impedidos de realizar qualquer ato inerente à profissão até a chancela do Ministério da Educação e Cultura, que foi realizada apenas dois anos após a conclusão do curso. Por toda a insegurança, aflição, incerteza e temor gerados, fez-se desnecessária a comprovação do dano, pois a própria situação já caracteriza o dano moral.

Vê-se, portanto, que a própria situação, muitas vezes, é caracterizadora do dano moral, independentemente de prova da lesão por parte da vítima. A lesão pode ser presumida pelo julgador, tendo em vista apenas a realidade fática. Diferente das situações nas quais a vítima deverá comprovar o dano

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.631.204/RS. Recorrente: Alejandra Saravia Aguiar e outros. Recorrido: Universidade Católica de Pelotas. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 16 jun. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4441123&sReg=200400232348&sData=20090616&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 24 nov. 2012.

sofrido, nessas situações específicas, a experiência comum é suficiente para que seja caracterizada a dor, a aflição, a angústia ou demais sentimentos negativos que englobam o dano moral. Além das situações já citadas, pode-se salientar a perda de um filho por ato ilícito de outrem e o extravio de bagagens em viagens, situação, inclusive, analisada mais profundamente neste trabalho.

Chegar ao patamar do dano moral ser presumido é uma grande evolução do instituto do dano moral. Há poucas décadas sequer era reconhecido. Após, passou a ser discutido e aceito. Agora, pode ser presumido, bastando a comprovação da situação fática para que o julgador possa ordenar o ressarcimento dos danos sofridos.

2.3.2 Dano moral à pessoa jurídica

Ultrapassada a discussão acerca do cabimento do dano moral à pessoa natural, passou-se a debater a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral.

A doutrina negativista disciplinava que era impossível a existência do dano moral à pessoa jurídica, visto que ela não possui sentimentos passíveis de serem lesionados. As pessoas jurídicas não teriam aspectos extrapatrimoniais, sendo qualquer ofensa relacionada a ela de cunha patrimonial. Ainda que fosse possível a proteção da imagem e da honra da empresa, por exemplo, essa seria de caráter material, patrimonial, pois também é possível de negociação, diferentemente da imagem e honra da pessoa natural, que são imutáveis e inalienáveis.

A doutrina contrária à tese de inexistência de dano moral à pessoa jurídica afirma que é possível o dano moral a essa, pois possuidora de personalidade. Não significa, porém, que a pessoa jurídica poderia sofrer com a morte de um de seus membros ou com a sua integridade física, mas que possui direitos que integram a moral, como a honra, a imagem e ao nome, por

exemplo. O Código Penal, inclusive, afirma que a pessoa jurídica pode sofrer difamação, assim como a pessoa física.

Para Sérgio Cavalieri Filho, é “induidoso que a pessoa jurídica é titular de honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que o seu bom nome, reputação ou imagem forem atingidos no meio comercial”, desde que proveniente de ato ilícito²⁷. Afirmar que a pessoa jurídica não é passível de reparação é equivoco tão grave como afirmar que a pessoa física não é passível de reparação. O causador do dano moral merece punição e a não aplicação do instituto só estimularia a irresponsabilidade em razão da impunidade.

Cahali afirma que é possível a indenização de dano moral às pessoas jurídicas, pois dotadas de direitos de personalidade. Indeniza-se, portanto, o dano moral em função de atentado à honra objetiva da pessoa jurídica, visto que não é dotada de honra subjetiva. Atos que abalem o bom nome ou a imagem comercial da pessoa jurídica podem ser fatores caracterizadores do dano moral à pessoa jurídica. A honra subjetiva – que abarca a dignidade, decoro e autoestima – não pode ser abalada, tendo em vista que a pessoa jurídica não possui essa característica, exclusivas do ser humano.²⁸

A questão foi sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, que se posicionou de forma favorável acerca da possibilidade de concessão de dano moral à pessoa jurídica através da Súmula 227²⁹ cujo enunciado é: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 85.

²⁸ CAHALI, Yussed Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 377-387.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 227. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=227&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 24 nov. 2012

Cita-se precedente da Excelsa Corte no qual uma empresa teve anunciado na lista telefônica com texto incorreto. Ao invés de apresentar “Menor preço, melhor qualidade”, apresentou “Menor preço, menor qualidade”. O erro por parte da empresa que edita a lista telefônica claramente afeta a imagem da empresa, sendo o dano, inclusive, presumido pelo tribunal.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL.DANO MORAL. ANÚNCIO EM LISTA TELEFÔNICA COM INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. ONDE DEVERIA CONSTAR "MENOR PREÇO, MELHOR QUALIDADE"; CONSTOU "MENOR PREÇO, MENOR QUALIDADE". EMPRESA DE PEQUENO PORTE QUE EXPLORA COMERCIALIZAÇÃO DE EXTINTORES DE INCÊNDIO. DANO PRESUMÍVEL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 07/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.³⁰

Possível, pois, a indenização relativa a dano moral à pessoa jurídica, podendo, inclusive, o dano ser presumido, assim como acontece em relação às pessoas físicas.

2.3.3 Dano moral à pessoa pública

Na medida em que artistas, políticos, atletas ou demais pessoas públicas têm a sua vida mais exposta naturalmente pela sua profissão, a proteção da sua intimidade é menor em relação às pessoas comuns. Não significa, contudo, que elas perdem o direito à honra, a intimidade. Não é porque são pessoas públicas, conhecidas por um grande número de pessoas, que o seus direitos poderão ser violados.

Diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça reconhecem a possibilidade de indenização por dano moral e pessoa pública – e não poderia

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.371.645/DF. Recorrente: Telelistas Região 2 Ltda. Recorrido: Aaba Extintores Ltda – Empresa de Pequeno Porte. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 16 mar. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=20189046&sReg=201002024582&sData=20120316&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 24 nov. 2012

ser diferente -, mas sempre fazendo a ressalva da menor proteção quanto à esfera da intimidade.

O artista Marcos Pasquim foi fotografado beijando uma mulher que não era a sua esposa, em local público, e tal foto foi divulgada em diversas revistas de fofocas. O artista ajuizou ação contra a editora e teve o direito à indenização pelos danos morais reconhecidos, tendo em vista o abuso do uso de sua imagem.

RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. EXISTÊNCIA DO ILÍCITO, COMPROVAÇÃO DO DANO E OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. PESSOA PÚBLICA. ARTISTA DE TELEVISÃO. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS PROCESSUAIS. REPARTIÇÃO.

- Ator de TV, casado, fotografado em local aberto, sem autorização, beijando mulher que não era sua cônjuge. Publicação em diversas edições de revista de “fofocas”;

- A existência do ato ilícito, a comprovação dos danos e a obrigação de indenizar foram decididas, nas instâncias ordinárias, com base no conteúdo fático-probatório dos autos, cuja reapreciação, em sede de recurso especial, esbarra na Súmula 7/STJ;

- Por ser ator de televisão que participou de inúmeras novelas (pessoa pública e/ou notória) e estar em local aberto (estacionamento de veículos), o recorrido possui direito de imagem mais restrito, mas não afastado;

- Na espécie, restou caracterizada a abusividade do uso da imagem do recorrido na reportagem, realizado com nítido propósito de incrementar as vendas da publicação;

- A simples publicação da revista atinge a imagem do recorrido, artista conhecido, até porque a fotografia o retrata beijando mulher que não era sua cônjuge;³¹

Não se pode, portanto, desconsiderar o direito à imagem e à honra das pessoas públicas.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.082.878/RJ. Recorrente: Editora Globo S/A. Recorrido: Marcos Fábio Prudente. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 14 out. 2008. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4337378&sReg=200801875678&sData=20081118&sTipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 09 dez. 2012.

2.3.4 Dano moral por abandono afetivo

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, entendeu ser possível indenização por dano moral no caso de abandono afetivo. De acordo com o voto da Ministra Nancy Andrighi, não há dispositivo legal que vete a indenização por danos morais em relações intrafamiliares. No caso em análise, a filha teria tido um tratamento diferente dos demais filhos, desde o reconhecimento da paternidade até a ausência quase completa de contato com a filha. “Amar é faculdade, cuidar é dever”³². Ausente o dever de cuidado por parte do pai, não há apenas a perda do poder familiar, mas também a necessidade de indenizar. De acordo com o entendimento da Terceira Turma, a ilicitude está presente pela omissão do pai, que tinha dever de cuidar, mas não cuidou.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 10 maio 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 09 dez. 2012.

matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.³³

Por fim, tendo em vista a omissão do pai, ele foi condenado a indenizar a filha em R\$200.000,00, valor esse que fora reduzido, já que o tribunal de origem tinha arbitrado em R\$415.000,00.

Julgados mais antigos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negavam a possibilidade de indenização por abandono afetivo, pois entendiam que não havia ilícito na conduta. O Ministro Aldir Passarinho³⁴, da Quarta Turma, julgando processo também referente a abandono afetivo, acompanhou o entendimento do Min. Fernando Gonçalves³⁵, tendo em vista que o judiciário não poderia obrigar ninguém a amar outrem.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 10 maio 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 09 dez. 2012.

³⁴ CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).

II. Recurso especial não conhecido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 514.350/SP. Recorrente: R.A. da S.. Recorrido: J.L.N. de B.. Relator: Min. Aldir Passarinho. 25 maio 2009. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200300209553&dt_publicacao=25/05/2009>. Acesso em: 09 dez 2012

³⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757.411/MG. Recorrente: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Recorrido: Alexandre Batista Fortes. Relator: Min. Fernando Gonçalves. 29 nov. 2005. Disponível em: <

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.³⁶

O tema é recente e ainda merece bastante estudo, mas o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi parece o mais coerente entre os apresentados. Não se está penalizando alguém por não amar. O judiciário não pode obrigar ninguém a amar. O que se deseja é a proteção do dever de cuidar. Uma vez omitido o dever de cuidado, é possível a indenização pelos danos morais advindos do abandono afetivo.

2.3.5 Dano moral por rompimento de noivado

Analisando a jurisprudência, vê-se a grande quantidade de ações envolvendo pedidos de indenizações por dano moral nos casos de rompimento de noivado. Maria Berenice Dias³⁷ entende que não é possível a responsabilização do noivo pelo rompimento da relação, pois o noivado é mero compromisso que demonstra a intenção de se casar, mas que pode ser rompido a qualquer tempo. Não se nega, porém, a dor que pode ser causada e o prejuízo psíquico, mas, tratando de responsabilidade civil, além do dano, deve-se lembrar de que também precisa existir o ato ilícito. Inexistindo o ato ilícito, inexistente, por consequência, o dever de indenizar, ainda que haja dano. O descumprimento de promessas e juras de amor feitas durante a união afetiva não pode gerar obrigação ressarcitória.

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em: 09 dez 2012.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757.411/MG. Recorrente: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Recorrido: Alexandre Batista Fortes. Relator: Min. Fernando Gonçalves. 29 nov. 2005. Disponível em: <

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em: 09 dez 2012.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.122

Contudo, há julgados responsabilizando o nubente que rompeu a relação pelos danos morais causados à vítima. Ainda no entendimento de Maria Berenice Dias³⁸, deve-se apenas indenizar o nubente pelos danos materiais causados, não existindo previsão legal para indenização por danos morais ou lucros cessantes.

Por outro lado, Euclides de Oliveira³⁹ acredita que há dever de indenizar quando há arrependimento injustificado por parte do nubente e por rompimento danoso, quando o noivo desaparece nas vésperas do casamento ou deixa a noiva esperando no altar, por exemplo.

Yussef Said Cahali compartilha do entendimento de que a simples ruptura do noivado não é causa, por si só, obrigação de indenizar por parte de quem rompe a relação, não afastando, porém, a possibilidade de indenização quando não forem comprovados motivos ponderáveis para o desfazimento do noivado. O rompimento sem justa causa configura ato ilícito que dá ensejo à responsabilidade civil⁴⁰

Ainda assim, por mais fria que possa parecer a análise, o casamento é um ato volitivo, devendo a vontade ser manifestada de forma pura, sem interferência de fatores externos.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado

³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 123

³⁹ OLIVEIRA, Euclides de. **A Escalada do Afeto no Direito de Família: Ficar, Namorar, Conviver, Casar**. apud DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 7^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁴⁰ CAHALI, Yussed Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 742.

o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

Portanto, sendo necessária a vontade de ambos e havendo necessidade de afirmação da vontade perante o juiz, entende-se que até a negativa perante o juiz não é passível de indenização por dano moral, ainda que existente o dano, mas, como afirmado anteriormente, inexistente o ilícito. Ratificando essa análise, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já se manifestou nesse sentido, conforme ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO A DANO MATERIAL E MORAL. FIM DE NOIVADO. DOR, MÁGOA, TRISTEZA QUE NÃO CONFIGURAM DANO MORAL. CONDENAÇÃO À RESTITUIÇÃO DE MÓVEIS ADQUIRIDOS PELA AUTORA. DECISÃO DE PARCIAL PROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. O fim de um relacionamento afetivo, intenso e prolongado, naturalmente causa dor, tristeza e frustrações, porém, o noivado, pela sua própria natureza, denota relacionamento precário e que sequer recebe a tutela legislativa. Como ensina a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, somente pode ser reputado como dano moral o vexame, sofrimento ou humilhação que de forma extrema e fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Isso sem falar que, casos reconhecidos como devidos danos morais pelo rompimento do noivado, tal verba funcionaria como verdadeira astreinte, constringendo os noivos à celebração do matrimônio, o que solaparia um dos elementos constitutivos desse enlace, que é a livre manifestação de vontade. 2. Faz à autora jus à restituição do patrimônio que adquiriu e que se encontra em mãos do apelado, nos limites do acervo incontroverso, uma vez que não há prova de aquisição de bens além daqueles referidos na sentença. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.⁴¹

Por outro lado, também há entendimento acompanhando o posicionamento de Euclídes Oliveira, no sentido de que há possibilidade de indenização por dano moral quando o rompimento é injustificado.

⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70027106053. Apelante: G.S.O.. Apelado: L.A.D.. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. 28 ago. 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70027106053&num_processo=70027106053&codEmenta=3722136&temIntTeor=true>. Acesso em: 08 dez. 2012.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ROMPIMENTO DE NOIVADO INJUSTIFICADO E PRÓXIMO A DATA DO CASAMENTO. DANO MORAL CARACTERIZADO. DANOS MATERIAIS.

1. Pleito indenizatório em que a parte autora busca a reparação de danos materiais e morais suportados em virtude do rompimento injustificado do noivado pelo nubente varão poucos dias antes da data marcada para a celebração do casamento.

2. Faz-se necessário esclarecer que as relações afetivas podem ser tuteladas pelo direito quando há repercussão econômica. No que se refere à promessa de casamento tenho que esta deve ser analisada sob a óptica da fase preliminar dos contratos.

3. Oportuno salientar que a possibilidade de responsabilização civil não pode ser utilizada como forma de coação aos nubentes. O casamento deve ser contraído mediante a manifestação livre e espontânea da vontade dos noivos de se unirem formalmente. Inteligência do art. 1.514 do CC.

4. Impende destacar que a ruptura de noivado por si só não determina a responsabilidade do desistente, o que pode ensejar a reparação são as circunstâncias em que a outra parte foi comunicada de seu intento.

5. A prova produzida no feito atesta que a ruptura do noivado se deu em circunstâncias que causaram grandes dissabores e abalos à demandante. Inicialmente, insta destacar que os fatos se deram no dia do “chá de panelas” da autora, o que demonstra a surpresa que tal notícia causou à requerente, bem como o sofrimento e a desesperança por esta suportados.

6. Ademais, os convites para o enlace matrimonial já haviam sido distribuídos, de sorte que a autora teve que comunicar a todos os convidados o cancelamento do casamento, bem como os motivos que o determinaram.

7. Prova testemunhal que foi uníssona em afirmar que a demandante ficou muito abalada e triste com o fim do relacionamento.

8. Ainda, não é difícil depreender a repercussão que tais fatos tiveram na pequena cidade de Tapes/RS. Frise-se que os constrangimentos pelos quais a noiva passou ultrapassam os meros dissabores, comuns aos fatos cotidianos.

9. Aliás, mostra-se imprudente a conduta adotada pelo réu, porquanto mesmo estando ciente de todos os preparativos para a festa de casamento, tais como a locação do vestido e do local para a realização do evento, a encomenda do bolo e da decoração, esperou para comunicar a decisão de rompimento poucos dias antes da data aprazada para a celebração.

10. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta do réu, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta abusiva do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro.

11. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito.

12. Quanto aos danos materiais, o demandado deverá ressarcir tão-somente os gastos efetivamente comprovados pela autora pelos recibos das fls. 15/18 do presente feito.

13. No que concerne à quantia de R\$ 400,00, que a demandante alega ter fornecido ao autor para a compra de materiais para a

construção de uma peça de alvenaria para a moradia do casal, não veio aos autos qualquer prova sobre a entrega do referido montante, ônus que se impunha à demandante e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, I, do CPC.

14. Por fim, quanto ao empréstimo realizado, da mesma forma, não há comprovação de que a integralidade dos valores foi utilizada nos preparativos da festa de casamento, sendo descabida a pretensão da apelante a este respeito.⁴²

De acordo com a decisão, o mero fim do noivado não é suficiente para caracterizar um dano indenizável, mas o modo como ele é terminado pode influenciar. Se o rompimento ocorrer de forma imprudente, injustificada, após todos os preparativos, poderia ser indenizável. Ratifica-se a crítica a esse posicionamento: ainda que o rompimento ocorra às vésperas do casamento, não há motivo para responsabilização nubente. A possibilidade de indenização pode ser, inclusive, uma forma de coação, viciando a vontade dos nubentes para evitar uma possível indenização.

Como observado, não há unanimidade nessa área, havendo divisão tanto doutrinária como jurisprudencial. Contudo, acredita-se que a posição mais correta é a de que não há dano moral por rompimento do noivado, independentemente da forma como ocorrer. Não se exclui, por óbvio, a possibilidade de indenização do nubente quando ele, por ato ilícito, causar dano ao outro nubente. Nesse caso, seria responsabilizado como qualquer outra pessoa, pelo ato ilícito, não por romper o noivado.

⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70027032440. Apelante: Michelli Ferreira Duarte. Apelado: Ceciliano de Oliveira. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. 21 jan. 2009. Disponível em: <
http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70027032440%26num_processo%3D70027032440%26codEmenta%3D2725462+dano+moral+%22rompimento+de+noivado%22&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70027032440&comarca=Tapes&dtJulg=21-01-2009&relator=Jorge+Luiz+Lopes+do+Canto>. Acesso em: 09 dez. 2012.

2.3.6 Dano moral por erro médico

Médicos, dentistas, farmacêuticos, laboratórios e seus responsáveis, entre outros profissionais, podem ser responsabilizados por episódio lesivo do qual teve culpa. “Medicamentos flagrantemente prescritos ou ministrados de maneira incorreta, técnicas cirúrgicas e procedimentos mal aplicados”⁴³ são algumas das situações que pelas quais o paciente ingressa na justiça para obter a recomposição do patrimônio afetado.

Para Fernando Gomes Correia-Lima erro médico é “a conduta profissional atípica, irregular ou inadequada, contra o paciente durante ou em face de exercício médico que pode ser caracterizada como imperícia, imprudência ou negligência”⁴⁴, excetuando os casos em que há dolo.

O erro médico caracteriza-se, portanto, pela sua culpa ao causar o dano. A obrigação do médico, em geral, é de meio. No entanto, tratando-se de cirurgia estética, a obrigação passa a ser de resultado⁴⁵. Aceitando a realização da cirurgia, presume-se que a melhoria estética é possível, responsabilizando-se o médico pelo resultado que previu⁴⁶. Isso não significa que a responsabilidade é objetiva. A responsabilidade permanece sendo subjetiva, contudo, incumbe ao médico provar que não cometeu ilícito, que agiu com perícia, prudência, afastando a sua responsabilidade.⁴⁷ Como o paciente não se encontra em risco de vida na ocasião da cirurgia estética, a sua margem de atuação é menor, até por haver menor risco. Por outro lado, quando a o

⁴³ MATIELO, Fabrício Zamproga. **Dano moral, dano material e reparação**. 3^a. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997. p. 139.

⁴⁴ CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.

⁴⁵ SANTOS, Antônio Jeova. **Dano moral indenizável**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 258.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 280.

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.281.

paciente encontra-se enfermo, a atuação do médico pode ser mais ampla⁴⁸, sendo responsabilizado quando agir com alguma modalidade de culpa, não sendo possível a responsabilização objetiva do médico.⁴⁹ Por outro lado, é possível a responsabilização objetiva do hospital, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor e a Teoria do Risco, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ.

1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.

2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.

3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII).

4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).

5.- Recurso Especial do hospital improvido.⁵⁰

Como se vê, nos casos em que o médico é empregado do hospital, não há discussão acerca da sua responsabilidade objetiva⁵¹. Já quando o médico

⁴⁸ SANTOS, Antônio Jeova. **Dano moral indenizável**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.258.

⁴⁹ SANTOS, Antônio Jeova. **Dano moral indenizável**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 260.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 696.284/RJ. Recorrente: Medise Medicina Diagnóstico e Serviços Ltda.. Recorrido: Tatiana de Mello Biar. Relator: Min. Sidnei Beneti. 18 dez. 2009. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401449631&dt_publicacao=18/12/2009>. Acesso em: 09 dez. 2012.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 281.

apenas utiliza as dependências do hospital para internar seus pacientes, a responsabilidade é exclusiva do médico, não sendo possível a responsabilização objetiva do hospital, exceto nos casos de falhas desse, tais como infecção hospitalar ou omissão da enfermagem.

O médico tem o dever de informar o paciente, de forma clara e linguagem simples, de forma pela qual possa ser compreendido⁵² e todo tratamento deve ter o consentimento do paciente ou de seu responsável⁵³, esclarecendo seus riscos e possíveis resultados⁵⁴. O erro de diagnóstico responsabiliza o médico pelos danos dele decorrentes. Para tanto, o erro deve ser “grave e inescusável e verifica-se na prescrição de um tratamento inadequado ou na intervenção cirúrgica desnecessária”⁵⁵ O diagnóstico equivocado, por si só, não leva, necessariamente, à conclusão de que houve culpa.⁵⁶

⁵² SANTOS, Antônio Jeova. **Dano moral indenizável**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 270.

⁵³ SANTOS, Antônio Jeova. **Dano moral indenizável**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 266.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.p. 279.

⁵⁵ SANTOS, Antônio Jeova. **Dano moral indenizável**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 266.

⁵⁶ CAHALI, Yussed Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.589.

3 A REPARAÇÃO DO DANO MORAL

3.1 FORMAS DE REPARAÇÃO

Conforme pode se depreender da análise conceitual, o dano só é reparável quando existir ilícito. Todas as pessoas têm o dever de não lesar. Se lesar, deverá reparar o dano, seja ele material ou moral. Deve-se preservar a harmonia e o equilíbrio que orienta o Direito⁵⁷

Danos não patrimoniais, que nem todos admitem como sinônimo de danos morais, são, portanto, aqueles cuja valoração não tem uma base de equivalência que caracteriza os danos patrimoniais. Por isso mesmo, são danos de difícil avaliação pecuniária. Por sua própria natureza, os danos psíquicos, da alma, da afeição, da personalidade são heterogêneos e não podem ser generalizados. Trata-se do que foi convencionalmente denominado de *pretium doloris*⁵⁸

Determinados tipos de dano podem ser reparados naturalmente. É preferido, inclusive, que seja dessa forma. Quando se fala de danos materiais, a reparação pode ser feita *in natura* de uma forma mais simplificada. Contudo, na perspectiva do dano moral, imaterial, é mais complexa a reparação *in natura*. A pessoa que foi caluniada em um programa televisivo terá sua imagem abalada, ainda que, no dia seguinte, em mesmo horário, seja dito que a calúnia foi equivocada, que o ofendido não era realmente autor de crime. A reparabilidade, nesse caso, seria parcial, pois restaria sofrimento ao ofendido.

Essa é uma das problemáticas do dano moral: determinadas situações são irreversíveis, irreparáveis. Para esses casos, deve-se recorrer a uma reparação postiça, representada pelo pagamento da indenização em dinheiro⁵⁹. A reparação em dinheiro não é ideal, mas é uma forma de amenizar o

⁵⁷ SILVA, Américo Luis Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 365

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 205.

⁵⁹ SILVA, Américo Luis Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 365

sofrimento da vítima. E quanto vale esse sofrimento? Quanto vale a calúnia? Quanto vale a morte? E o membro amputado? E a viagem frustrada? Não há parâmetros objetivos para a quantificação, ficando a critério do julgador o arbitramento, de acordo com princípios como o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

O pagamento da indenização pode ser único – por capital – ou periódico – por renda. O pagamento por renda, periódico, é usado em situações na qual o ofendido fica impossibilitado de trabalhar, por exemplo, sendo mais prudente, portanto, a indenização mensal. Há críticas a essa forma de indenização, pois, ao passar do tempo, o devedor da obrigação pode ficar incapacitado de pagá-la, prejudicando o credor. No Brasil utiliza-se o sistema de pagamento misto. Se há necessidade de pagar alimentos, por exemplo, o juiz deverá arbitrar a condenação em valor suficiente a constituir capital, cuja renda lhe assegure o cumprimento efetivo da obrigação⁶⁰

Cahali anota que

De um modo geral, a condenação com que se busca reparar o dano moral é representada, no principal, por uma quantia em dinheiro, a ser paga de imediato, sem prejuízo de outras cominações secundárias, nas hipóteses de ofensa à honra e à credibilidade da pessoa (...)⁶¹

O arbitramento dos danos morais obedece, via de regra, padrões jurisprudenciais, tendo em vista a ausência de critérios legais para orientar objetivamente a fixação.

⁶⁰ SILVA, Américo Luis Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 370

⁶¹ CAHALI, Yussed Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 812.

3.2 FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO

A indenização possui dois caracteres: compensatório e preventivo. O primeiro consiste na reparação do dano em si, em montante suficiente para que seja recuperada a situação anterior ao dano. O segundo, amplamente utilizado nos países da *commom law*, possui viés punitivo, educativo, pedagógico, a fim de inibir o sujeito ativo do dano de repetir o dano.

A função punitiva é criticada por diversos doutrinadores, pois entendem que não há previsão legal para tal, violando o princípio da legalidade.

Giovanni Ettore Nanni preocupa-se com a questão do enriquecimento sem causa. Para ele, a utilização da função punitiva não é prevista no ordenamento pátrio e seria uma forma disfarçada de incentivo ao ingresso no judiciário, além de uma flagrante violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa. A adoção da função punitiva acarretaria um ingresso de ações em massa, prestando um desserviço ao judiciário e fazendo com que, em caso extremo, fosse considerada letra morta o princípio que veda o enriquecimento sem causa⁶².

Fábio Ulhoa Coelho afirma que a indenização deve ter apenas o caráter compensatório, devendo ser arbitrado na amplitude do dano e jamais podendo ser presumido, sendo necessária a prova de sua ocorrência. No entanto, faz ressalva quanto às situações na qual a conduta do ofensor for particularmente repulsiva, exemplificando com a situação na qual a pessoa conduz veículo drogada e embriagada.⁶³

A única função dos danos morais é compensar a dor da vítima, quando esta é particularmente tormentosa, pungente. Não têm natureza de sanção, por ser irrelevante a licitude ou ilicitude da

⁶² NANNI, Giovane Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil** obrigações; responsabilidade civil, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 417-418.

conduta do devedor (...). Não se confundem, assim, com a indenização punitiva.⁶⁴

Para ele, não se confundem a indenização punitiva (*punitive damages*⁶⁵) e a compensação pelos danos morais (*pain and suffering damages*)⁶⁶.

Mirna Cianci⁶⁷ é adepta da teoria que o dano moral deve ter apenas o caráter ressarcitório, fundando seu entendimento na situação de que a pena privada geraria um enriquecimento indevido ao ofendido. Para ela, a pena privada seria prejudicial principalmente nos casos de responsabilidade objetiva, onde não necessariamente comete-se ilícito, mas há dever de reparar. Nesses casos, a pessoa responsável pela indenização não teria causado o dano, mas, ainda assim, seria punida.

Discorda-se de tal posicionamento. Ainda que a responsabilidade seja objetiva, o dano deve ser evitado. Dizer o contrário seria aceitar que a empresa não tem nenhuma influência nas atitudes de seus empregados. Empresas que, reiteradamente, cometem dano morais, por meio de seus empregos têm, sim, culpa, ainda que indiretamente. Podem ser considerados o salário pago, a falta de treinamento, a escassez de empregados, a alta carga de trabalho, entre diversos outros fatores que podem, de uma forma ou de outra, afetar a prestação de serviços.

Antônio Jeová Santos acredita que deve haver a dupla função do dano moral: ressarcitória e punitiva. Deve haver uma sanção exemplar para o ofensor, servindo de medida preventiva para que seja repetida a ofensa.

⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil** obrigações; responsabilidade civil, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶⁵ Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit. (Indenização atribuída cumulada com os danos materiais quando o réu agiu com imprudência, malícia ou dolo) GARNER, Bryan A.. **Black's Law Dictionary**. 8^a. ed. Saint Paul: West, 2007.p. 418.

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil** obrigações; responsabilidade civil, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 432.

⁶⁷ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, deve servir como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas. Conjuga-se, assim, a teoria da sanção exemplar à do caráter ressarcitório, para que se tenha o esboço do *quantum* na fixação do dano moral.⁶⁸

O propósito do Direito é estabelecer a paz social. Se não houver um ingrediente capaz de prevenir que o ofensor repita a ofensa, punindo-o de certa forma, é renunciada a eficácia da indenização, renunciando a paz social.⁶⁹

Por isso que, a indenização que alguém paga, se comete um dano porque agiu com culpa, deve ser inferior àquele que age com a vontade consciente de perpetrar a lesão (*dolo*). O repetidor, que não se cansa de irrogar a terceiros, conduta que, em sua gênese, origine danos morais, deve pagar mais do que aquele que somente por acaso e sem recidiva, incorre no ilícito. Uma maior indenização servirá para que o franco descumpridor de obrigações seja inibido em sua atividade que depaupera o íntimo do ser humano. A indenização, por sua consequência, pode ser elevada e ir mais além do que o menoscabo realmente causado, porque o magistrado considerará que, diante do *dolo* ou da culpa grave, ou da recidiva permanente, deve aplicar quantia mais elevada com aquele intuito sancionador. Somente assim, com um certo valor que castigue o comportamento doloso, poderão ser desmanteladas eventuais propostas de o ofensor continuar propagando danos morais.⁷⁰

Carlos Alberto Bittar é adepto dessa teoria. O dano moral deve servir tanto para reparar o dano como para dissuadir o ofensor de cometer o dano novamente, mostrando à sociedade que o ato ilícito não ficou indene.⁷¹

Na mesma corrente, Jurandir Sebastião afirma que as funções da indenização são de amenizar a dor da vítima – ou da sua família – mediante recompensa financeira; de punir o agente ofensor, para evitar a repetição da

⁶⁸ SANTOS, Antônio Jeova. **Dano moral indenizável**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 162

⁶⁹ SANTOS, Antônio Jeova. **Dano moral indenizável**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 159.

⁷⁰ SANTOS, Antônio Jeova. **Dano moral indenizável**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 161.

⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

conduta e para servir de exemplo para a sociedade, a fim de que não cometam o mesmo erro. Portanto, a indenização deverá ser ressarcitória, preventiva e exemplar.⁷²

A inexistência de caráter punitivo-preventivo seria prejudicial para a sociedade. Em uma situação extrema, propagar-se-ia o sentimento de impunidade, aumentando o número de reiteradas ofensas e lesões que, na pior das hipóteses - e apenas nos casos em que foi procurada solução judicial -, seriam apenas reparadas, com valor muitas vezes irrisório, possibilitando a conduta reiterada e atingindo exponencialmente a paz social.

Contudo, não se observa com frequência a utilização do caráter punitivo na jurisprudência. As indenizações são engessadas. O valor que era arbitrado há dez anos é o mesmo que é arbitrado atualmente em muitos casos. Isso significa que, de fato, o valor real da indenização diminui, tendo em vista a correção monetária, a inflação, o aumento da renda *per capita*, entre diversos outros fatores socioeconômicos. Em suma, a população tem maior poder aquisitivo, mas recebe a mesma quantia de indenização, mesmo após reiteradas ofensas por parte de grandes empresas, por exemplo.

3.3 O QUANTUM INDENIZATÓRIO

Já definidas as funções da indenização, resta aplicá-las ao caso concreto. O dano moral deverá ter um caráter ressarcitório e outro preventivo. Como aplicar critérios tão vagos em uma situação concreta? Como medir o dano?

⁷² SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 46.

Ainda segundo Antônio Jeová Santos, a indenização deverá observar, ao menos, nove critérios: a gravidade da falta; a situação econômica do ofensor, especialmente no atinente à sua fortuna pessoal; os benefícios obtidos ou almejados com o ilícito; a posição de mercado ou de maior poder do ofensor; o caráter antissocial da conduta; a finalidade dissuasiva futura perseguida; a atitude ulterior do ofensor, uma vez que a sua falta foi posta a descoberta; o número e nível de empregados comprometidos na grave conduta reprovável; os sentimentos feridos da vítima.

Há quem critique que as condições financeiras devem influenciar na quantificação do dano. Mirna Cianci aduz que, dessa forma, o dano moral somente poderia ser indenizado para as pessoas pobres, pois, para os milionários não haveria quantia que os satisfizesse financeiramente⁷³.

Tal argumento, no entanto, não é suficiente para afastar que sejam analisadas as condições socioeconômicas das partes envolvidas. Ainda que, em determinadas situações, não se satisfaça por completo o milionário, deve-se chegar o mais próximo disso. Além disso, dependendo do caso, é possível a satisfação, bastando que figure como ofensor outra pessoa com condição socioeconômica superior.

Considerando a situação hipotética de um bilionário caluniar duas pessoas, sendo uma delas um trabalhador que recebe um salário-mínimo e outra um empresário bem sucedido, inaceitável que as indenizações sejam idênticas. Na medida do possível, a indenização deve acompanhar, ainda que não necessariamente em proporção direta, a condição socioeconômica das partes.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, não deve haver valores fixos ou tabelas preestabelecidas. Cabe ao juiz a fixação do *quantum* indenizatório,

⁷³ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 13.

devendo atentar aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, atendendo às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado⁷⁴

3.4 INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE A INDENIZAÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 498⁷⁵, afirmando que não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais. Tendo em vista o caráter ressarcitório da indenização, ele não é considerado um aumento patrimonial, não sendo possível, portanto, a incidência do imposto de renda.

O dano moral não é renda. É uma compensação pecuniária por um dano causado. Uma vez impossibilitada a reparação *in natura*, optou-se pela reparação em dinheiro. O mero recebimento em dinheiro, porém, não configura recebimento de renda.

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER INDENIZATÓRIO DA VERBA RECEBIDA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A verba percebida a título de dano moral tem a natureza jurídica de indenização, cujo objetivo precípua é a reparação do sofrimento e da dor da vítima ou de seus parentes, causados pela lesão de direito, razão pela qual torna-se infensa à incidência do imposto de renda, porquanto inexistente qualquer acréscimo patrimonial. (Precedentes: REsp 686.920/MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 19/10/2009; AgRg no Ag 1021368/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 25/06/2009; REsp 865.693/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 04/02/2009; AgRg no REsp 1017901/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 12/11/2008; REsp 963.387/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2008, DJe 05/03/2009; REsp 402035 /RN, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 83.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 498. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

Netto, DJ 17/05/2004; REsp 410347 / SC, desta Relatoria, DJ 17/02/2003).

2. *In casu*, a verba percebida a título de dano moral adveio de indenização em reclamação trabalhista.

3. Deveras, se a reposição patrimonial goza dessa não incidência fiscal, *a fortiori*, a indenização com o escopo de reparação imaterial deve subsumir-se ao mesmo regime, porquanto *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

4. Não incide imposto de renda sobre o valor da indenização pago a terceiro. Essa ausência de incidência não depende da natureza do dano a ser reparado. Qualquer espécie de dano (material, moral puro ou impuro, por ato legal ou ilegal) indenizado, o valor concretizado como ressarcimento está livre da incidência de imposto de renda. A prática do dano em si não é fato gerador do imposto de renda por não ser renda. O pagamento da indenização também não é renda, não sendo, portanto, fato gerador desse imposto.

(...)

Configurado esse panorama, tenho que aplicar o princípio de que a base de cálculo do imposto de renda (ou de qualquer outro imposto) só pode ser fixada por via de lei oriunda do poder competente. É o comando do art. 127, IV, do CTN. Se a lei não insere a "indenização", qualquer que seja o seu tipo, como renda tributável, incoorrendo, portanto, fato gerador e base de cálculo, não pode o fisco exigir imposto sobre essa situação fática.

(...)

Atente-se para a necessidade de, em homenagem ao princípio da legalidade, afastar-se as pretensões do fisco em alargar o campo da incidência do imposto de renda sobre fatos estranhos à vontade do legislador." ("Regime Tributário das Indenizações", Coordenado por Hugo de Brito Machado, Ed. Dialética, pg. 174/176)

5. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.⁷⁶

Essa inexistência de incidência de imposto robustece a ausência de enriquecimento por parte da vítima. Ainda que haja acréscimo patrimonial, este se dá exclusivamente com o intuito de restabelecer a condição anterior ao dano gerado.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.152.764/CE. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Abelardo Matos de Paiva Dias. Relator: Min. Luiz Fux. 23 jun. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10825683&sReg=200901504091&sData=20100701&sTipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 27 nov. 2012.

3.5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência, de uma forma geral, aplica penas brandas quando se trata de relação de consumo. Com o intuito de não gerar um enriquecimento sem causa à vítima, acaba arbitrando uma quantia ínfima, incapaz de gerar qualquer consequência significativa no ofensor. Tanto é que os atos ilícitos perduram ano após ano, aumentando gradativamente.

O voto da desembargadora Denise Volpato traduz com perfeição esse sentimento de impunidade dos ofensores. Trata-se de um caso em que uma pessoa quitou as suas dívidas com a instituição bancária, mas o seu nome foi retirado dos cadastros dos órgãos restritivos de crédito apenas mais de cem dias após o pagamento. Em primeiro grau, foi negada a indenização, mas a decisão foi alterada, arbitrando o valor de R\$35.000,00, valor bem superior à média dos valores das condenações a esse título.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. MANUTENÇÃO INDEVIDA DA RESTRIÇÃO CREDITÍCIA APÓS PAGAMENTO DA DÍVIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. RELAÇÃO DE CONSUMO EVIDENCIADA. APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. ANÁLISE DOS ELEMENTOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. MANUTENÇÃO INDEVIDA DA INSCRIÇÃO DO NOME DA AUTORA NO ROL DE INADIMPLENTES EM RAZÃO DE DÍVIDA REPRESENTADA POR CHEQUES SEM FUNDO POSTERIORMENTE QUITADOS. CONDUTA NEGLIGENTE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA AO NÃO PROVIDENCIAR A IMEDIATA BAIXA DO NOME DA DEMANDANTE DO ROL DE INADIMPLENTES. MANUTENÇÃO INDEVIDA DA NEGATIVAÇÃO (POR PERÍODO SUPERIOR A CEM DIAS) QUE AVILTA A DIGNIDADE E A CIDADANIA DO CONSUMIDOR. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL PRESUMIDO. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA EM R\$ 35.000,00 (TRINTA E CINCO MIL REAIS), EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, ALÉM DO CARÁTER INIBIDOR E PEDAGÓGICO IMPRESCINDÍVEIS À REPRIMENDA. JUROS DE MORA FIXADOS A CONTAR DO EVENTO DANOSO, CONFORME PREVÊ A SÚMULA 54, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DO ARBITRAMENTO, A TEOR DA SÚMULA 362, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 20% (VINTE PORCENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CONDENAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
(...)

4. Do quantum indenizatório

Pois bem, reconhecida a existência do dano moral sofrido pela autora e o dever de indenizar da requerida, cumpre quantificá-lo de acordo com a situação fática.

Nesse viés, em virtude da inexistência de parâmetros legais para fixação da verba indenizatória, prepondera na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o arbitramento da indenização pelo Magistrado levará em consideração os critérios de razoabilidade e proporcionalidade além de analisar as peculiaridades do caso concreto.

Estabeleceu-se, ainda, na doutrina e jurisprudência pátria a necessidade de analisar-se não só as possibilidades financeiras da parte ofensora - pois a reprimenda deve ser proporcional ao seu patrimônio material, para que surta efeito inibitório concreto -, mas igualmente da parte ofendida, pois o Direito não tolera o enriquecimento sem causa.

Nesse sentido, destaca-se desta Colenda Câmara:

"Deve o julgador, quando da fixação da condenação decorrente de danos morais com caráter reparatório, educativo e punitivo, sopesar a condição socioeconômica dos envolvidos, a intensidade da culpa despendida para o evento e a gravidade do dano acarretado." (TJSC, n. 2007.003701-5, de Curitiba, Rel. Desa. Subst. Denise Volpato, julgado em 25/06/2010)

A julgadora mostra preocupação com todos os princípios e critérios já mencionados, utilizando-se da proporcionalidade e razoabilidade para quantificar o dano, além da análise da possibilidade financeira das partes envolvidas, a fim de que surta o efeito inibitório, mas sem que haja enriquecimento sem causa.

Outrossim, importante salientar que, em casos tais, a indenização arbitrada guarda, além do caráter compensatório pelo abalo de crédito e a imagem causado pelo ato ilícito praticado, também o caráter pedagógico e inibitório, vez que visa precipuamente coibir a continuidade ou repetição da prática pela instituição financeira requerida.

O desrespeito aos direitos dos brasileiros é tanto que os bancos figuram como o 2º (segundo) maior litigante do país, o que denota não só a má-qualidade dos serviços bancários, como também o desprezo pelo consumidor e pela dignidade da Justiça, haja vista o elevado índice de litigiosidade que este indicador representa.

É o que se extrai do relatório acerca dos maiores litigantes do país, confeccionado pelo Conselho Nacional de Justiça:

"Observa-se da tabela 2, abaixo, que o setor público federal e os bancos representam cerca de 76% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais, enquanto o setor bancário corresponde a mais da metade do total de processos pertencentes aos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual (54%)." (Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.Pdf, aceso em 10/05/2012, p. 14)

Esse desrespeito reiterado não só se reflete na transferência a todos os brasileiros dos custos de manutenção da dispendiosa estrutura judicial, como também no consequente cerceamento ao cidadão comum de obter uma decisão mais ágil em demandas particulares, face ao assoberbamento das instâncias judiciais.

Aqui, analisa-se a conduta reiterada das instituições bancárias, que figuram entre os maiores litigantes do país, segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça. Isso é reflexo do desrespeito em massa por parte das instituições bancárias, tendo em vista as indenizações brandas que são impostas a elas. Considerando que é uma pequena parcela dos ofendidos que acaba ajuizando ação, é vantajoso ser ilegal, praticar ilícito, pois o lucro é maior.

Os reiterados desrespeitos, ainda assim, trazem um grande prejuízo social, tendo em vista a grande quantidade de ações que sobrecarregam o Judiciário, contribuindo para a sua morosidade. Ainda, há alto custo de manutenção da estrutura judiciária, que é repassada à população por meio de impostos que poderia ser investidos em diversos outros setores mais necessitados.

Os danos, portanto, refogem a esfera patrimonial das partes envolvidas nas lides consumeristas deste gabarito, porquanto o grande número de demandas visando a compensação pelos danos diuturnamente provocados pelas instituições financeiras gera efeitos sociais desastrosos, ferindo drasticamente a cidadania e a dignidade dos consumidores.

A despeito disso, entretanto, hodiernamente o Poder Judiciário tem fixado indenizações em montante por vezes insignificante, desprezando o caráter inibidor (de prevenção geral) ao argumento da impossibilidade de provocar enriquecimento sem causa da vítima.

Esse fato, contudo, provoca um inexorável dano à coletividade, que não alcança as mudanças desejadas e necessárias nos métodos e práticas comerciais usualmente aplicadas pelos fornecedores de bens e serviços.

Ao arbitrar o valor da indenização com excessiva parcimônia o julgador atenta contra a razoabilidade de todo o sistema jurídico, haja vista que a pretexto de impedir o enriquecimento sem causa da vítima, acaba por provocar em vias reflexas o enriquecimento sem causa do ofensor. Nessas lides, a questão torna-se bastante simples: ou o Judiciário provoca um relativo sobre-enriquecimento da vítima ou um efetivo enriquecimento do ofensor (em prejuízo de toda a sociedade).

O dano, portanto, atinge não somente a esfera particular, mas toda a sociedade, tendo em vista a sua amplitude, quantidade e continuidade. O arbitramento de indenizações com parcimônia, evitando o enriquecimento sem causa, acaba prejudicando a coletividade. Também deve ser considerado o

enriquecimento sem causa do ofensor, que, por receber uma indenização branda, pode continuar cometendo ilícitos danosos e lucrar ainda mais.

A manutenção das práticas comerciais inadequadas, mesmo depois de passados mais de 20 (vinte) anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, é de todo evidente para qualquer magistrado que vê assoberbados seus escaninhos de processos delas decorrentes.

Nessa toada, é imperioso que o Poder Judiciário assuma seu papel de pacificador social e entregue a prestação jurisdicional adequada à construção de uma sociedade cidadã, relevando a imposição legal de proteger (jurisdicionalmente) os consumidores.

Ora, indenizações arbitradas em valores ínfimos, se comparados aos lucros obtidos pela casa bancária, são de todo iníquas à finalidade pedagógica do instituto, servindo muito mais como um estímulo à manutenção de serviços defeituosos e práticas desidiosas dos fornecedores de serviços bancários. Nesse norte, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

"Nestes casos, onde é evidente que as instituições tem boa experiência profissional e que tinham meios evidentes de minimizar a ocorrência, é que o dano moral assume o caráter substancialmente punitivo, desprezando-se o suposto enriquecimento sem causa, para obrigar a medidas administrativas que proporcionem maior respeito ao cliente. Condenações módicas em casos como o ocorrido, jamais terão efeito persuasivo desejado, sendo infinitamente mais atraente para o ofensor continuar o procedimento, bem mais barato e cômodo, que é litigar com alguns insatisfeitos, do que mudar rotinas." (in Apelação Cível n. 2007.000937-7, julgada em 01/06/2011).

O julgador deve apresentar-se como pacificador social. As reiteradas ofensas praticadas não podem ficar impunes, pois apenas alimentam a impunidade e impulsionam e estimulam as ofensas diuturnas por parte de grandes empresas. Indenizações ínfimas são inócuas quando tratamos de empresas de grande porte, com lucros até bilionários. Apenas com indenizações altas será possível alcançar o efeito persuasivo, para que seja prejudicial à empresa cometer o dano. Causar dano deve custar caro, principalmente aos reincidentes.

Nesse viés, impende salientar ser o banco requerido instituição de grande porte com recursos suficientes para adotar as cautelas necessárias a impedir que circunstâncias como essa ocorram. Erros desta natureza, de tão grosseiros, são inadmissíveis, mormente em virtude da alta capacidade tecnológica posta à disposição deste tipo de instituição.

Frente a esses argumentos, com amparo nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e, especialmente, em atenção ao caráter inibidor e pedagógico da medida, condena-se a requerida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), atualizada monetariamente desde o seu arbitramento, conforme prevê a Súmula 362 do STJ, e

acrescida de juros moratórios a partir do evento danoso (25.06.2008 - cinco dias após o pagamento da dívida, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça: "2. Quitada a dívida pelo devedor, a exclusão do seu nome deverá ser requerida pelo credor no prazo de 05 dias, contados da data em que houver o pagamento efetivo (...) "(Recurso Especial n. 1.149.998 – RS. Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 07.08.2012).⁷⁷

Vê-se, após esse brilhante voto, que não se pode ater apenas aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Deve-se levar em conta o potencial econômico da vítima e do ofensor, além de analisar as reincidências e caráter punitivo da condenação, a fim de prevenir que o ato ilícito se repita e para servir de exemplo para as demais instituições.

Levantou-se o valor das condenações referentes a extravio de bagagens em transporte aeroviário na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Para eliminar a variável do potencial econômico do ofensor, foram pesquisados apenas acórdãos nos quais a empresa TAM – Linhas Aéreas S/A foi condenada. Utilizando as palavras-chave “extravio” e “danos morais”, obtiveram-se 96 acórdãos julgados entre janeiro de 2006 e dezembro de 2012 referentes às condenações da companhia TAM – Linhas Aéreas S/A, de acordo com a Tabela 1, que apresenta a data do julgamento, o número do processo, o valor arbitrado em segundo grau, o salário-mínimo vigente na data do julgamento e a correspondência do valor arbitrado em salários-mínimos na data do julgamento, além do órgão julgador.

⁷⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2010.050989-1, Relatora: Des^a Denise Volpato

Tabela 1

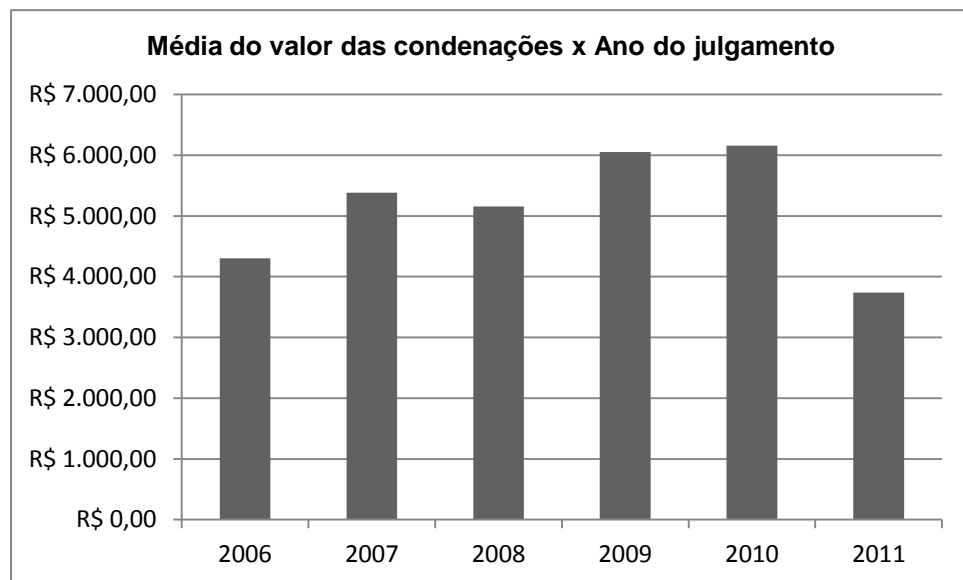
Data do Julgamento	Nº do Processo	Valor do dano moral	Salário-mínimo na data do julgamento	Valor em salários-mínimos	Órgão julgador (Câmara Cível)
23/03/2006	70013279740	R\$ 3.000,00	R\$ 260,00	11,54	12 ^a
30/03/2006	70011881612	R\$ 4.500,00	R\$ 350,00	12,86	12 ^a
20/04/2006	70012638946	R\$ 9.000,00	R\$ 350,00	25,71	6 ^a
27/04/2006	70012446464	R\$ 14.000,00	R\$ 350,00	40,00	12 ^a
18/05/2006	70011138500	R\$ 7.000,00	R\$ 350,00	20,00	6 ^a
15/03/2007	70018340711	R\$ 7.600,00	R\$ 350,00	21,71	12 ^a
15/03/2007	70014564819	R\$ 15.000,00	R\$ 350,00	42,86	12 ^a
23/08/2007	70020225561	R\$ 3.500,00	R\$ 380,00	9,21	12 ^a
06/09/2007	70019626787	R\$ 11.400,00	R\$ 380,00	30,00	12 ^a
13/09/2007	70018663070	R\$ 3.500,00	R\$ 380,00	9,21	10 ^a
31/10/2007	70014641625	R\$ 3.000,00	R\$ 380,00	7,89	11 ^a
29/11/2007	70020677860	R\$ 15.000,00	R\$ 380,00	39,47	12 ^a
27/03/2008	70021126982	R\$ 16.600,00	R\$ 415,00	40,00	12 ^a
17/09/2008	70021586888	R\$ 4.150,00	R\$ 415,00	10,00	11 ^a
08/10/2008	70026053728	R\$ 6.225,00	R\$ 415,00	15,00	11 ^a
22/10/2008	70021277660	R\$ 1.500,00	R\$ 415,00	3,61	15 ^a
10/12/2008	70025984147	R\$ 6.000,00	R\$ 415,00	14,46	11 ^a
18/12/2008	70018353037	R\$ 8.000,00	R\$ 415,00	19,28	12 ^a
15/01/2009	70027381979	R\$ 10.000,00	R\$ 415,00	24,10	12 ^a
19/03/2009	70028483634	R\$ 13.950,00	R\$ 465,00	30,00	12 ^a
25/03/2009	70026012583	R\$ 10.000,00	R\$ 465,00	21,51	12 ^a
26/03/2009	70028106268	R\$ 10.000,00	R\$ 465,00	21,51	12 ^a
26/03/2009	70026037036	R\$ 8.000,00	R\$ 465,00	17,20	12 ^a
29/04/2009	70028996403	R\$ 30.000,00	R\$ 465,00	64,52	11 ^a
29/04/2009	70025745183	R\$ 7.000,00	R\$ 465,00	15,05	11 ^a
30/04/2009	70028375863	R\$ 5.000,00	R\$ 465,00	10,75	12 ^a
28/05/2009	70030047229	R\$ 20.000,00	R\$ 465,00	43,01	11 ^a
13/07/2009	70025131285	R\$ 8.000,00	R\$ 465,00	17,20	11 ^a
13/08/2009	70023367568	R\$ 9.000,00	R\$ 465,00	19,35	12 ^a
27/08/2009	70030453641	R\$ 14.000,00	R\$ 465,00	30,11	12 ^a
27/08/2009	70030814859	R\$ 14.000,00	R\$ 465,00	30,11	12 ^a
30/09/2009	70030035620	R\$ 13.950,00	R\$ 465,00	30,00	9 ^a
07/10/2009	70029285624	R\$ 5.000,00	R\$ 465,00	10,75	11 ^a
14/10/2009	70029165974	R\$ 6.225,00	R\$ 465,00	13,39	11 ^a
22/10/2009	70029328887	R\$ 7.500,00	R\$ 465,00	16,13	12 ^a
22/10/2009	70031306525	R\$ 2.500,00	R\$ 465,00	5,38	12 ^a
28/10/2009	70031763683	R\$ 10.200,00	R\$ 465,00	21,94	11 ^a
05/11/2009	70030903710	R\$ 20.000,00	R\$ 465,00	43,01	12 ^a
19/11/2009	70032359762	R\$ 13.950,00	R\$ 465,00	30,00	12 ^a
25/11/2009	70030815195	R\$ 6.000,00	R\$ 465,00	12,90	11 ^a
02/12/2009	70031305907	R\$ 3.000,00	R\$ 465,00	6,45	11 ^a

Data do Julgamento	Nº do Processo	Valor do dano moral	Salário-mínimo na data do julgamento	Valor em salários-mínimos	Órgão julgador (Câmara Cível)
03/12/2009	70029711702	R\$ 12.450,00	R\$ 465,00	26,77	12 ^a
17/12/2009	70029425758	R\$ 10.000,00	R\$ 465,00	21,51	12 ^a
11/03/2010	70033251612	R\$ 7.000,00	R\$ 510,00	13,73	12 ^a
11/03/2010	70033384082	R\$ 7.000,00	R\$ 510,00	13,73	12 ^a
11/03/2010	70033608266	R\$ 2.500,00	R\$ 510,00	4,90	12 ^a
11/03/2010	70033086257	R\$ 6.500,00	R\$ 510,00	12,75	12 ^a
24/03/2010	70022580153	R\$ 15.000,00	R\$ 510,00	29,41	11 ^a
28/04/2010	70034559641	R\$ 20.000,00	R\$ 510,00	39,22	11 ^a
28/04/2010	70034073049	R\$ 6.000,00	R\$ 510,00	11,76	11 ^a
28/04/2010	70033681370	R\$ 20.000,00	R\$ 510,00	39,22	11 ^a
20/05/2010	70035486331	R\$ 15.000,00	R\$ 510,00	29,41	12 ^a
20/05/2010	70035359611	R\$ 10.000,00	R\$ 510,00	19,61	12 ^a
26/05/2010	70018841361	R\$ 3.000,00	R\$ 510,00	5,88	11 ^a
10/06/2010	70032309130	R\$ 15.000,00	R\$ 510,00	29,41	12 ^a
16/06/2010	70034973792	R\$ 3.000,00	R\$ 510,00	5,88	11 ^a
30/06/2010	70031411861	R\$ 6.000,00	R\$ 510,00	11,76	11 ^a
14/07/2010	70031205933	R\$ 3.500,00	R\$ 510,00	6,86	11 ^a
12/08/2010	70037124997	R\$ 8.000,00	R\$ 510,00	15,69	12 ^a
19/08/2010	70032148967	R\$ 7.000,00	R\$ 510,00	13,73	12 ^a
19/08/2010	70032341992	R\$ 7.000,00	R\$ 510,00	13,73	12 ^a
25/08/2010	70033406778	R\$ 16.000,00	R\$ 510,00	31,37	11 ^a
25/08/2010	70037493475	R\$ 5.000,00	R\$ 510,00	9,80	11 ^a
01/09/2010	70037633278	R\$ 6.000,00	R\$ 510,00	11,76	11 ^a
20/10/2010	70037790433	R\$ 3.063,00	R\$ 510,00	6,01	11 ^a
27/10/2010	70034405415	R\$ 4.150,00	R\$ 510,00	8,14	11 ^a
17/11/2010	70039594148	R\$ 24.000,00	R\$ 510,00	47,06	11 ^a
24/11/2010	70036369049	R\$ 5.000,00	R\$ 510,00	9,80	11 ^a
26/01/2011	70039829833	R\$ 5.000,00	R\$ 540,00	9,26	11 ^a
26/01/2011	70040627226	R\$ 5.000,00	R\$ 540,00	9,26	11 ^a
26/01/2011	70040318537	R\$ 5.000,00	R\$ 540,00	9,26	11 ^a
16/02/2011	70039209952	R\$ 8.000,00	R\$ 540,00	14,81	11 ^a
16/02/2011	70038912291	R\$ 10.000,00	R\$ 540,00	18,52	11 ^a
23/03/2011	70035001890	R\$ 10.000,00	R\$ 545,00	18,35	11 ^a
23/03/2011	70035883818	R\$ 4.000,00	R\$ 545,00	7,34	11 ^a
30/03/2011	70041045915	R\$ 5.000,00	R\$ 545,00	9,17	11 ^a
30/03/2011	70041041997	R\$ 5.100,00	R\$ 545,00	9,36	11 ^a
30/03/2011	70034996975	R\$ 4.000,00	R\$ 545,00	7,34	11 ^a
14/04/2011	70039580428	R\$ 6.000,00	R\$ 545,00	11,01	12 ^a
20/04/2011	70041990672	R\$ 6.000,00	R\$ 545,00	11,01	11 ^a
28/04/2011	70041507260	R\$ 7.000,00	R\$ 545,00	12,84	12 ^a
05/05/2011	70034194076	R\$ 2.000,00	R\$ 545,00	3,67	12 ^a
18/05/2011	70039442306	R\$ 10.000,00	R\$ 545,00	18,35	11 ^a
26/05/2011	70042449058	R\$ 6.000,00	R\$ 545,00	11,01	12 ^a

Data do Julgamento	Nº do Processo	Valor do dano moral	Salário-mínimo na data do julgamento	Valor em salários-mínimos	Órgão julgador (Câmara Cível)
26/05/2011	70038459160	R\$ 5.000,00	R\$ 545,00	9,17	12 ^a
01/06/2011	70040889776	R\$ 10.000,00	R\$ 545,00	18,35	11 ^a
13/07/2011	70042249359	R\$ 15.000,00	R\$ 545,00	27,52	11 ^a
25/08/2011	70043323401	R\$ 5.000,00	R\$ 545,00	9,17	12 ^a
25/08/2011	70043667468	R\$ 10.000,00	R\$ 545,00	18,35	12 ^a
05/10/2011	70045018256	R\$ 5.000,00	R\$ 545,00	9,17	11 ^a
19/10/2011	70038556924	R\$ 10.200,00	R\$ 545,00	18,72	11 ^a
26/10/2011	70045511995	R\$ 7.000,00	R\$ 545,00	12,84	11 ^a
30/11/2011	70040290900	R\$ 4.500,00	R\$ 545,00	8,26	11 ^a
01/12/2011	70045951787	R\$ 6.000,00	R\$ 545,00	11,01	12 ^a
14/12/2011	70046225389	R\$ 20.000,00	R\$ 545,00	36,70	11 ^a
15/12/2011	70046272290	R\$ 5.000,00	R\$ 545,00	9,17	12 ^a

Ocorre, no entanto, que os valores são praticamente fixos no transcorrer de nove anos. Analisando o Gráfico 1, abaixo, observa-se que a média dos valores arbitrados

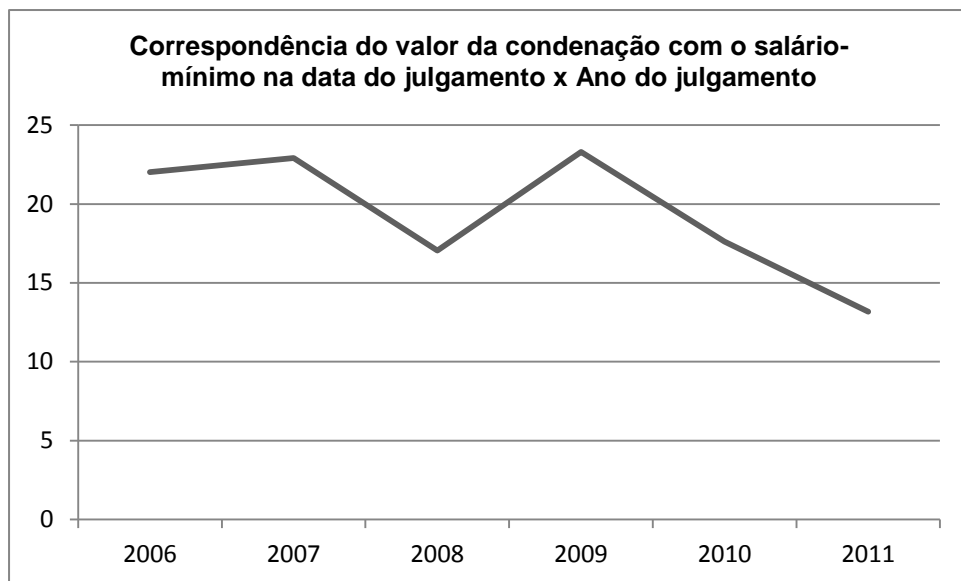
Gráfico 1



Como se vê, observa-se um padrão nas condenações, permanecendo sempre ao redor de R\$8.000,00.

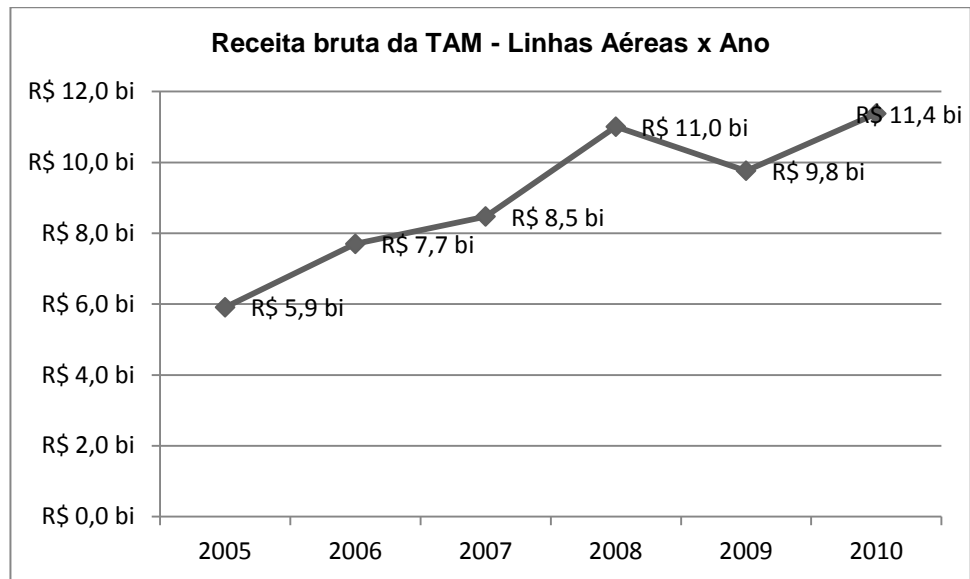
A correspondência com o salário-mínimo, por outro lado, diminuiu. Ou seja, a empresa ofensora mantém a postura condenada e o valor de sua condenação é constante, enquanto a reparação do dano tem o seu valor pecuniário cada vez menos significativo, tendo em vista a correção monetária, inflação, valorização da moeda, entre outros fatores econômicos.

Gráfico 2



Em 2006, o valor médio arbitrado era correspondente a 22 salários-mínimos. Já em 2011, o valor médio corresponde a aproximadamente 13 salários-mínimos. Por outro lado, a receita bruta da companhia aérea em análise apresenta crescimento no período analisado, conforme Gráfico 3.

Gráfico 3



FONTE: <http://extras.ig.com.br/infograficos/grandes-grupos/>

Constatam-se, a partir desses dados, algumas falhas no arbitramento da indenização por danos morais.

Apenas a constatação da não evolução das condenações durante seis anos já é suficiente para criticar o método do arbitramento, pois desconsideradas as centenas de reincidências. Além disso, deve-se observar que receita da empresa aumentou e o potencial econômico da população aumentou, mas a tendência das condenações é de permanecer igual ou até diminuir.

A constância na condenação faz com que a empresa ofensora possa, inclusive, incluir em seu orçamento anual eventuais condenações. Sabe-se que as condutas são repetidas diariamente, mas é mais vantajoso para a empresa arcar com eventual condenação do que contratar mais funcionários e prestar um serviço melhor. O judiciário, assim, com intuito de evitar o enriquecimento injustificado do ofendido, acaba beneficiando duplamente o ofensor: primeiro porque arbitra um valor ínfimo na condenação e também porque esse valor se mantém com o tempo, não aumentando, apesar das reincidências. Acaba, também, prejudicando duplamente o ofendido: primeiro porque o valor da indenização que lhe é atribuído não é satisfatório e também porque, devido ao

valor ínfimo, a conduta da ofensora continuará, atingindo novas pessoas e movimentando a máquina judiciária ao seu custo.

Vê-se, portanto, a necessidade de atribuição de critérios objetivos para a definição do *quantum* indenizatório. A subjetividade fundada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade não é suficiente para atribuir um valor justo às partes e à sociedade. Não se deseja o enriquecimento sem causa da população, mas uma condenação capaz de coibir que a conduta seja repetida. A atribuição de um valor superior para alguns, portanto, mostraria ser benéfica para a sociedade e verdadeiramente coativa.

Se o dano moral é, na maioria das vezes, irreparável, impossível de se quantificar em pecúnia, servindo a indenização apenas como uma forma de amenizar a dor sofrida, não se tratará de enriquecimento sem causa, pois a causa da indenização é o dano, o ilícito. O caráter punitivo seria apenas um critério de quantificação, não uma pena privada. Pode-se atribuir como causa, também, o benefício social da punição ao ofensor pela reincidência. Com os valores progredindo na medida de suas repetições, é certo que seriam tomados mais cuidados para que os danos fossem cometidos, até chegar a um ponto no qual o dano não seria mais vantajoso do que o investimento em qualidade de produto ou serviço, por exemplo.

3.6 UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

A subjetividade está presente em todos os julgados envolvendo indenização por danos morais, tendo em vista a inexistência de parâmetros para a quantificação do dano.

Em julgamento no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Antônio Carlos Ferreira, da Quarta Turma, decidiu que o dano moral arbitrado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro era exorbitante, razão pela qual reduziu de R\$15.000,00 para R\$8.000,00. O caso é referente a um incêndio

supostamente gerado em virtude do superaquecimento de um eletrodoméstico. A vítima interpôs agravo regimental, que foi analisado pelo mesmo Ministro, reconsiderando a decisão e mantendo o valor de R\$15.000,00. A curiosidade encontra-se na fundamentação da decisão. As duas decisões foram fundamentadas da mesma forma, considerando os critérios da razoabilidade e proporcionalidade e foram proferidas no intervalo de dois meses, conforme Quadro1, abaixo.

Quadro 1

<p>Decisão em 28 de setembro</p> <p>“(...) Valor indenizatório.</p> <p>O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.</p> <p>Contudo, em hipóteses excepcionais, quando manifestamente evidenciado ser irrisório ou exorbitante o arbitramento da indenização, a jurisprudência dessa corte permite o afastamento do referido óbice, para possibilitar a revisão.</p> <p>Na origem, trata-se de ação de reparação por danos materiais e morais decorrentes de incêndio na residência da autora provocado pelo</p>	<p>Decisão em 03 de dezembro</p> <p>“(...) Valor indenizatório.</p> <p>O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.</p> <p>Contudo, em hipóteses excepcionais, quando manifestamente evidenciado ser irrisório ou exorbitante o arbitramento da indenização, a jurisprudência dessa corte permite o afastamento do referido óbice, para possibilitar a revisão.</p> <p>Na origem, trata-se de ação de reparação por danos materiais e morais decorrentes de incêndio na residência da autora provocado pelo</p>
--	--

<p>superaquecimento de aparelho de ar condicionado. A autora narra que o fogo destruiu diversos móveis e provocou-lhe queimaduras pelo corpo. A sentença julgou procedente os pedidos, determinando que o os danos materiais sejam arbitrados em sede de liquidação de sentença e fixou em R\$8.000,00 (oito mil reais) a indenização por dano morais (e-STJ fl. 349).</p> <p>Em sede de apelação, o Tribunal de origem majorou para R\$15.000,00 (quinze mil reais) a indenização pelos danos morais, quantia que se revela exorbitante.</p> <p>Nesse contexto, a fim de adequar o presente caso a jurisprudência desta Corte, impõe-se o restabelecimento do valor indenizatório arbitrado na sentença, qual seja, R\$8.000,00 (oito mil reais) (...)"⁷⁸(grifos</p>	<p>superaquecimento de aparelho de ar condicionado. A autora narra que o fogo destruiu diversos móveis e provocou-lhe queimaduras pelo corpo. A sentença julgou procedente os pedidos, determinando que o os danos materiais sejam arbitrados em sede de liquidação de sentença e fixou em R\$8.000,00 (oito mil reais) a indenização por dano morais (e-STJ fl. 349).</p> <p>Em sede de apelação, o Tribunal de origem majorou para R\$15.000,00 (quinze mil reais) a indenização pelos danos morais, quantia que não se distancia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e que deve ser preservada. (...)"⁷⁹</p>
--	--

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. 1418993. Agravante: Springer Carrier Ltda. Agravado: Maria Lúcia Aranha de Camargo. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. 28 set. 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoesmonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=24828467&formato=PDF>>. Acesso em: 09 dez. 2012.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. 1418993. Agravante: Springer Carrier Ltda. Agravado: Maria Lúcia Aranha de Camargo. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. 03 dez. 2012. Disponível em:

Analisando o mesmo caso, ora decidiu que o valor era exorbitante e, após, com os mesmos fundamentos, decidiu que a quantia não se distanciava dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Dada a subjetividade inerente à decisão, é difícil entender quais os motivos concretos do arbitramento para mais ou para menos.

A 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também julgou recentemente um caso interessante.

O advogado Fernando Antônio Freitas Malheiros foi condenado a pagar mil salários-mínimos ao desembargador Rui Portanova a título de indenização pelos danos morais causados.

O advogado teria conversado com outros desembargadores acerca de suposta quantia que o desembargador Rui Portanova teria recebido a título de suborno para julgar a favor da parte contrária a qual o advogado Fernando Malheiros representava. O advogado era, de certa forma, íntimo dos desembargadores, convivendo com eles frequentemente. Em uma dessas ocasiões, apresentou um documento que seria a prova de que o desembargador Rui Portanova teria recebido \$150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares americanos). O documento foi apresentado, inclusive, aos desembargadores que participariam do julgamento do recurso de embargos infringentes do referido processo.

Ao ficar sabendo da conduta do advogado, o desembargador Rui Portanova ajuizou ação requerendo indenização pelos danos morais sofridos. A sentença determinou o pagamento de R\$27.900,00. Ambos apelaram. O desembargador exigia indenização não inferior a 3000 salários-mínimos, enquanto o advogado desejava que o valor fosse reduzido a zero.

Sobreveio o acórdão, condenando o advogado a pagar R\$622.000,00 ao desembargador, conforme ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. HONRA DE MAGISTRADO OFENDIDA POR ADVOGADO QUE EXTERIORIZOU SUSPEITA DE SUBORNO EM CONVERSA COM OUTROS MAGISTRADOS MEDIANTE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO FALSO.

1) Trata-se de ação de indenização por danos morais em face de conversa entretida entre causídico e magistrados em torno de suspeita de suborno de outro magistrado, relator de processo de família do qual o causídico representava interesse de uma das partes, julgada procedente na origem.

2) A relação processual evidencia vinculação estreita e íntima de causídico conhecido nas lides forenses da área de família e diversos desembargadores, com os quais obsequiava jantares e festas de confraternização. Dessa amizade e convivência surgiu o ambiente para que o ilustre causídico, em visita aos gabinetes dessas autoridades, exibisse documento que materializaria suborno de desembargador-relator de processo do qual sua cliente era uma das partes envolvidas. Os desembargadores visitados ainda participariam do julgamento da causa, em nível de recurso de embargos infringentes. Além disso, o documento bancário exibido se tratava de mera cópia de cópia, o que, por si só, exigia prudência e cautela em seu manuseio, conduta não observada, ainda mais para exibi-lo no ambiente de trabalho do autor a alguns colegas seus inquinando-o a pecha de corrupção.

3) Conduta praticada pelo réu não pode ser classificada como de mera culpa, nem mesmo de culpa grave, pois tinha o escopo velado de desqualificar e desacreditar o relator e quiçá obter algum proveito no julgamento do recurso que se avizinhava. Ação intencional e dolosa, mormente porque condicionada a exibição ou não do documento ao resultado do recurso de embargos infringentes, no sentido de que se ganhasse a demanda haveria silêncio sobre os fatos, mas, ao contrário, se perdesse a demanda, o documento seria publicizado e ganharia o conhecimento público.

4) O documento exibido como objeto material da corrupção do autor, que acenava com recebimento de propina enquanto magistrado e desembargador-relator de processo, recebido pela parte contrária, por se tratar de simples cópia de cópia, já era merecedor de reservas e desconfiança, por isso mesmo, já conceituado pelas testemunhas como “papel” ou “documento rústico”, tanto que desqualificado em perícia técnica que concluiu como fraudulento, adulterado e fruto de montagem.

5) O réu, causídico experiente com larga atuação no foro, procurador afamado, reunia conhecimento especial e tinha argúcia suficiente e bastante para desconfiar da idoneidade documental, mas, não obstante isso, resolveu exibi-lo aos colegas do autor, justamente os mesmos que participariam do Grupo Cível no exame do recurso interposto da apelação, cujo desembargador-relator, voto condutor, era justamente o acusado de peita. Também pelos qualificativos do réu, deveria saber ele que a competência correccional de desembargador é restrita ao Presidente da Corte.

6) Exposição ofensiva à honra do autor e que colocou em xeque sua lisura, conduta e comportamento enquanto julgador e magistrado, que ficará estigmatizada permanentemente, sem falar na ofensa indireta à própria magistratura gaúcha expondo-a a uma situação

extremamente delicada e jogando sobre ela as luzes da dúvida sobre a idoneidade de seus juízes.

7) Dano moral consumado com a exteriorização do fato infame, sem falar na ulterior e natural propagação da notícia do suborno, que se alastrou por todo Tribunal de Justiça, tendo chegado à Administração da Corte Estadual, servidores, magistrados de Primeiro Grau e todo universo do direito do Estado, para cuja propagação a atuação do réu foi decisiva e contributiva.

8) Indenização do dano moral deve ser compatível com o nível social e econômico tanto do ofendido como do ofensor, como também deve levar em conta a formação e o discernimento das pessoas envolvidas, além do grau de intencionalidade e objetivo colimado na exteriorização falsa, em razão do que a majoração do “quantum” é impositiva, fixando-a definitivamente, em 1.000 salários mínimos, convertidos a contar da data da presente decisão, acrescido de correção monetária pelo IGPM da mesma data, conforme enunciado sumular n.362 do egrégio STJ e juros legais de 1% ao mês desde 09/2005 data em que o ofendido tomou conhecimento da conversa do réu com os colegas daquele, com exibição do documento, conforme inteligência da Súmula n.54 do egrégio STJ, que disciplina o termo “a quo” dos juros a contar do evento danoso.

DUPLA APELAÇÃO. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA E DESPROVIDA A DO RÉU.⁸⁰

O advogado recorreu da decisão e não houve julgamento antes da finalização desse trabalho.

No julgamento, foi apreciado o nível social e econômico do ofendido e do ofensor, além do grau de culpa e a formação das pessoas envolvidas, bem como o grau de intencionalidade e objetivo pretendido com a calúnia.

Observe-se outra decisão da mesma câmara.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL.
RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. NEXO DE

⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70031366313. Apelantes: Rui Portanova e Fernando Antonio Freitas Malheiros. Apelados: os mesmos. Relator Dr. Niwton Carpes da Silva. 30 out. 2012. Disponível em:
<http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_proces so.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fo netica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D7003136631 3%26num_processo%3D70031366313%26codEmenta%3D4975735+%22Danos+morais%22+ magistrado&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF- 8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF- 8&numProc=70031366313&comarca=Porto+Alegre&dtJulg=25-10- 2012&relator=Niwton+Carpes+da+Silva>. Acesso em: 09 dez. 2012.

CAUSALIDADE DEMONSTRADO. ÓBITO DA PACIENTE DECORRENTE DÁ MÁ CONDUÇÃO DA ENFERMEIRA NO PÓS-OPERATÓRIO. DANO MORAL CONFIGURADO. PENSIONAMENTO DEVIDO AOS PAIS DA PACIENTE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 491 DO STF. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. SUCUMBÊNCIA DIMENSIONADA NA FORMA DO ART. 21 DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE ACORDO COM O ART.20, §3º DO CPC. SENTENÇA MANTIDA.

1. A instituição hospitalar assume a responsabilidade pelo paciente por força do disposto no art.14 do CDC. Demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o resultado morte da paciente, deve ser mantida a condenação. 2. Danos morais configurados. O valor da indenização deve ser reduzido em atenção aos parâmetros desta Corte. 3. Com relação à constituição de capital, a despeito da idoneidade financeira que possa ostentar a parte ré, no momento, nada obsta, diante das incertezas econômicas da atualidade, que seja aplicado o art. 475-Q do CPC. 4. Dado o decaimento mínimo da parte autora, deve ser mantida a distribuição da sucumbência na forma da sentença.

RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO PARCIALMENTE.⁸¹

No caso, ocorreu a morte de uma criança devido a erro médico realizado por um empregado do hospital. Os pais ajuizaram ação requerendo indenização pelos danos morais decorrentes da morte da sua filha e, em primeiro grau, foi arbitrado o valor de R\$100.000,00. O hospital recorreu e a decisão foi alterada, reduzindo para R\$50.000,00 o valor referente aos danos morais. No voto, o relator faz as seguintes considerações:

O valor a ser arbitrado deve atender a dois objetivos: a) reparação do mal causado e b) coação para que o ofensor não o volte a repetir o ato.

⁸¹ RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70045618402. Apelantes: Circulo Operário Caxiense e Hospital Círculo Operário Caxiense. Apelados: Paula Andreia Manarich e Jose Valdecir Rodrigues. Relator: Des. Artur Arnildo Ludwig. 13 set. 2012. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70045618402%26num_processo%3D70045618402%26codEmenta%3D4909692+APELA%C3%87%C3%83O+C%C3%87%E7VEL.+RESPONSABILIDADE+CIVIL.+RESPONSABILIDADE+OBJETIVA+DO+HOSPITAL.+NEXO+DE+CAUSALIDADE+DEMONSTRADO.+%C3%93BITO+DA+PACIENTE+DECORRENTE+D%C3%81+M%C3%81+CONDU%C3%87%C3%83O+DA+ENFERMEIRA+NO+P%C3%93S-OPERAT%C3%93RIO&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70045618402&comarca=Comarca+de+Caxias+do+Sul&dtJulg=13-09-2012&relator=Artur+Arnildo+Ludwig>. Acesso em: 09 dez. 2012.

Assim, com relação ao valor fixado, considerando as circunstâncias fáticas, o caráter retributivo/punitivo, a reparação do dano sofrido, a inoperabilidade de enriquecimento ilícito a uma das partes e os parâmetros desta Corte, reduzo o valor da indenização para R\$ 50.000,00 para cada um dos autores.

Os dois acórdãos baseiam-se nos mesmos fundamentos, considerando os mesmos critérios subjetivos para a quantificação. No entanto, é notável a discrepância entre os valores atribuídos às condenações. Justamente por não haver critérios objetivos, essa decisão fica sempre ao encargo da subjetividade do julgador. A sensibilidade do julgador, então, deverá determinar um valor que atenda aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, sem gerar enriquecimento ilícito ao ofendido, mas capaz de ser pedagógico ao ofensor, para que tal prática não seja repetida.

O dano moral proveniente de uma calúnia seria superior ao causado pela incapacidade permanente ou pela morte? O advogado conceituado possui patrimônio comparável ao de um hospital para que a condenação seja arbitrada em valor tão elevado?

As respostas dessas perguntas mostram a dificuldade no arbitramento no quantum indenizatório, que certas vezes são discrepantes em situações análogas e idênticos em situações discrepantes.

Seria impossível legislar sobre todos os tipos de danos e atribuir-lhes valores, mas a fixação de uma fórmula matemática, na qual o julgador apenas responderia a quesitos e, ao final, o valor da condenação seria mais previsível, parece mais justa para todos.

De um lado, critica-se a indústria do dano moral; de outro, a prática reiterada dele. É certo que, atualmente, praticamente todas as ações que tratam de algum incômodo, qualquer que seja, incluem um pedido de indenização por danos morais. O instituto do dano moral está, de certa forma, banalizado. Contata-se, por outro lado, que é diminuto o número de pessoas que ajuízam ações se for comparado com o número de pessoas que sofrem com os mesmos problemas, talvez por falta de conhecimento dos seus direitos.

Não se deseja indenizações para enriquecer a vítima, mas indenizações que sejam capazes de evitar o ilícito. Deve haver progressividade nas condenações, inibindo as reiteradas reincidências. Ressalte-se que só há reincidência dos ilícitos porque é mais vantajoso para quem o comete.

A crítica não é apenas às repetidas condenações ínfimas que não provocam nenhuma mudança social, mas também a ausência de segurança jurídica⁸², a ausência de calculabilidade⁸³ do valor da condenação. Em determinados casos, não há a mínima previsibilidade do valor que será arbitrado – como no caso do desembargador e do advogado – e em outros casos há uma previsibilidade extrema, visto que as indenizações são praticamente fixas – como nos casos dos extravios de bagagens.

3.7 . A NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A QUANTIFICAÇÃO

Antônio Jeová Santos é contra a tarifação do dano moral, pois acredita que as dores, as aflições e demais sentimentos variam de pessoa a pessoa, não sendo justa a tarifação do dano. Em situações semelhantes, mas em graus diversos, a consequência seria a mesma. Para ele, inclusive, qualquer tentativa de limitar a indenização do dano moral seria inconstitucional.⁸⁴

Há uma linha tênue entre a tarifação e a objetividade. O dano moral, se tarifado, obedeceria a uma tabela fixa, assim como a que existe atualmente no Seguro Obrigatório de Danos Pessoais⁸⁵, na qual são, de certo modo, fixados “preços” pelas partes do corpo perdidas em acidentes. Na referida lei, é

⁸² AVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁸³ AVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁸⁴ SANTOS, Antônio Jeova. **Dano moral indenizável**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁸⁵ BRASIL. Lei n. 6194, de 19 de dezembro de 1974. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6194.htm>. Acesso em: 24 nov. 2012

apresentada uma tabela com os percentuais de perda referente a cada situação. A perda anatômica ou funcional de ambos os membros superiores ou inferiores é considerada como grau máximo (100%); já a perda completa de audição, fonação ou visão de um dos olhos é considerada como média (50%). Perdas de dedos das mãos ou pés ou perda da mobilidade do quadril, joelho ou tornozelo apresentam o grau mínimo (10%). Essa tarificação é cega, desprovida de análise do caso concreto. Conforme mencionado anteriormente em caso análogo, a perda de um dedo para um cirurgião ou um pianista é significativamente mais importante para ele do que para um degustador, por exemplo. De forma inversa, a perda do paladar para o degustador é mais significativa para ele do que para o cirurgião ou para o pianista.

Não se deseja a tarificação do dano moral. Deseja-se, apenas, a aplicação de critérios objetivos para a sua quantificação. Embora não estenda o pensamento, Antônio Jeová Santos aceita o estabelecimento de parâmetros, de indicativos, mas não de limites, inclusive para auxiliar o julgador a quantificar com maior precisão o valor devido.

A solução que se dê à quantia que deva servir como indenização por danos morais – que não a tarifada, pela completa dissociação da moderna tendência da ampla proteção aos direitos da personalidade – há de perpassar, sempre, pela manutenção incólume a reparação integral do prejuízo. A partir desse princípio, poder-se-á criar qualquer outro critério que possa entregar ao juiz algum plano de trabalho para ele começar a raciocinar sobre o quanto que deve arbitrar como ressarcimento da lesão espiritual. Consentâneo com esse pensar é que não é afastada a hipótese de a indenização passar a ser regulada, não tarifada.⁸⁶

Deve-se, portanto, regular a indenização. Não é necessário – nem possível - o estabelecimento de mínimos e máximos, mas, sim, a utilização de critérios mistos, objetivos e subjetivos. Ainda caberia ao julgador medir o dano, adequando-o ao caso concreto, mas com auxílio do legislador. Atualmente, esse auxílio é realizado apenas pela jurisprudência. Se analisarmos os valores

⁸⁶ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 174

de condenações de um caso específico, observar-se-á, em muitos casos, um padrão, pelo menos regionalmente. Ocorre que, devido a diferenças culturais e pela dimensão continental do Brasil, em casos análogos, observam-se decisões com valores discrepantes. A discrepância pode ser constatada, inclusive, no mesmo tribunal, mas em câmaras diferentes. Dependendo da formação, até na mesma câmara podem existir diferenças consideráveis. Isso porque cada juiz tem a sua convicção, a sua sensibilidade. Multipliquem-se, então, essas convicções e sensibilidades pelos milhares juízes que julgam diariamente, cada um do modo que considera justo, legal, adequado, proporcional, razoável, ressarcitório, punitivo, preventivo e teremos milhares de decisões diferentes.⁸⁷

Fábio Ulhoa Coelho sugere que seja criado um banco de dados das decisões proferidas em primeiro e segundo grau, para que o julgador possa

⁸⁷ “O Tribunal de Cassação foi instituído para manter, como se costuma dizer, a “uniformidade da jurisprudência”, isto é, para garantir que as leis, quando aplicadas aos casos controvertidos, sejam interpretadas pelos juízes sempre do mesmo modo. Mas essa exigência da interpretação uniforme e constante é mais fácil de ser enunciada em teoria do que respeitada na prática. Porque, entre os casos que caem sob os olhos do juiz, não há um só que não apresente alguma característica singular, capaz de distingui-lo de todos os demais. E essa nuance diferente do fato (para não falar do humor variável dos juízes) basta para fazer com que, coloca diante dele, mesmo a lei se apresente sob uma fisionomia nova e imprevista. Não há, pois, motivo para se escandalizar com que, mesmo grau de cassação, entre duas turmas chamadas a decidir em duas causas diferentes a mesma questão de direito, vez por outra se manifestem diversidade de opiniões e, portanto, clamorosas disparidades de jurisprudência. Aconteceu certa vez, por uma curiosa coincidência que mais pareceu uma maldosa brincadeira do destino, que na mesma manhã duas turmas cíveis, que julgavam simultaneamente em duas salas contíguas, fossem chamadas a resolver, em dois recursos diferentes, a mesma difícil questão relativa ao significado de certo artigo da lei especial sobre aluguéis, e a resolvessem, apesar dos dois casos serem absolutamente semelhantes, de modo diametralmente oposto.

O recorrente, que numa das perdeu a causa, teria ganho (com os mesmos argumentos) se tivesse sido julgado na sala ao lado. Quando saiu ao corredor, onde as portas das salas se abrem uma ao lado da outra, estava estupefato com essa diferença, inexplicável para um profano; e, naturalmente, descontava em seu advogado:

- Está claro que o senhor errou na defesa...

- Não – replicou o advogado –, errei foi de porta”. CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995. pp. 158-159.

consultá-lo antes de arbitrar o valor, podendo comparar o caso em análise com outros julgados semelhantes⁸⁸.

A medida sugerida seria de suma importância para que fosse viável o controle das reincidências. Se não houver o controle por parte do Judiciário, poderia a parte interessada realizar o levantamento das reincidências pelo menos em segundo grau.

3.8 PROJETOS DE LEI VISANDO REGULAR A MATÉRIA

3.8.1 Do Senado

3.8.1.1 PLS 114/2008

O projeto de lei n. 114 de 2008, de autoria do senador Lobão filho, previa a alteração do artigo 944 do Código Civil. A justificativa para a sua alteração seria para desestimular a alta quantidade de demandas buscando indenizações por danos morais, que, segundo o relator, estariam se aproximando perigosamente dos padrões norte-americanos dos *punitive damages*, devido a julgados que estariam buscando consolidar na jurisprudência a chamada “teoria do valor do desestímulo”.

O relator ainda afirma que a referida teoria seria utilizada para punir o ofensor em patamares altíssimos, evitando, assim, a reincidência da prática. Como solução, estabelece um valor máximo para a indenização, no valor de R\$20.000,00.

Art.1 º- O art. 944 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

⁸⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil** obrigações; responsabilidade civil, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2009.

“Art. 944. O juiz, ao estabelecer a indenização por danos morais, atenderá aos seguintes critérios:

I- Extensão e a gravidade do dano;

II- Gravidade e repercussão da ofensa;

III- Sofrimento experimentado pelo ofendido;

IV- Condição econômica do ofensor;

V- se o valor pleiteado se ajusta a situação posta em julgamento.

§ 1º Fica vedada qualquer indenização superior ao valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

§ 2º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”

Art.2º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação⁸⁹

A vedação a indenizações superiores a R\$20.000,00 é absurda. O princípio da proporcionalidade estaria sendo desconsiderado, visto que, independentemente da gravidade da ofensa, nunca seria possível uma indenização superior a R\$20.000,00. Estabelecendo-se um teto nesse valor, as indenizações por ofensas não tão graves seriam extremamente ínfimas, considerando uma aplicação proporcional da indenização dentro dos limites estabelecidos.

Imagine-se, então, a seguinte situação: uma empresa de televisão “A” ofende a honra do proprietário de outra empresa de televisão, “B”, visando prejudicar a imagem dele e, por consequência, diminuir a audiência da empresa “B”, aumentando a audiência da empresa ofensora “A”. A ofensa, além de prejudicar a empresa “B”, beneficia a “A”, aumentando a sua audiência e ganhos patrimoniais com *marketing*, por exemplo. Embora o dano seja imenso, a indenização estaria limitada a R\$20.000,00, valor talvez menor que o custo de alguns segundos de propaganda na televisão. Não estariam sendo observados os potenciais econômicos do ofendido e do ofensor, bem como não estaria sendo verificado o objetivo do dano, bem como o grau de culpa, a intenção, entre os demais fatores que podem ser considerados pelo julgador.

⁸⁹ BRASIL. Projeto de lei n. 114 de 2008. **Senado**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/12842.pdf>>. Acesso em 27 nov. 2012.

Considerando a pesquisa doutrinária e jurisprudencial realizada, mostra-se inaceitável o projeto de lei n. 114 de 2008 que, inclusive, não foi aceito, tendo em vista o parecer da Comissão de Constituição e Justiça.

3.8.1.2 PLS 334/2008

Também houve tentativa de regulação/tarifação do dano moral por meio do projeto de lei n. 334 de 2008, de autoria do Senador Valter Pereira, baseado no anteprojeto da professora Mirna Cianci, fruto de análise de 40 obras doutrinárias e de aproximadamente três mil decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e por Tribunais de Justiça de diversos estados durante cinco anos.

Art. 1º A indenização do dano moral, quando devida, será fixada em conformidade com o disposto nesta Lei. Parágrafo único. Sempre que possível, tempestiva e suficiente, a reparação natural terá preferência sobre a pecuniária.

Art. 2º Considera-se dano moral toda ação ou omissão que ofenda o patrimônio ideal da pessoa física ou jurídica e dos entes políticos.

§ 1º O dano à imagem das pessoas jurídicas será verificado depois de aferida a repercussão material do fato.

§ 2º O simples aborrecimento não gera direito a indenização.

Art. 3º Ressalvada da hipótese de reparação natural tempestiva e suficiente, a indenização a que se refere o art. 1º tem caráter exclusivamente compensatório e a sua fixação deverá considerar:

I – o bem jurídico ofendido;

II – a posição socioeconômica da vítima;

III – a repercussão social e pessoal do dano;

IV – a possibilidade de superação psicológica do dano, quando a vítima for pessoa física, e de recomposição da imagem econômica ou comercial, quando pessoa jurídica;

V – a extensão da ofensa e a duração dos seus efeitos;

VI – o potencial inibitório do valor estabelecido.

Parágrafo único. Na apreciação da demanda, o juiz poderá considerar outros elementos que determinem a gravidade da lesão ao patrimônio ideal do ofendido.

Art. 4º O dano moral é intransmissível.

Parágrafo único. O direito a indenização por dano moral, depois de reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, transmite-se aos herdeiros ou sucessores da pessoa física ou jurídica ofendida.

Art. 5º A indenização do dano moral pode ser pedida cumulativamente com a dos danos materiais decorrentes do mesmo fato.

§ 1º A sentença que acolher os pedidos determinará o tipo de reparação pertinente ao dano moral e discriminará, quando pecuniária, o respectivo valor.

§ 2º A indenização pelo dano material será considerada integrante da devida pelo dano moral, quando importar em abrandamento deste.

Art. 6º O valor da indenização por dano moral será fixado de acordo com os seguintes parâmetros, nos casos de:

I – morte: de R\$ 41.500,00 (quarenta e um mil reais) a R\$ 249.000,00 (duzentos e quarenta e nove mil);

II – lesão corporal: de R\$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinqüenta reais) a R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);

III – ofensa à liberdade: de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);

IV – ofensa à honra:

a) por abalo de crédito: de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais);

b) de outras espécies: de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);

V – descumprimento de contrato: de R\$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinqüenta reais) a R\$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais).

§ 1º Na fixação da indenização, o juiz considerará sempre as circunstâncias descritas no art. 3º e especialmente:

I – na hipótese do inciso I do caput deste artigo, a proximidade do ofendido com a vítima, bem como a expectativa de vida desta;

II – no caso do inciso II do caput deste artigo:

a) o grau de incapacidade resultante para a vítima, que determinará, sendo total ou permanente, o acréscimo de cinqüenta por cento no valor fixado;

b) a existência de dano estético, passível de correção, total ou parcial, mediante tratamento, cujo custo deverá ser assumido pelo ofensor ou pago ao ofendido, se este assim o preferir, a título de reparação natural, sem prejuízo da indenização de dano moral de natureza diversa, decorrente do mesmo fato;

c) a existência de dano estético, não passível de correção, que deverá ser indenizado mediante acréscimo de vinte por cento no valor fixado para a reparação pecuniária do dano moral de natureza diversa, decorrente do mesmo fato, ou, na sua falta, mediante o pagamento de um valor entre R\$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinqüenta reais) e R\$ 62.250,00 (sessenta e dois mil e duzentos e cinqüenta reais), de acordo com a gravidade do dano.

III – na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o tempo em que o ofendido ficou injustamente privado da liberdade;

IV – no caso do inciso IV do caput deste artigo, a utilização da imprensa para a realização da ofensa, hipótese em que o valor da reparação pecuniária será fixado em razão de número de emissões, da amplitude da circulação e da abrangência do veículo, e acrescido de dez por cento.

§ 2º No caso de ofensa à honra por abalo de crédito, a reparação pecuniária, quando for o caso, deverá considerar:

I – as providências que o ofensor tiver adotado para evitar a persistência do fato;

II – a existência de fatos similares e contemporâneos;

III – a repercussão objetiva, de acordo com a existência de outros fatos diretamente relacionados com a natureza do dano.

§ 3º Sempre que a ofensa resultante de descumprimento de contrato importar risco grave à vida ou à saúde, a reparação será fixada no limite máximo a que se refere o inciso V do caput deste artigo.

§ 4º A reparação do dano, quando condenada a Fazenda Pública, será feita segundo os parâmetros estabelecidos neste artigo, observada a redução final de vinte por cento sobre o respectivo valor.

§ 5º Na hipótese de culpa concorrente, o valor da reparação será reduzido pela metade.

Art. 7º A ação de indenização por danos morais deverá ser proposta em litisconsórcio ativo necessário:

I – pelo ofendido e integrantes de seu núcleo familiar, quando a todos for possível demandar em nome próprio;

II – pelos integrantes do núcleo familiar do ofendido, quando a este não for possível demandar em nome próprio.

§ 1º Integram o núcleo familiar, para os efeitos desta lei, os descendentes, o cônjuge ou companheiro sob união estável, os ascendentes e, na linha colateral, os parentes em primeiro grau.

§ 2º A sentença que acolher o pedido deverá, se houver reparação pecuniária, acrescer um terço ao valor fixado de acordo com os parâmetros previstos no art. 6º, bem como definir a parte de cada litisconsorte.

§ 3º As ações de pessoas diversas das referidas nos incisos I e II deste artigo deverá ser propostas em conformidade com as regras gerais previstas na legislação processual civil e julgadas de acordo com a qualidade da relação entre o autor e o ofendido, observado o disposto nesta Lei.

Art. 8º Os acréscimos e reduções de que tratam os arts. 6º e 7º serão considerados após a fixação do valor da reparação, dentro dos limites estabelecidos pelos incisos do caput do mesmo art. 6º, ainda que o resultado final os extrapole.

Art. 9º Prescreve em três anos, contados da data da ofensa, a pretensão que tenha por objeto a reparação de dano moral.

Art. 10. Os valores mencionados no art. 6º serão corrigidos mês a mês pelo índice nacional de preços ao consumidor medido por instituição pública federal ou qualquer outro que venha a substituí-lo.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.⁹⁰

Embora fundando em uma análise mais profunda e com parâmetros fixados em valores próximos aos estipulados pelos tribunais, rechaça-se, também a aprovação do projeto de lei n. 344, uma vez desconsiderado, mais uma vez, o princípio da proporcionalidade, limitando a indenização, independentemente da situação concreta.

Como se observa, após a definição do dano, é afirmado no caput do artigo 3º que a indenização terá caráter exclusivamente compensatório, excluindo a possibilidade do caráter punitivo. Ainda no artigo 3º, estabelece os critérios para a sua quantificação, devendo-se considerar: o bem jurídico ofendido; a posição socioeconômica da vítima; a repercussão social e pessoal do dano; a possibilidade da superação psicológica do dano, quando a vítima for pessoa física, e de recomposição da imagem econômica ou comercial, quando pessoa jurídica; a extensão da ofensa e a duração dos seus efeitos; o potencial inibitório do valor estabelecido, além de outros elementos que o juiz considerar

⁹⁰ BRASIL. Projeto de Lei n. 334, de 2008. **Senado**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/13971.pdf>>. Acesso em 27 nov. 2012

determinantes para a gravidade da lesão. Aqui ocorre a primeira incoerência no projeto. Se a indenização tem caráter exclusivamente compensatório, não poderá ser dotada, também, de um caráter inibitório.

O segundo equívoco do projeto de lei encontra-se no artigo 6º. Nele, são estabelecidos limites mínimos e máximos da indenização, variando de: R\$41.500,00 a R\$249.000,00 nos casos de morte; R\$4.150,00 a R\$124.500,00 nos casos de lesão corporal; R\$ 8.300,00 a R\$124.500,00 por ofensa à liberdade ou à honra, exceto por abalo de crédito; R\$8.300,00 a R\$83.000,00 por ofensa à honra por abalado de crédito; R\$4.150,00 a R\$83.000,00 por descumprimento contratual. Nos incisos, são definidos os critérios que serão utilizados em conjunto com os estabelecidos no artigo 3º.

É sabido que o dano moral é reparável na medida de suas extensões, não podendo, portanto, haver uma limitação. O teto estabelecido pelo projeto de lei seria uma ofensa direta ao princípio da proporcionalidade. Estabelecendo-se um limite máximo, casos nos quais o dano foi exarcebado teriam indenizações brandas. O caso citado anteriormente, envolvendo a calúnia do advogado ao desembargador teria a indenização limitada ao máximo de R\$124.500,00, cerca de um quinto do arbitrado.

Estabelece, por fim, que haverá litisconsórcio ativo necessário pelo ofendido e pelos integrantes do núcleo familiar ou apenas pelos integrantes do núcleo familiar, quando a todos for possível demandar em nome próprio ou quando o ofendido não puder demandar em nome próprio, respectivamente. Ao conceituar núcleo familiar, afirma que são pertencentes a ele os descendentes, o cônjuge ou o companheiro sob união estável, os ascendentes e, na linha colateral, os parentes em primeiro grau. Mais um equívoco no projeto: não há parentes em primeiro grau na linha colateral. Na linha colateral, temos parentes a partir do segundo grau (irmãos). O primeiro grau ocorre apenas em linha reta e representa os pais e os filhos da pessoa em referência.

O projeto de lei n. 334 não foi aceito, mediante parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em maio de 2011.

3.8.2 Da Câmara dos Deputados

3.8.2.1 PL 523/2011

O projeto de lei n. 523 de 2011, de autoria do Deputado Walter Tosta e alterado posteriormente pelo Deputado Paes Landim, apresenta características semelhantes às analisadas nos projetos de lei do Senado. Tenta-se tarifar o dano, conforme texto:

Art. 1º - Constitui dano moral a lesão ao patrimônio moral da pessoa natural e da pessoa jurídica.

§ 1º Como pressupostos para a caracterização da obrigação de indenizar, deverá ser comprovada a ação ou omissão do agente, a existência de culpa, a ocorrência denexo de causalidade entre o fato e o evento danoso e a efetiva ocorrência de prejuízo.

§ 2º A ocorrência de caso fortuito ou de força maior constituem fatos excludentes de responsabilidade.

Art. 2º São bens juridicamente tutelados por esta lei aqueles inerentes à pessoa física: o nome, a honra, a imagem, a intimidade.

Art. 3º São bens juridicamente tutelados por esta lei aqueles inerentes à pessoa jurídica: a imagem, o nome, a respeitabilidade.

Art. 4º É considerado responsável pela reparação do dano moral aquele que, por ação ou omissão, causar lesão ao patrimônio moral de outrem.

Parágrafo único – Todo aquele que, de alguma forma, tenha colaborado para a ocorrência do dano, também será responsável pela sua reparação, na proporção de sua ação ou omissão.

Art. 5º A indenização por danos morais pode ser pedida cumulativamente com os danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos de indenização, o juiz, ao exarar a sentença, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e de danos morais.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não se prestarão como parâmetro para a fixação do valor de indenização dos danos morais.

Art. 6º. Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

I - ofensa de natureza leve: até dez mil reais;

II - ofensa de natureza média: até quarenta mil reais;

III - ofensa de natureza grave: até cem mil reais;

§ 2º Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política, econômica e creditícia das pessoas

envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

§ 3º A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado.

Art. 7º Prescreve em seis meses o prazo para o ajuizamento de ação indenizatória por danos morais, a contar da data do conhecimento do ato ou omissão lesivos ao patrimônio moral.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor a contar da data da sua publicação.⁹¹

O texto original foi alterado, eliminando da redação vinte e quatro incisos que determinavam hipóteses caracterizadoras de dano moral⁹².

⁹¹ BRASIL. Projeto de Lei n. 523, de 2011. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=843674&filename=P L+523/2011>. Acesso em: 07 dez 2012

⁹² Art. 3º. São hipóteses suscetíveis à indenização por dano moral:

- I – a inscrição indevida em cadastros de inadimplentes;
- II – a cobrança indevida de valores;
- III – a contratação em relação de consumo, sem a anuência formal expressa do consumidor;
- IV – a realização de procedimento de revista em consumidor;
- V – o fornecimento ou vendagem de passagem para veículo de transporte coletivo cujas vagas estejam esgotadas.
- VI – o fornecimento de produto fora das especificações técnicas ou adequadas às condições de consumo;
- VII – o fornecimento de produto alimentício contaminado, fora do prazo de validade ou em condição diversa às estipuladas pelas normas sanitárias;
- VIII – a disposição de cláusula leonina ou abusiva em instrumento de contrato;
- IX – a realização de cobrança de débito, por qualquer meio, em local de trabalho;
- X – o assédio moral no ambiente de trabalho;
- XI – a exposição vexatória no ambiente de trabalho;
- XII – o descumprimento das normas técnicas da medicina do trabalho;
- XIII – o erro médico que cause dano à vida ou à saúde do paciente;
- XIV – a exposição da vida ou da saúde de outrem a risco;
- XV – a exposição de dados pessoais, sem a anuência formal da pessoa exposta;
- XVI – a veiculação por meio de comunicação em massa de notícia inverídica;
- XVII – a comprovada exposição pública de caso extraconjugal;
- XVIII – os casos de dano decorrente da violação do dever de cuidado;
- XIX – o abuso no exercício do poder diretivo;
- XX – a interrupção injustificada do fornecimento de serviço essencial;
- XXI – a demonstração pública de discriminação racial, política, religiosa, de gênero ou qualquer outro atentado discriminatório;

O legislador incorre no mesmo erro, limitando a indenização, quando ela deve ser proporcional ao dano, sem limite, independentemente da natureza material ou moral.

É feita ressalva também ao critério punitivo, estabelecendo que o potencial econômico, por si só, não autoriza fixação de valor que cause enriquecimento sem causa por parte do ofendido.

Curiosa é a semelhança com o projeto de lei n. 7.124 de 2002⁹³, já rejeitado anteriormente, mediante parecer do Deputado Regis de Oliveira,

XXII – a exposição vexatória ou não consentida da imagem pessoal;

XXIII – negar a alguém direito expresso em lei;

XXIV – o ato ilícito ainda que não gere dano específico;

⁹³ Art. 1º Constitui dano moral a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade.
Art. 2º São bens juridicamente tutelados por esta Lei inerentes à pessoa física: o nome, a honra, a fama, a imagem, a intimidade, a credibilidade, a respeitabilidade, a liberdade de ação, a auto-estima e o respeito próprio.

Art. 3º São bens juridicamente tutelados por esta Lei inerentes à pessoa jurídica e aos entes políticos: a imagem, a marca, o símbolo, o prestígio, o nome e o sigilo da correspondência.

Art. 4º São considerados responsáveis pelo dano moral todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 5º A indenização por danos morais pode ser pedida cumulativamente com os danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos de indenização, o juiz, ao exarar a sentença, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e de danos morais.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não se reflete na avaliação dos danos morais.

Art. 6º A situação de irregularidade do agente ou preposto da Administração não a isenta da responsabilidade objetiva de indenizar o dano moral, ressalvado o direito de regresso.

Art. 7º Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

I – ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais);

III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

§ 2º Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

fundamentando que não se poderia estabelecer um “preço” prévio ao dano, devendo ser analisado caso a caso. Aceitar tal projeto seria “aquilatar a dimensão do dano moral, antes do fato”⁹⁴. Ainda, assim, continua em trâmite o projeto de lei 523/2011, aguardando análise pela Comissão de Constituição e Justiça.

3.8.2.2 PL 6358/2002

Voltando a questão de extravio de bagagens e o dano moral decorrente, há projeto de lei tramitando na Câmara dos Deputados sob o n. 6358/2002,⁹⁵ estabelecendo critérios para a indenização por dano moral quando for extraviada ou perdida a bagagem em transporte interestadual e internacional.

§ 3º A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado.

§ 4º Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização.

Art. 8º Prescreve em 6 (seis) meses o prazo para o ajuizamento de ação indenizatória por danos morais, a contar da data do conhecimento do ato ou omissão lesivos ao patrimônio moral.

Art. 9º Os arts. 159 e 1.518 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil, não se aplicam às ações de reparação de danos morais.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor após decorrido 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial

⁹⁴ BRASIL. Projeto de Lei n. 7.124 de 2002. **Câmara dos Deputados**. Parecer do Relator. Comissão de Constituição e Justiça. Relator: Regis de Oliveira. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=595726&filename=PL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7124/2002>. Acesso em: 07 dez 2012.

⁹⁵ Art.1º As empresas transportadoras de passageiros responsabilizam-se integralmente pela entrega, no destino, de bagagem posta aos seus cuidados.

Parágrafo único - Constitui dano moral ao passageiro privá-lo dos seus pertences em razão de extravio, ou da perda definitiva de sua bagagem

Art.2º As empresas transportadoras de passageiros afixarão em suas agências nos aeroportos, rodoviários, ferroviários e rodoferroviárias informações sobre os direitos dos passageiros em casos de extravio ou da perda definitiva na entrega da bagagem. Art.3º Além da indenização por dano de natureza material, a ser paga em conformidade com os valores constantes de tabelas periodicamente atualizadas por órgãos competentes do Poder Executivo, será paga, na forma desta lei, ao passageiro de transporte interestadual, indenização por dano de natureza moral, por volume de bagagem correspondente:

I - à décima parte do valor da passagem, por dia de atraso na entrega, até 10 (dez) dias;

II – a um terço do valor da passagem, por dia de atraso na entrega, do décimo-primeiro ao trigésimo dia; e

O projeto de lei equivoca-se também ao relacionar o dano moral com o dano material. A indenização seria auferida obedecendo a percentagens do valor pago pela passagem, desde 10% para extravios de um dia até o décuplo do valor da passagem para perda definitiva da bagagem, que seria presumida após 30 dias do desembarque.

A tentativa de limitação do dano moral mostra-se flagrantemente inconstitucional, pois a reparação do dano deve ser proporcional ao agravo.

3.9 SUGESTÃO LEGISLATIVA

Embora equivocados na pretensão de tarifar a indenização por dano moral, acredita-se que os projetos de lei apresentados trouxeram ideias úteis para auxiliar o juiz na quantificação.

III - ao décuplo do valor da passagem, por perda definitiva, deduzidos os valores já pagos, relativos aos itens anteriores;

§1º A perda presume-se definitiva se, transcorridos 30(trinta) dias do previsto para a chegada ao destino, o volume não for entregue ao interessado.

§2º A perda também será considerada definitiva, obrigando à indenização na forma do item III, se o volume sofrer irreparável ou extravio de seu conteúdo superior a 50% (cinquenta por cento).

§3º É facultado ao proprietário, na hipótese dos §§1º e 2º, transigir com a empresa transportadora e aceitar redução do valor da indenização, se o volume for localizado após 30(trinta) dias, ou receber a parte extraviada em bom estado de seu conteúdo.

§4º Efetuada a indenização, a empresa transportadora fica desobrigada de entregar ao proprietário o volume localizado após trinta dias, no caso do §1º, ou a parte recuperada do seu conteúdo, no caso do §2º, dando-lhe a destinação que lhe aprouver.

§5º Não cabe indenização moral por avaria parcial da bagagem, excetuado o disposto no §2º.

§6º A indenização de natureza moral, de que trata esta lei, será acrescida de 30% (trinta por cento), se o dano for causado a bagagem em transporte internacional.

§7º A indenização por dano moral não depende do conteúdo da bagagem, de encontra-se o passageiro ausente do seu domicílio, ou da distância ou trajeto por ele percorridos na viagem.

Art. 4º É facultado à empresa transportadora:

I - exigir do passageiro declaração do conteúdo da bagagem;

II - solicitar à autoridade competente a verificação do conteúdo ou natureza da bagagem;

III – negar-se a transportar bagagem que, por sua natureza, possa provocar danos às demais.

Art.5º Constitui crime, punível com reclusão de dois a cinco anos, e multa, no valor da vantagem pretendida, danificar voluntariamente ou extraviar bagagem entregue aos cuidados de empresa transportadora.

Parágrafo único - Se o crime é cometido por mais de um agente, ou se pelo menos um deles trabalha na empresa, a pena é de três a oito anos de reclusão, além da multa.

Art.6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art.7º Revogam-se as disposições em contrário.

Defende-se, ainda, que devem ser utilizados caracteres objetivos para a quantificação, tais como a possibilidade econômica do ofensor e do ofendido, a reincidência, a duração do dano, a vantagem almejada, entre outros critérios, deixando a critério do julgador poucos critérios subjetivos, sem estabelecer limites prévios. Caberia ao juiz, portanto, definir a culpa do ofensor e o grau do dano que ele causou, sem pré-estabelecimento pelo legislativo.

Assim, poderia ser estabelecida uma fórmula para que o juiz pudesse apenas preencher os dados e definir a indenização a partir dos critérios fixados, não gerando dúvidas quanto aos valores estabelecidos, mas apenas quanto ao grau do dano definido pelo julgador.

Presente estaria, portanto, mais segurança jurídica ao instituto, uma vez estabelecida a calculabilidade⁹⁶, podendo o ofensor e o ofendido, antes mesmo da sentença, ter uma ideia prévia do valor que será arbitrado.

O estabelecimento desses critérios pode ser visto, como quase tudo, sob o viés positivo e negativo por ambos os lados. No geral, acredita-se que o caráter preventivo sugerido diminuiria a reincidência, visto que ela também seria considerada para o cálculo. No entanto, devem ser estudados com cautela os índices percentuais que serão atribuídos, pois, no caso de empresas grandes com recorrentes danos, tendo em vista a sua responsabilidade objetiva em muitos dos casos, o excesso de punições poderia gerar consequências negativas, passando por aumento nos preços, demissões ou, em nível extremo, até a falência da empresa.

⁹⁶ AVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

A questão da reincidência também é complicada, analisando o processo na situação como é atualmente. Contudo, com a iminência do domínio do sistema jurídico pelo processo virtual, ficará mais fácil o controle das reincidências dos ofensores. Como medida imediata, a reincidência deveria ser provada sempre pela vítima, extinguindo possibilidades de inversão do ônus da prova. Também só deveria ser considerado reincidente aquele que cometesse ofensa após o trânsito em julgado da sentença. Tal determinação poderia causar um aumento na interposição de recursos protelatórios, razão pela qual a data-referência para a reincidência retroagiria a data da sentença quando houvesse desprovimento do recurso do ofensor.

A partir da renda comprovada do ofendido e da renda comprovada ou arbitrada do ofensor – nos casos em que se negar a comprovar renda - seria estabelecida uma UDD (Unidade de Dano Moral). Após o cálculo da UDD, o juiz analisaria as reincidências e determinaria o grau do dano, baseado no tempo de duração da ofensa, da vantagem almeja e da análise do dano em si.

Diante desses dados, a subjetividade do julgador estaria mais restrita, ficando responsável apenas pela determinação do grau do dano, não precisando escolher um valor monetário correspondente ao dano. O grau do dano deve ser estabelecido com medidas comparativas, analisando sempre o caso concreto, não devendo se engessado ou preestabelecido.

Assim, o valor final da condenação seria calculado por meio de uma fórmula e a interferência subjetiva estaria restringida ao grau do dano.

Como redação da lei, sugere-se o seguinte texto:

Art. 1º. A indenização por dano moral obedecerá aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, a condição socioeconômica das partes envolvidas, o caráter preventivo-punitivo e o grau do dano.

§1º. O grau do dano deve ser arbitrado pelo juiz, considerando o grau de culpa ou dolo, a duração do dano, a vantagem almejada e o abalo sofrido pela vítima, arbitrando um valor entre um e 100.

§2º. O caráter punitivo-pedagógico deverá ser utilizado para inibir que novas condutas semelhantes sejam realizadas, arbitrando valores em ordem crescente. Cada reincidência deverá representar um aumento de 2% do valor da condenação.

§3º. Não há limites mínimos ou máximos para as indenizações, devendo ser arbitradas na proporção do dano.

§4º. A partir da condição socioeconômica das partes, deverá ser estabelecida uma Unidade de Dano Moral que será obtida pela média entre X% da renda mensal declarada da vítima e de percentagem da renda mensal do ofensor, da seguinte forma:

I- Y¹% da renda mensal do ofensor, se tratando de pessoa física;

II – Y²% da renda mensal do ofensor, se tratando de microempresa;

III – Y³% da renda mensal do ofensor, se tratando de empresa de médio porte;

IV – Y⁴% da renda mensal do ofensor, se tratando de empresa de grande porte;

V – Y⁵% da renda mensal do ofensor, se tratando de empresa de grande porte com renda bruta anual superior a R\$50.000.000,00

Art. 2º. Prescreve em um ano a pretensão de indenização por danos morais.

Art. 3º. Essa lei entra em vigor na data de sua publicação.

As percentagens devem ser estabelecidas de forma a adequar os valores a realidade, mas de maneira progressiva, de modo que, em situações idênticas, empresas de grande porte sejam condenadas em maior valor do que microempresas, por exemplo.

Sem dúvidas, é necessário que haja um levantamento mais profundo da jurisprudência antes de estabelecer os critérios objetivos. Contudo, a utilização dos critérios objetivos é imprescindível para o bom funcionamento do sistema jurídico, devendo o legislador preocupar-se com esse instituto e com as consequências positivas de sua correta regulação.

4 CONCLUSÃO

O trabalho abordou a história do instituto do dano moral no Brasil, passando desde a fase da discussão acerca da sua possibilidade até a sua presunção diante da experiência comum, que evidencia a ocorrência de dano moral em determinados casos, caso dos danos *in re ipsa*.

A subjetividade atualmente inerente à quantificação do dano moral conduz a uma instabilidade, imprevisibilidade e insegurança jurídica, pois não se pode prever a sensibilidade do julgador. Razoabilidade e proporcionalidade são critérios muito vagos para determinar um instituto tão importante da responsabilidade civil.

Deixar o arbitramento apenas a critério da subjetividade de cada julgador é prejudicial ao bom andamento do sistema judiciário, tendo em vista a multiplicidade de julgadores, entendimentos e sensibilidades por toda a extensão continental do território brasileiro. Milhares de julgadores, milhares de casos, milhares de decisões diferentes.

Sorte ou viés para o ofensor ou vítima, que, dependendo do julgador que analisar o seu caso, arbitrará valor irrisório ou exorbitante em certas vezes, mas com a sua perspectiva de direito, de justo, de proporcional, de razoável.

A necessidade de estipulação de critérios objetivos para a quantificação do dano moral ficou evidenciada após a análise dos acórdãos apresentados, que certas vezes eram discrepantes na aferição do dano e outras vezes eram constantes demais, reduzindo, inclusive, o seu valor real no decorrer do tempo.

O dano moral deve ser arbitrado levando em consideração os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, a condição socioeconômica das partes envolvidas, o grau do dano, a duração do dano, o caráter reprovável da conduta, a vantagem almejada, o caráter preventivo e satisfatório. Muitos desses fatores podem ser quantificados objetivamente, estabelecendo-se uma

Unidade de Dano Moral, a fim de que, com base nela, fosse calculado o valor final da indenização, multiplicando-a pelos critérios subjetivos adotados pelo julgador.

Utilizados esses critérios, incrementar-se-ia o instituto, tornando-o mais seguro, afastando-o de decisões discrepantes, fundadas exclusivamente na subjetividade de cada julgador.

BIBLIOGRAFIA

- ACQUAVIVA, Cláudio. **Dano e ação indenizatória**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.
- AVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil comentado**. [s.l.]: Francisco Alves, 1956.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Dano moral nas relações de consumo: uma abordagem jurisprudencial**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- CAHALI, Yussed Said. **Dano e indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- CAHALI, Yussed Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CAHALI, Yussed Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CARNEIRO, Maria Francisca. **Avaliação do dano moral e discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil obrigações; responsabilidade civil, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.
- DIAS, Jose de Aguiar. **Responsabilidade civil em debate**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 8^a. ed. Saint Paul: West, 2007.

GOMES, Fábio Luiz. **Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

GONZAGA, Vair. **Da indenização**. Leme: Editora de Direito, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEAL, Roger Stiefelmann. **Memória jurisprudencial: Ministro Orozimbo Nonato**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano moral, dano material e reparação**. 3^a. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo Código Civil e a lei de imprensa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

NANNI, Giovane Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

REIS, Clayton. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SANTANA, Mayk Carvalho. **O quantum indenizatório por danos morais deve ser fixado previamente na legislação**. Conteudo Juridico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38574&seo=1>>. Acesso em: 12 Nov. 2012.

SANTOS, Antônio Jeova. **Dano moral indenizável**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SEVERO, Sergio Viana. **Os danos extrapatrimoniais**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1994.

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

SILVA, Américo Luis Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. **Da responsabilidade civil automobilística**. São Paulo: Saraiva, 1975.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Coordenadoria de Editoria e Imprensa.

STJ define em quais situações o dano moral pode ser presumido.

Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255>. Acesso em: 24 Nov. 2012.

VALLE, Christiano Almeida do. **Dano moral**. 1^a. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1996.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.