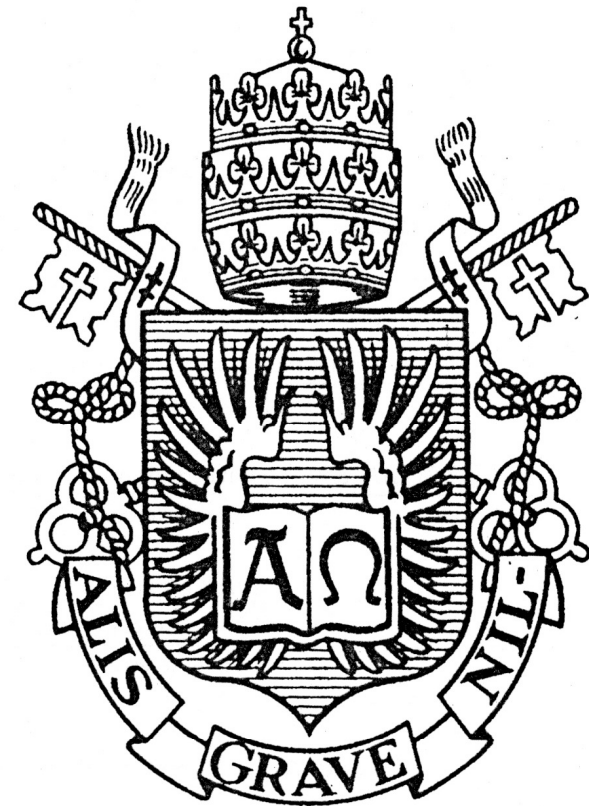


DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro



18

JAN / JUL

2001

ISSN 1516-6104

Departamento de Direito

Direção do Departamento de Direito
Francisco Mauro Dias

Conselho Editorial

Alejandro Bugallo Alvarez
Ana Lúcia de Lyra Tavares
Gisele Guimarães Cittadino
Joaquim de Arruda Falcão
José Eduardo Campos de Oliveira Faria
José Ribas Vieira
Tania da Silva Pereira

Coordenação de Publicações

Maria Celina Bodin de Moraes

Os artigos deverão ser enviados para a Secretaria do
Departamento de Direito da PUC-Rio,
na Rua Marquês de São Vicente, 225, Ala Frings - 6º andar
Gávea - Rio de Janeiro - RJ - 22453-900
ou para o e-mail web@jur.puc-rio.br

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE
nº 18 janeiro-julho, 2001

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito.

1. Direito-Periódicos. I- PUC-Rio

SUMÁRIO

1. Artigos

Entorno da Natureza Humana em Kelsen: A Liberdade e a Ordem	6
<i>Adrian Sgarbi</i>	
Critérios para a Reparação do Dano Moral	47
<i>Carlos Nelson Konder</i>	
Eles, os Recursos, Vistos por um Advogado (Reflexões em Matéria de Recursos Cíveis)	59
<i>Carlos Roberto Barbosa Moreira</i>	
Modernidade e Democracia Participativa em Habermas e Hannah Arendt	72
<i>Denise Vitale Ramos Mendes</i>	
Casamento: Habilitação e Celebração no Direito Internacional Privado Brasileiro	94
<i>Nadia de Araujo e Daniela Trejos Vargas</i>	
Os Juros na Constituição Federal de 1988: Art. 192 §3	120
<i>Omar Gomes Monteiro de Araújo</i>	
Defesa da Concorrência no Brasil: uma Abordagem Histórica	152
<i>Patrícia Regina Pinheiro Sampaio</i>	

2. Estudos de Direito Comparado

A Recepção Legislativa do Efeito Vinculante pelo Direito Brasileiro	178
<i>Antonio Carlos de Almeida Diniz</i>	

- KIRK, G.S./RAVEN, E./SCHOFIELD 1983, M. *The presocratic philosophers (A critical history with a selection of texts)*, Cambridge Press, Trad.: C.A. Loro Fonseca, *Os filósofos pré-socráticos (história crítica com seleção de textos)*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1994.
- KOYRÉ, A. 1973 *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Hallimard, Paris. Trad.: M. Ramalho, *Estudos de história do pensamento científico*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991.
- LE BON, G. 1905 *Psychologie des foules*, PUF, Paris, 1991.
- MATTEUCCI, N. 1983 *Contrattualismo*. Em: *Dizionario di Politica*, UTET, Milano.
- ORWELL, G. *Nineteen Eighty-Four*, Trad.: W. Velloso, 1984, Editora Nacional, São Paulo, 1998.
- POPPER, K. 1973 *Objective Knowledge (An evolutionary approach)*. Trad.: M. Amado, *Conhecimento objetivo*, Itatiaia, Belo Horizonte, 1999.
- PRIGOGINE, I./STENGERS, I. 1984 *La nouvelle alliance (Métamorphose de la science)*. Trad.: M. Faria/M.J.M. Trincheira, *A nova aliança (metamorfose da ciência)*, Unb, Brasília, 1991.
- RITVO, L.B. 1990 *Darwin's Influence on Freud: a tale of two sciences*. Trad.: J.C.C. Guimarães, *A influência de Darwin sobre Freud: um conto de duas ciências*, Imago, Rio de Janeiro, 1992.
- SCHMITT, C. 1922 *Politiche Theologie vier Kapitel zur lehre von der Souveränität*, Duker und Humblot, Berlin. Trad.: J.-L. Schlegel, *Théologie politique*, Gallimard, Paris, 1984.
- VERNENGO, R.J. 1972 *Curso de teoría general del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

Critérios para a Reparação do Dano Moral

Carlos Nelson Konder*

“Caminante, no hay camino, se hace camino al andar. Al andar se hace camino y al volver la vista atrás se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar”

Antonio Machado, *Proverbios y Cantares*

1. Introdução: a dificuldade do tema; - 2. Justificativa da reparação; - 3. Limites ao *quantum* da reparação; - 4. Bases legais fixadoras de critérios; - 5. Critérios de quantificação. 6. Conclusão; - 7. Bibliografia.

1. Introdução: a dificuldade do tema

Diante da copiosa jurisprudência sobre a reparação do dano moral, mais do que heterogênea, a doutrina é impelida hoje a buscar critérios capazes de uniformizar as decisões no sentido de garantir ao ordenamento a justiça e segurança necessárias ao direito. Tamanha é a divergência nas decisões judiciais que o debate sobre o tema já deixou de estar restrito ao meio jurídico e ganhou a mídia. Dando centralidade ao caso da perda de ente querido, debate-se a supressão da lacuna legal pela analogia com leis esparsas e compara-se nosso sistema com o direito norte-americano¹.

A dificuldade em se buscar critérios capazes de orientar a atividade do juiz na fixação da reparação do dano moral reside em seu fundamento,

* Bolsista do Programa Especial de Treinamento em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PET-Jur/PUC-Rio).

¹ Cf. Revista Veja, “Quanto vale a vida?”, ano 33, n. 46, 15 de novembro de 2000; pp. 61-62.

a própria reparação dano moral. A matéria até 1988 era intensamente debatida, tendo sido pacificada somente através da norma constitucional positivada nos incisos V e X do artigo 5º². De fato, a Constituição de 1988 funciona também aqui como um marco divisor de águas³.

Entretanto, esta recente mudança principiológica trazida pela constituição ainda não foi assimilada pela maior parte da doutrina na totalidade de seus efeitos. Muitos ainda não percebem que este novo preceito constitucional impõe nova leitura de todas as disposições ordinárias sobre o tema; é critério inafastável para a interpretação e aplicação do disposto no código civil sobre reparação do dano⁴.

Desse modo, se após treze anos a maioria dos autores já revisou sua concepção do dano, incluindo a modalidade não-patrimonial, no tocante ao *quantum* de sua reparação a mudança de paradigma ainda não foi realizada na intensidade necessária. Assim, percebemos neste debate aflorar por diversas vezes argumentos que, se perquiridos sobre a sua origem, demonstrarão provir da latente resistência à reparabilidade do dano moral.

Assim, faz-se necessária a um trabalho sobre os critérios de reparação do dano moral uma breve análise sobre a justificativa da reparação. Somente tendo claramente em vista a *ratio legis* deste instituto, poderemos perquirir sobre o cálculo de sua quantificação desembaraçados de preconceitos.

2. Justificativa da reparação

A doutrina da reparação do dano moral foi sendo construída sob forte resistência. Como visto, salvo algumas almas iluminadas que já a

² “Art. 5º (...)

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 à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

³ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000; p. 76.

⁴ Na impossibilidade de desenvolver aqui o extenso tema da constitucionalização do direito civil, indica-se Maria Celina Bodin de Moraes, “A caminho de um direito civil constitucional”. *In Direito, Estado e Sociedade* – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio. n.º 1, julho/dezembro de 1991, 2ª ed.; e *Idem*, “Constituição e direito civil: tendências”. *In Direito, Estado e Sociedade* – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio. n.º 15, agosto/dezembro de 1999; assim como Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

preconizavam a partir da enunciação genérica de dano do artigo 159 do Código Civil de 1916⁵ – dentre as quais podemos destacar Orozimbo Nonato e Pedro Lessa –, somente a Constituição de 1988 veio a garantir a reparação do dano moral em nosso ordenamento.

Entre os argumentos de resistência, podemos destacar: a fugacidade do dano, a dificuldade em descobrir sua existência, a incerteza da violação do direito, a indeterminação do número de lesados, a dificuldade na avaliação do *quantum*, o arbítrio excessivo concedido ao juiz e, essencialmente, a imoralidade de se compensar a dor com dinheiro⁶.

Entretanto, prevaleceu, com base no princípio de *neminem laedere*, a reparação do dano moral, consignando que o causador do “efeito moral da lesão a interesse juridicamente protegido”⁷ deve repará-lo, na inexistência de outra possibilidade, através de pecúnia. Desse modo, a natureza jurídica da indenização é de reparação⁸, trazendo em si a combinação de um aspecto compensatório (uma satisfação que atenua o sofrimento) e outro punitivo (desestímulo a práticas danosas)⁹.

Há de se ressaltar que esta compensação funciona aqui de maneira indireta¹⁰. Não se paga a dor. O que se busca é, na impossibilidade de eliminá-la, oferecer à vítima um sucedâneo¹¹, um lenitivo capaz de

⁵ “Ora: se a nossa lei civil (art. 159 do Código) dispõe que todo aquele que, ‘por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano’ (...), que se concluir de tudo? Apenas que, sem se referir, de modo expresse, ao dano moral, o nosso legislador fez consagrar, no nosso Cód. Civil, o princípio de sua reparação.” Cf. Wilson Melo da Silva, *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro, Forense, 1999; pp. 488-489.

⁶ Cf., entre todos, Wilson Melo da Silva, *op. cit.*, p. 337 e José de Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 737.

⁷ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 40; Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por dano moral*, 3ª ed., São Paulo, RT, 1998, p. 35; José de Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 729; e Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 67. Em outro sentido, caracterizam o dano moral como a lesão a direito personalíssimo Orlando Gomes, *Obrigações*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 271; e Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 75-76. São criticados pelos primeiros, que defendem que também podem ensejar dano moral a lesão a direito patrimonial, uma vez que o que caracteriza esta espécie de dano é o seu efeito.

⁸ Diferentemente do dano material, onde se busca a *restitutio in integrum*.

⁹ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 111-114; Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 55; Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 74; entre diversos outros.

¹⁰ Cf. Wilson Melo da Silva, *op. cit.*, p. 364.

¹¹ Augusto Zenun se insurge contra os termos “sucedâneo” e “compensação” (utilizados pela doutrina majoritária) por significarem uma substituição por equivalente igual, o que não ocorre na reparação do dano moral, defendendo a utilização de “derivativo” e “reparação”. Cf. *Dano moral e sua reparação*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, pp. 84 e 106.

aplaça-la. O dinheiro vem aqui não como um fim de mercantilização do sofrimento, mas exatamente como meio de permitir à vítima a aquisição daquilo que ela considere capaz de lhe propiciar prazer¹². Não é a reparação perfeita, mas é a possível¹³.

Quanto ao caráter punitivo, há conflitos na doutrina¹⁴. Alguns defendem que se referem apenas ao desestímulo de atos ilícitos, de uma maneira pedagógica, rejeitando o aspecto de pena privada¹⁵. Entretanto, em diferentes intensidades, diversos autores dão maior ênfase ao aspecto penal¹⁶, alguns chegando a elevá-lo como prioritário no instituto.

É nesse setor que se encontram os maiores defensores da importação do instituto americano dos *punitive damages*¹⁷. Este instituto consiste em impor cifras vultuosas como indenização no sentido de punir o infrator, evitando assim sua reincidência¹⁸. Chega-se até a cogitar das demais funções da pena, como a devolução do mal e correção do delinqüente¹⁹. Tais doutrinadores defendem ainda que tal corrente vem ganhando força na, ainda por vezes vacilante, jurisprudência nacional²⁰.

¹² A aquisição de bens ou programa de lazer, exemplifica Clayton Reis, *Dano moral*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pp. 88-89.

¹³ “Se não se ressuscita o parente morto, se não mais se recupera a donzela desonrada sua perda virgindade, nem por isso se pode recusar à família do defunto ou à infelicitada moça o conforto de alguma coisa, seja da que natureza for, que tenha o dom de aplacar ou diminuir a dor sentida”. *In idem*, p. 369. No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, p. 60; Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 75; Sergio Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 75; e Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, v. 4, 13^a ed. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 204.

¹⁴ Cf. Clayton Reis, *Avaliação do dano moral*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.84.

¹⁵ Cf. José de Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 736, e Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 152.

¹⁶ Cf. Clayton Reis, *Dano Moral*, *op. cit.*, p. 90, e, especialmente, Carlos Alberto Bittar, *op. cit.*, p.212.

¹⁷ O principal defensor dos *punitive damages* no Brasil, é, entre os doutrinadores pesquisados, certamente Carlos Alberto Bittar, *op. cit.* p. 114.

¹⁸ “Ora, num momento em que crises de valores e de perspectivas assolam a humanidade, fazendo recrudescer as diferentes formas de violência, esse posicionamento [a favor dos *punitive damages*] constitui sólida barreira jurídica a atitudes ou a condutas incondizentes com os padrões éticos médios da sociedade”. *Idem*, p. 233.

¹⁹ *Idem*, p. 119.

²⁰ *Idem*, p. 280. Permita-se exemplificar a discordância jurisprudencial no STJ: no julgamento do RESP 243.093-RJ o Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, relator, caracterizou a punição como critério acessório (“Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato”. STJ, RESP 243.093-RJ, 4^a T., Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j. em 14.03.2000, DJ 18.09.2000), enquanto no julgamento do RESP 265.133-RJ, o mesmo ministro, também relator, em virtude de ser a ré uma grande empresa, o toma como prioritário (“... e, principalmente, a natureza punitiva e inibidora que a indenização, na espécie, deve ter”. STJ, RESP 265.133, 4^a T., Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j. em 19.09.2000, DJ 23.10.2000).

O aspecto punitivo da indenização vai, então, fazer com que a fixação de seu quantum dependa da situação econômica do ofensor²¹, no sentido de que, no caso de, *v. g.*, uma grande empresa, para atingir sua finalidade desestimulante a indenização deverá ser de maior monta do que no caso de se tratar de pessoa natural de menores posses.

3. Limites ao *quantum* da reparação

Para garantir maior segurança à atividade jurisprudencial de fixação do *quantum debeat*, foi defendida a limitação por tarifamento ou tabelamento dos danos, predefinindo assim as indenizações²². Diante da injustiça gerada por este tipo de petrificação da atuação do juiz, tal modelo foi flexibilizado através da fixação de apenas mínimos e máximos.

Neste sentido, boa parte da jurisprudência se manteve presa aos limites consagrados pelo revogado Código Brasileiro de Telecomunicações (cinco a cem salários mínimos)²³, analogicamente aplicados a diferentes situações. Contudo, já se encontra superada esta timidez inicial na fixação do *quantum* indenizatório.

Todavia, o tabelamento flexível dos valores, em nome de maior segurança jurídica, ainda possui defensores²⁴. Neste sentido, vale exemplificar com o modelo defendido contemporaneamente por Clayton Reis²⁵:

1- Dano moral decorrente de ação física	2-Dano moral decorrente de atos/fatos
1.1 – Lesão física transitória/leve (ferimentos): 10 a 100 SM	2.1 – Lesão psíquica leve: 5 a 50 SM
1.2 – Lesão física permanente/ grave (aleijão): 100 a 300 SM	2.2 - Lesão psíquica grave: 50 a 500 SM
1.3 – Lesão física gravíssima (morte): 300 a 10800 SM	2.3 – Lesão psíquica gravíssima: 500 a 3600 SM

²¹ Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 153.

²² Por exemplo, o des. Sady Gusmão, *apud* Clayton Reis, *Dano Moral*, *op. cit.*, p. 93.

²³ Vide item 4, *infra*.

²⁴ “A adoção de critérios matemáticos, mediante a utilização de tabelas, afigura-se como forma adequada e equitativa, que propiciará situações de igualdade na aferição do *quantum indenizatório*.” Cf. Clayton Reis, *Avaliação do dano moral*, *op. cit.*, pp. 94-95.

²⁵ Cf. Clayton Reis, *Avaliação do dano moral*, *op. cit.*, pp. 104-105.

Ou ainda²⁶:

3- Equação para cálculo do dano moral

$$3.1 \quad \frac{VI = SE(v) + (MD)2 - QE(r)}{SE(r)}$$

3.2 – Elementos da equação:

VI = Valor da indenização

SE(v) = Situação econômica da vítima

SE(r) = Situação econômica do réu

MD = Magnitude do dano

QE = Quociente de entendimento

4- Tabela de valores

4.1 – Situação econômica do réu

4.1.1 – Péssima = 90-100

4.1.2 – Ruim = 70-80

4.1.3 – Razoável = 50-60

4.1.4 – Boa = 30-40

4.1.5 – Excelente = 1-20

4.2 – Magnitude do dano

4.2.1 – Levíssimo = 0-25

4.2.2 – Leve = 26-50

4.2.3 – Grave = 51-75

4.2.4 – Gravíssimo = 76-100

4.3 – Situação econômica da vítima

4.3.1 – Péssima = 800-1000

4.3.2 – Ruim = 1001-1200

4.3.3 – Razoável = 1201-1400

4.3.4 – Ótima = 1401-1600

4.3.5 – Excelente = 1601-1800

4.4 – Quociente de entendimento do lesionado

4.4.1 – Inferior = 700-1000

4.4.2 – Médio = 500-700

4.4.3 – Elevado = 300-100

4.4.4 – Superior = 100-0

Apesar de sua complexidade, a esmagadora maioria da doutrina é contra este tipo de reducionismo matemático e limitador do arbitramento judicial²⁷. Entende-se que é da essência do dano moral o sopesamento das diversas circunstâncias peculiares a cada caso, da complexa série de fatores anímicos que variam de cada caso²⁸. Optam igualmente pelo

²⁶ *Idem*, pp. 113-114.

²⁷ O próprio autor, em outro livro, relativiza a força do tabelamento, observando que “é necessário, entretanto, que, desde logo, fique claro que, salvo naquelas hipóteses onde a lei expressamente fixe determinados valores ou pontos de referência, sempre prevalecerá a liberdade do magistrado para aferir o dano e indicar a correspondente indenização, isto porque, será muito difícil encontrarem-se vítimas iguais e danos exatamente equivalentes, em circunstâncias idênticas”. Cf. Clayton Reis, *Dano moral*, *op. cit.*, p. 96.

²⁸ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 146, e Wilson Melo da Silva, *op. cit.*, pp. 669-670.

sistema aberto (livre de limites), em nome da satisfação cabal do interesse lesado, incompatível com índices e valores tarifados²⁹. Resta assim consagrado que na fixação do *quantum* prevalece a flexibilidade do livre e prudente arbítrio do magistrado³⁰.

4. Bases legais fixadoras de critérios

É exatamente a prudência dos magistrados – ou talvez o conservadorismo ideológico – que os conduz a, no sentido de evitar o arbítrio irrestrito e sem fundamentação³¹, buscar algum tipo de parâmetro para se basear na quantificação do dano moral.

Essa busca recaiu inicialmente sobre as escassas leis que enunciam critérios de fixação. Ainda que estas tenham aplicação restrita a determinados setores de aplicação, através do procedimento analógico pretenderam os juizes generalizar a utilização de tais critérios³².

Neste sentido, a primeira lei brasileira a fixar tais critérios foi o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117/62). Embora expressamente revogado pelo Decreto-lei n.º 236/67, diversos magistrados utilizaram-se dos parâmetros expressos em seu artigo 84, quais sejam: “a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa”³³.

Contudo, o “prudente arbítrio do juiz” não percebeu o absurdo de aplicar conjuntamente nesta analogia o limite máximo de cem salários mínimos, disposto no parágrafo primeiro do citado artigo. Assim, por longo tempo permaneceu a jurisprudência impondo este arcaico limite (igualmente revogado e, desde 1988, inconstitucional³⁴) à reparação de lesões da maior gravidade, como a morte³⁵.

²⁹ Cf. Carlos Alberto Bittar, *op. cit.*, p. 281.

³⁰ Cf. Augusto Zenun, *op. cit.*, p. 124; Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, p. 60; Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 73; Sergio Cavalieri Filho, *op. cit.*, pp. 80, 81 e 83; Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 211; e Wilson Melo da Silva, *op. cit.*, p. 630.

³¹ Wilson Melo da Silva, *op. cit.*, p. 634.

³² Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 138.

³³ Através do disposto no art. 243 § 2º da Lei n.º 4.737/65 (alterado pela Lei n.º 4.691/66), tais critérios passaram a vigor também relativamente a danos morais produzidos por ocasião de eleição política.

³⁴ Atualmente, já se pronunciou o STJ quanto à inconstitucionalidade deste limite: “a responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa, assim como o prazo decadencial nela previsto, não foram recepcionados pela Constituição de 1988”. STJ, RESP 243.093-RJ, 4ª T., Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j. em 14/03/2000, DJ 18/09/2000.

³⁵ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 139, e Sérgio Cavalieri Filho, *op. cit.*, pp. 80-81.

Posteriormente, a Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67) também fixou, mais detalhadamente, critérios para a quantificação da reparação em seu artigo 53, quais sejam: “I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido”.

Além de dispositivos de leis extravagantes, alguns magistrados utilizaram a analogia com dispositivos do direito penal, mais especificamente o artigo 49 do Código Penal, que dispõe sobre os dias-multa³⁶. O grande mérito desta analogia foi liberar os juízes do mítico limite de cem salários mínimos, que sobrevivia a despeito da revogação da Lei de Imprensa.

Contudo, há de se ter em conta, além das diversas diferenças entre o direito civil e o penal que problematizam esta analogia, certamente, a ponderação de bens efetivada pelo Código Penal a partir da cominação de penas não é um primor de constitucionalidade, tendo em vista que crimes contra o patrimônio podem ser punidos com mais rigidez que aqueles contra a honra, integridade física e mesmo a vida.

5. Critérios de quantificação

Um dos poucos pontos em que a doutrina e jurisprudência são unânimes é que na fixação do *quantum* deve-se agir com moderação e razoabilidade, de modo a que a quantia seja suficiente para reparar o dano, sem contudo causar o enriquecimento indevido da vítima³⁷. Mas este lugar-comum pode ser utilizado para justificar qualquer modelo de quantificação. Deve-se buscar critérios mais objetivos³⁸.

³⁶ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 139.

³⁷ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, pp. 60 e 317; e Sergio Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 81. Assim também dispõe o novo Código Civil, art. 942: “No caso de dano moral, haja ou não haja prejuízo material, o juiz arbitrar moderadamente a indenização, invocando inclusive a equidade.”

³⁸ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 145.

Ainda faltando sistematização jurídica, cabe sintetizar e organizar os critérios utilizados, resultantes da doutrina³⁹ e da analogia, como já visto, e aplicados na jurisprudência. Poderíamos listar:

I – A situação econômica do ofensor;

II – O grau de culpa ou intensidade do dolo do ofensor (ânimo de ofender)⁴⁰;

III - A gravidade, natureza e repercussão da ofensa (magnitude do dano);

IV – As condições do ofendido: posição social, política e econômica, assim como a intensidade de seu sofrimento (repercussão na esfera do lesado).

Neste sentido podemos mencionar fragmentos relevantes de acórdãos do STJ. Sobre um policial que, inocente, foi incluído de maneira inconseqüente em uma lista publicada em jornal de policiais corruptos, concedeu-se reparação por dano moral no valor de duzentos salários mínimos “devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes”⁴¹.

³⁹ Cf. Carlos Alberto Bittar, *op. cit.*, pp. 221, 279 e 284; Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 73; e Clayton Reis, *Dano Moral, op. cit.*, p. 92; entre outros.

⁴⁰ O doutrinador mais clássico no tema já apontava este critério, Wilson Melo da Silva, *op. cit.*, p. 667.

⁴¹ A ementa é de seguinte teor: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEI DE IMPRENSA. NOTÍCIA JORNALÍSTICA. ABUSO DO DIREITO DE NARRAR. RESPONSABILIDADE TARIFADA E PRAZO DECADENCIAL. INAPLICABILIDADE. NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. DANO MORAL. PEDIDO CERTO, MESMO SE NÃO QUANTIFICADO O VALOR INDENIZATÓRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCOR-RÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VALOR EXCESSIVO. CASO CONCRETO. PRECEDENTES. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO APENAS PARA REDUZIR O VALOR INDENIZATÓRIO.

I - Na linha de entendimento da Turma, “é desnecessária, na ação de indenização por dano moral, a formulação, na exordial, de pedido certo relativamente ao montante da indenização postulada pelo autor”.

II - A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa, assim como o prazo decadencial nela previsto, não foram recepcionados pela Constituição de 1988.

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

IV - Na espécie dos autos, o valor fixado a título de danos morais não se mostrou razoável, notadamente em razão dos precedentes da Turma em casos mais graves.

V - Não há negativa de prestação jurisdicional quando examinados todos os pontos controvertidos dos autos. Ademais, os embargos de declaração não são a via apropriada para que a parte interessada demonstre seu inconformismo com as razões de decidir. STJ, RESP 243.093-RJ, 4ª T., Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j. em 14.03.2000, DJ 18.09.2000.

Do mesmo modo, sobre uma cliente que foi retida em cárcere privado em uma sala de inquérito de uma grande loja de departamentos sob suspeita de documentos falsos, concedeu-se reparação por dano moral no valor de trezentos salários mínimos, levando em consideração o “porte econômico da ré; abalo físico, psíquico e social sofrido pela autora; o grau das agressões”⁴².

Vale ainda ressaltar que a doutrina não é pacífica sobre tais critérios e respectivos conteúdos. Neste aspecto, dois pontos devem ser salientados.

No tocante às condições do ofendido, boa parte da doutrina exclui a sua situação econômica⁴³. Defende que tal critério não deve interferir no valor da reparação, uma vez que, em nome do princípio da igualdade, o sofrimento de pobres e ricos será o mesmo.

⁴² A ementa é de seguinte teor: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. LOJAS DE DEPARTAMENTOS. CONTRANGIMENTO ILEGAL E CÁRCERE PRIVADO. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. RAZOABILIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. AUSÊNCIA. INTERESSE RECURSAL ALTERAÇÃO DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Inconcebível que empresas comerciais, na proteção aos seus interesses comerciais, violentem a ordem jurídica, inclusive encarcerando pessoas em suas dependências sob a suspeita de furto de suas mercadorias.

II - Diante dos fatos assentados pelas instâncias ordinárias, razoável a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem, levando-se em consideração não só a desproporcionalidade das agressões pelos seguranças como também a circunstância relevante de que as lojas de departamentos são locais freqüentados diariamente por milhares de pessoas e famílias.

III - A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica.

IV - Em face dos manifestos e freqüentes abusos na fixação do quantum indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, lícito é ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle.

V - Não carece de interesse recursal a parte que, em ação de indenização por danos morais, deixa a fixação do quantum ao prudente arbítrio do juiz, e posteriormente apresenta apelação discordando do valor arbitrado. Nem há alteração do pedido quando a parte, apenas em sede de apelação, apresenta valor que, a seu ver, se mostra mais justo.

VI - Inocorre negativa de prestação jurisdiccional quando os temas colocados pela parte são suficientemente analisados pela instância de origem. “STJ, RESP 265.133, 4ª T, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j. em 19.09.2000, DJ 23.10.2000.

⁴³ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op.cit.*, p. 150.

Em segundo lugar, alguns doutrinadores enunciam como um quinto critério o sancionamento do ofensor⁴⁴. Como já visto, o caráter punitivo da reparação do dano moral é polêmico no referente à sua quantificação⁴⁵. Ainda assim, a maioria da doutrina entende que o desestímulo a novas práticas ilícitas interferirá no valor da reparação através do primeiro critério, o potencial econômico do ofensor.

6. Conclusão

Como visto, a quantificação da reparação do dano moral é problema de difícil solução, pois pressupõe fundamentos – não apenas jurídicos, mas muitas vezes éticos – que ainda não se encontram pacificamente assentados. Entretanto, não é dispicienda a busca de critérios mais objetivamente capazes de oferecer parâmetros-guia para a fixação do *quantum debeat*.

O assentamento de tais critérios se faz necessário para sustentar o frágil equilíbrio necessário ao complexo processo de se compensar a lesão de efeito extrapatrimonial. O equilíbrio se deve dar em dois aspectos e em ambos observamos a infeliz tendência a, após a superação de um extremo, a condução equivocada rumo ao outro.

Primeiro, deve-se evitar tanto de um lado o tarifamento da reparação, que reduz a multiplicidade e diversidade das circunstâncias de cada caso a parâmetros prefixados; como, de outro lado, não se deve ceder à tendência de em nome de garantir a liberdade do poder jurisdiccional, deixar o magistrado sem qualquer parâmetro, o que conduz à absurda discrepância jurisprudencial verificada atualmente.

Segundo, e talvez mais fundamental, encontra-se certamente superado, ou ao menos sufocado, o ponto de vista da não reparação do dano moral. Contudo, pendemos para o extremo oposto, a proliferação da indústria do dano moral⁴⁶. A banalização da reparação – talvez sob a quase sempre destrutiva influência do modelo americano – conduz inevitavelmente à mercantilização dos bens de ordem moral.

Neste ponto se torna fundamental a fixação dos critérios para a reparação do dano moral: para garantir a proteção dos direitos da personalidade contra a lesão específica daquele que age ilicitamente e contra a lesão social que conduz à sua venda em espécie.

⁴⁴ Carlos Alberto Bittar, *op. cit.*, p. 279.

⁴⁵ Vide item 2, *supra*.

⁴⁶ Cf. Sérgio Bermudes, Tá danado, na internet, em 20/11/2000, <http://www.no.com.br>.

- BERMUDES, Sergio. "Tá danado". Na internet, em 20/11/2000, <http://www.no.com.br>.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por dano moral*. 3^a ed. São Paulo, RT, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo, Malheiros, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7. São Paulo, Saraiva, 1993.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- REIS, Clayton. *Dano moral*. Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- Revista Veja, "Quanto vale a vida?", ano 33, n. 46, 15 de novembro de 2000, pp. 61-62.
- RODRIGUES, Silvio. "*Direito Civil*". v. 4. São Paulo, Saraiva, 1993.
- SANTINI, José Rafaelli. "A reparação autônoma do dano moral". In RT ano 86 v. 739, maio de 1997, pp. 156-167.
- SILVA, Antônio Cassemiro. "A fixação do *quantum* indenizatório nas ações por danos morais". Na internet, em 06/12/2000, <http://www.jus.com.br/doutrina/quantum2.html>.
- SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro, Forense, 1994.