

Recebimento do artigo: 08/05/2007

Aprovado em: 17/05/2007

*Dr.^a. Mirella D'Angelo Caldeira,
Ariate Ferraz, José Fernando S.
Quilles, Leandro Eduardo Pereira
Lemos, Régina Magna Barreto
Damaceno e Rosa Maria Soto Riva*

Sumário

1 Introdução. 2 Dano moral. 2.1 Conceituação. 3 O dano moral constitucionalizado. 4 O dano moral no Código de Defesa do Consumidor. 5 Tentativa de estabelecer um critério justo/objetivo no arbitramento do dano moral. 6 Elementos de fixação do dano moral. 6.1 Situação econômica do ofensor. 6.2 Intensidade do dano. 6.3 Prática anterior e o caráter repressivo da indenização. 6.4 Dolo. 7 Considerações finais. Bibliografia.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo um breve estudo sobre o instituto do Dano Moral, em especial, a controvertida questão da fixação do *quantum* devido a título de compensação, levando-se em consideração o caráter punitivo-satisfativo da indenização, bem como a possibilidade da aplicação de uma fórmula matemática justa na aferição desse valor, tendo por substrato a legislação pátria vigente.

Palavras-chave

Direitos fundamentais. Dano moral. *Quantum* indenizatório. Fórmula matemática.

Abstract

The present article has, as objective, a brief study of the Punitive Damages institute, in specially, the controversial question of the definition of the quantum related to the purpose of compensation, considering the punitive character of the indemnity, as well as the possibility of applying a fair mathematical formula in the gauging of this value, having as substrate the effective native country legislation.

Key words

Basic rights. Punitive damages. Indemnity quantum. Mathematical formula.

1 Introdução

O instituto do dano moral encontra-se consolidado no direito contemporâneo, tendo sido amplamente acolhido pela Constituição brasileira de 1988. Contudo, o tema requer maiores estudos, especialmente por apresentar controvérsias no que tange a sua caracterização e aferição do *quantum* indenizatório.

Após sua positivação no ordenamento jurídico, tendo por superadas as antigas questões de seu cabimento e de seu caráter indenizável, o instituto enfrenta agora a problemática da disciplinação de sua utilização. E, na busca de uma uniformidade de critérios a serem observados, com base nos princípios constitucionais do direito civil, o mundo jurídico almeja por um método para fixação do valor devido a título de compensação.

Esse é o objetivo do presente estudo: analisar se uma fórmula matemática pode, ao ser aplicada, resultar em eficácia e justiça, na exata medida em que ao aferir a compensação do dano proporcione a atenuação do sofrimento, tendo em vista que a compensação não indeniza nem repara a dor, apenas os minimiza, atenua.

2 Dano moral

Grande parte dos doutrinadores entende dano como sendo a lesão sofrida pelo titular de direitos, tanto em componentes patrimoniais quanto em elementos de sua esfera moral, física e psíquica. Portanto, pode-se classificar o dano em patrimonial e moral, conforme seu alcance e seus reflexos e é, nesse sentido, esclarecedora a lição de Carlos Alberto Bittar:

Permite essa classificação alcançar-se o âmago da composição da teoria do dano, dividindo-se este em material ou moral, consoante se manifeste no aspecto patrimonial (ou pecuniário) da esfera jurídica lesada. Com isso, têm-se em conta as duas facetas básicas da esfera jurídica dos entes personalizados, a material e a moral, compreendida na primeira o acervo dotado de economicidade, na segunda, o conjunto de valores reconhecidos como integrantes das veias afetiva (ou sentimental), intelectual (de percepção e de entendimento) e valorativa (individual e social) da personalidade.

A separação pela patrimonialidade, ou não, do reflexo produzido na esfera atingida põe em evidência, de imediato, a bipartição do contexto valorativo que interessa ao Direito: o da pecuniaridade e o da moralidade. Inserem-se, no primeiro, os valores dotados de expressão pecuniária, ou aferição econômica e, no segundo, os que se exaurem na esfera mais íntima da personalidade, ou seja, na linha dos componentes sentimentais, valorativos, no âmbito da intelectualidade e no da vontade (aptidão de entender e atitude de querer), com as diversas manifestações possíveis. Por outras palavras, em um contexto, figuram bens ou direitos revestidos

de caráter econômico; em outro, atributos de cunho moral ou espiritual, que individualizam o ser na sociedade, vale dizer, que definem o ser como entidade dotada de essencialidade e de individualidade próprias.¹

Em decorrência do caráter subjetivo do dano moral, a tentativa de conversão em indenização encontra sérias dificuldades. São institutos de natureza diversa, que transitam por esferas distintas. Não há reversibilidade entre dor moral e bens materiais, porquanto nenhum valor pecuniário se equipara aos valores psíquicos. Assim, não é o ressarcimento do sofrimento em si que se busca, mas sim formas compensatórias que sejam capazes de oferecer um estado de bem-estar social e psíquico, de forma a atenuar, equilibrar o dano. É o que se constata no mundo jurídico é que desde que o direito passou a ser codificado, a ressarcibilidade por danos morais esteve presente, mesmo que de forma indireta.

Maria Helena Diniz esclarece que:

O interesse em restabelecer o equilíbrio moral e patrimonial violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. Na responsabilidade civil são a perda ou a diminuição verificadas no patrimônio do lesado e o dano moral que geram a reação legal, fundado sobre a responsabilidade civil para suprimir a diferença entre a situação do credor, tal como esta se apresenta movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco. O autor do dano tem o dever de indenizar, consequência do prejuízo, e a que existiria sem este último fato. Para que haja dano indenizável, será imprescindível a ocorrência dos seguintes requisitos: a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, pois a noção de dano pressupõe a do lesado; b) efetividade ou certeza do dano, porque a lesão não poderá ser hipotética ou conjectural; c) relação entre a falta e o prejuízo causado; d) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado; e) legitimidade, uma vez que a reparação só pode ser pleiteada pelo titular do direito atingido; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade, pois pode ocorrer dano de que não resulte dever ressarcitório, como o causado por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima etc.²

Para Carlos Alberto Bittar Filho³

A medida da importância do dano é dada não só pelo fato de ser ele um dos pressupostos do direito à reparação, mas também pelo alargamento que tem produzido na seara da responsabilidade civil - esta não tem mais como centro, na concepção da moderna doutrina, a noção de ato ilícito, mas sim a de dano injusto, o que lhe ampliou os horizontes e a esfera de aplicação.

¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 30-31.

² DINIZ, Maria Helena. **Revista Jurídica Consulex**, CD Rom n. 2, jan./dez. 1997.

³ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>>. Acesso em: 17 jan. 2007.

E o autor segue em seu estudo:

O aumento do número de danos ressarcíveis em virtude desse giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto, segundo o qual, como visto, a ressarcibilidade estende-se à lesão de todo bem jurídico protegido, dilata a esfera da responsabilidade civil e espicha o manto da sua incidência. Ressarcíveis passam a ser, por exemplo, na área dos direitos de personalidade, os danos provenientes de lesão ao direito à intimidade, na esfera dos direitos de família, o dano moral puro, no setor dos direitos de crédito nos quais há “perda de uma utilidade econômica que já fazia parte da própria esfera jurídica patrimonial do credor”, e, no campo dos interesses legítimos, os danos ocasionados aos particulares pelo Estado na sua política interventiva, ou por empresas privadas que poluem o ambiente ou produzem defeituosamente seus artigos.⁴

Constata-se que a reparabilidade dos prejuízos morais representa uma evolução do Direito. Todavia, urge a necessidade da ampliação dos estudos nessa esfera do conhecimento jurídico, de modo a propiciar uma maior equivalência entre as teorias do desenvolvimento social e jurídico. O ordenamento jurídico pátrio, assim como o alienígena, busca a utilização do bom-senso no tratamento da reparação. Contudo, o bom-senso, assim como a moral, é subjetivo.

Certo que, enquanto o direito positivo se funda em critérios exógenos, a moral utiliza critérios endógenos, de modo que a avaliação tende a ser sempre subjetiva.

Com o escopo de estabelecer um critério justo de indenizabilidade do dano moral, os juristas contemporâneos trabalham arduamente, passando então, a estabelecer métodos para fixação do *quantum* devido.

2.1 Conceituação

A conceituação de dano moral tem sua importância assegurada por estar diretamente atrelada às decisões dos casos concretos. Por força de tal importância passa-se a invocar os ensinamentos da melhor doutrina, como segue:

Arnoldo Wald ensina, *in verbis*:

Dano é a lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio ou na sua integridade física, constituindo, pois, uma lesão causada a um bem jurídico, que pode ser material ou imaterial. O dano moral é o causado a alguém num dos seus direitos de personalidade, sendo possível à cumulação da responsabilidade pelo dano material e pelo dano moral.⁵

Yussef Said Cahali define dano moral como sendo:

⁴ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: **Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 296.

⁵ WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 407.

a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade 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.).⁶

Carlos Alberto Bittar aduz que “*são morais os danos e atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade (como, v.g., a honra, a reputação e as manifestações do intelecto)*”.⁷

Maria Helena Diniz assevera que: “Dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”.⁸ Complementando que:

O dano moral, no sentido jurídico não é a dor, a angústia, ou qualquer outro sentimento negativo experimentado por uma pessoa, mas sim uma lesão que legitima a vítima e os interessados reclamarem uma indenização pecuniária, no sentido de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica por eles sofridos.⁹

Diante das diferenças apontadas em cada uma das conceituações supracitadas, verifica-se a existência de uma certa indefinição no conceito de Dano Moral, haja vista a subjetividade que reside no sentimento interior da pessoa humana para consigo e para com a sociedade.

3 O dano moral constitucionalizado

Seguindo o exemplo das Constituições espanhola de 1978 e portuguesa de 1976, a Constituição Federal brasileira assegurou no artigo 5º, V, o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem, eliminando qualquer dúvida porventura existente, a respeito da plena reparabilidade do dano extrapatrimonial no Direito brasileiro.

Na mesma linha, o inciso X do referido artigo 5º dispõe “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*”

⁶ CAHALI, Yusef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 20.

⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 24.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 81.

⁹ DINIZ, *op. cit.*, p. 82.

Sob a égide da nova ordem constitucional, a Lei nº 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor, relacionou em seu artigo 6º, VI e VII, entre outros direitos básicos do consumidor, a *efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*, além de assegurar a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados, com vistas à prevenção ou reparação dos danos patrimoniais e morais experimentados. Este aspecto da lei em comento será tratado em tópico próprio.

O Novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002), através da combinação dos artigos 186 e 927, também impõe a obrigação de reparação de dano causado por ato ilícito, ainda que exclusivamente moral.

Não obstante, ainda que a indenização por dano moral esteja prevista na legislação pátria, inclusive na Constituição Federal, não existe em nenhum dos diplomas legais, critérios objetivos de mensuração o *quantum* indenizatório, ficando, na maioria das vezes, ao livre arbítrio do julgador, que terá, no caso concreto, que enfrentar o tenebroso assunto relativo à quantificação.

Todavia, como a dor não se mede monetariamente, a importância a ser paga a título de indenização deverá se submeter a um poder discricionário, mas segundo um prudente arbítrio dos juízes na fixação do valor da condenação que não visa reparar o dano, no sentido literal, porque, a dor, a alegria, a vida, a liberdade, a honra ou a beleza são valores inestimáveis.

A impossibilidade de converter a dor em dinheiro constitui, indubitavelmente, a razão principal porque até hoje as codificações se mostram tímidas e lacunosas no enfoque do dano moral. Contudo, isso não impede que seja fixado um valor compensatório para amenizar as conseqüências do dano sofrido. A razão da reparação não está no patrimônio, mas na dignidade ofendida ou na honra afrontada.

A míngua de critérios objetivos de aferição do valor da indenização pode-se observar em alguns julgados a aplicação analógica, com base nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117/62, artigos 81 a 88 (alguns suprimidos e derogados pelo Decreto-Lei nº 236, de 28.2.67); Código Eleitoral, Lei nº 4.737/65, art. 243; Lei de Imprensa, Lei nº 5.250/67, artigos 49 e 51 a 57.

Buscando alcançar o ideal de justa compensação, da nova ordem constitucional e da sistemática do Código Civil vigente, a sentença condenatória por danos morais deve guardar estrita observância aos princípios constitucionais da dignidade humana, da razoabilidade e da motivação das decisões judiciais, além das regras de equidade.

4 O dano moral no Código de Defesa do Consumidor

A Constituição Federal vigente é a primeira a tratar especificamente da defesa do consumidor, inserindo no texto constitucional, entre outros direitos e garantias fundamentais, o artigo 5º, XXXII, que dispõe: *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.*

Assim, em obediência ao texto constitucional, o legislador ordinário elegeu, para a proteção dos direitos dos consumidores, a criação de um microsistema, resultante no Código de Defesa do Consumidor, uma lei com valores e princípios próprios, de feição multidisciplinar, já que se relaciona com todos os ramos do Direito – material e processual – e, como acrescenta José Geraldo Brito Filomeno: *“ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos”*.¹⁰

Tendo nascido de expressa disposição constitucional, a Lei nº 8.078/90 impede a instituição de textos normativos que tenham por fim afastar ou impedir a aplicabilidade do seu texto, em questões que envolvam relações de consumo, vez que seu surgimento teve por finalidade dar concretude às regras e princípios inerentes à defesa do consumidor preceituados na Carta Magna.

A proteção ao consumidor decorre da constatação de ser este o elemento mais fraco da relação de consumo, por não dispor do controle sobre a produção dos produtos, sendo submetido ao poder dos detentores destes, surgindo, assim, a necessidade da criação de uma política jurídica que busque o equilíbrio entre os sujeitos envolvidos na relação consumerista.

Neste sentido ensina Rizzatto Nunes¹¹:

[...] o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.

Isto nada mais é do que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, sendo, pois, a concretização do princípio constitucional da isonomia. Em outras palavras, a CF reconhece o direito da igualdade, no *caput* do artigo 5º, ao dizer que

¹⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

¹¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material** (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

154 *'todos são iguais perante a lei, sem distinção(...)'*, porém, sabe-se que esta igualdade é meramente formal. Assim, uma das maneiras de tornar essa igualdade formal numa igualdade real é reconhecer concretamente essa desigualdade e tratar de forma desigual os desiguais. E foi o que o CDC fez: reconheceu a desigualdade do consumidor em face do fornecedor e conferiu tratamento desigual às partes, em busca de um equilíbrio real e concreto à relação jurídica de consumo.

Importante frisar, neste momento, que não há que se confundir a vulnerabilidade do consumidor com a hipossuficiência, posto que aquela é uma presunção legal, imposta a todo e qualquer consumidor, enquanto esta, é uma característica restrita a determinados consumidores que, além de presumivelmente vulneráveis são, também, em sua situação individual carentes de condições técnicas acerca do produto ou serviço que estão adquirindo.

Neste sentido Antonio Herman Benjamin de Vasconcelos¹² demonstra a diferença entre a vulnerabilidade e hipossuficiência: *“A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores”*.

Além disso, hipossuficiência é uma condição verificada apenas em caso de relação jurídica processual, uma vez que é ela um dos dois requisitos impostos pela lei para a ocorrência da inversão ou não do ônus da prova. Ou seja, a hipossuficiência é apenas e tão somente questionada quando se está diante de uma relação processual, no momento em que o magistrado deve decidir pela inversão ou não do ônus da prova.

Conforme já mencionado, a Lei nº 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor, relacionou especificamente em seu artigo 6º, VI e VII, entre outros direitos básicos do consumidor, *a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*, além de assegurar a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados, com vistas à prevenção ou reparação dos danos patrimoniais e morais experimentados.

Embora o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 6º, incisos VI e VII), bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, artigos. 17 e 201, incisos V, VIII e IX) tratem e cogitem da reparação de danos materiais e morais, é certo que não há qualquer contribuição sobre regras para seu arbitramento, pois as disposições limitam-se ao destaque e possibilidade de cumulação de danos patrimonial e moral.

¹² BENJAMIN, Antônio Hernan de Vasconcelos. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 325.

O fato é que o dano moral é tudo o que se relaciona com dor, transtorno, tristeza, desgaste emocional e tudo o mais que estiver ligado ao subjetivo de cada um. E em sendo subjetivo, fica a pergunta: quanto vale a dor de cada um? E mais, será mesmo possível traduzirmos em dinheiro aquilo que sentimos no íntimo? Até que ponto uma cifra pode apagar ou ao menos amenizar o sofrimento de alguém?

É certo que o dano moral é presumido, ainda que se admita prova em contrário, porém, a grande dificuldade está justamente em se estabelecer critérios para a quantificação desse dano, uma vez que a Constituição Federal apenas previu o dano moral, mas em nenhum momento estabeleceu qualquer parâmetro para o valor desse dano. A única dica que a carta magna concedeu foi no artigo 5º, V, ao dizer que o direito de resposta será proporcional ao agravo, donde se poderia concluir que não há limite para a estipulação do valor, já que sempre deverá haver a proporcionalidade, o que também não nos ajuda muito, porque mesmo que se saiba o tamanho do dano, ainda assim não se saberá qual o valor desse dano.

5 Tentativa de estabelecer um critério justo/objetivo no arbitramento do dano moral

Antes de adentrarmos nos parâmetros utilizados para a fixação do valor do dano moral, é mister mencionarmos algumas posições adotadas pelo judiciário que, a nosso ver, são equivocadas.

Muitas decisões, embasadas no artigo 4º da LICC¹³, têm-se utilizado de analogia no arbitramento das indenizações e assim aplicam Leis como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4117/62) e a Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) para a fixação do valor indenizatório. Ocorre que o valor tarifado proposto nas citadas leis não apresenta na integralidade os elementos necessários ao arbitramento do dano moral. Senão vejamos.

No caso da Lei de Imprensa, os artigos 49/53 tratam do dano moral e material causados pelos meios de comunicação quando, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, de forma dolosa ou culposa, violaram direito de outrem. A lei prevê um valor que varia de 02 a 20 salários mínimos, podendo tais valores serem aumentado em até 10 vezes.

Já no caso do Código Brasileiro de Telecomunicações – cujos artigos 81 e 84 que tratam do dano moral já foram revogados – confere ao dano causado pela calúnia,

¹³Diz referido artigo: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

156 difamação ou injúria cometida por meio de radiofusão, um valor mínimo de 05 e máximo de 100 vezes o salário mínimo, podendo ser o dobro em caso de reincidência.

Muito bem, por analogia, entende-se aplicar num caso que não há previsão legal a solução dada a outro caso semelhante (análogo, portanto), mas que teve previsão legal. Ora, por mais que enfrentemos dificuldades em traduzir dor em dinheiro, em medir uma dor, é evidente que a dor sentida por alguém que teve seu nome divulgado de forma indevida pela imprensa, por exemplo, é muito diferente da dor sentida pela mãe que perdeu seu filho. Assim, não há como falar em casos análogos.

De mais a mais, tanto a Lei de Imprensa quanto o Código de Telecomunicações fazem uma tarifação da indenização, estabelecendo um valor mínimo e um máximo, com base no salário mínimo, o que, a nosso ver, é inconstitucional. Explica-se: a CF não estabelece tarifamento ou qualquer tipo de tabelamento do dano, apenas menciona a expressão “resposta proporcional ao agravo”, o que os leva a concluir que, se a CF não previu tabelamento ou tarifamento, não cabe a uma lei infraconstitucional fazê-lo.

Por outro lado, quando se parece estar diante de um caso análogo, como por exemplo uma pessoa física ou jurídica que sofre dano moral em razão de seu nome ter sido incluso no Serasa e SPC, por protesto indevido de título, o que, em tese, poderia justificar o uso da analogia, não pode ter o valor da sua indenização calculado com base no valor do protesto. Ora, protestos de valores irrisórios causam o mesmo efeito danoso de restrição de crédito e infortúnio à pessoa, que o protesto de altos valores. Nesse diapasão, têm surgido muitas decisões díspares, que fixam importâncias indenizatórias extremamente diferentes em casos semelhantes, levando à comparação do Judiciário a uma “caixinha de surpresa”, o que macula a imagem do Judiciário frente à sociedade.

Desta forma, a proposta do presente artigo é justamente analisar a questão da possibilidade de se ter uma fórmula matemática que auxilie a atividade do judiciário quando da quantificação do dano moral.

Uma saída para a fixação do valor do dano moral, sem que se pautem na analogia ou valor do título, nem caia do tarifamento, foi dada pela doutrina a qual apresenta alguns critérios a serem analisados em cada caso concreto pelo juiz. São eles:

- a) a natureza específica da ofensa sofrida;
- b) a intensidade real, concreta e efetiva do sofrimento do ofendido;
- c) a repercussão da ofensa no meio social em que vive o ofendido;
- d) a existência de dolo por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa;

- e) a situação econômica do ofensor;
- f) a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta;
- g) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido.

Tais critérios são objetivos e refletem a situação real do ofendido em face do dano sofrido. São análises importantes e que devem ser feitas pelo magistrado na busca por um valor mais justo possível a ser fixado.

Entrementes, o juiz ainda enfrenta uma dificuldade que é justamente, uma vez analisado cada um dos critérios, qual o valor a ser estipulado para eles. Ou seja, visto que a intensidade real e concreta do sofrimento do ofendido foi grande, muito significativa, qual o valor que isto merece? O dolo gera que valor? As atenuantes diminuem em quanto o valor, e a prática anterior, aumenta em quanto?

Por isso acreditarmos na necessidade de uma fórmula matemática que acabe ou pelo menos atenuie essa dificuldade do judiciário em ter que traduzir efeitos reais em valor monetários. Embora a proposta seja que o arbitramento ocorra por meio de uma fórmula, ela não pode engessar a atuação do magistrado a ponto de redundar em uma indesejada tarifação. Por isso os fatores contidos em uma fórmula e a forma de dosar esses fatores pelo magistrado é que poderá conduzir ao encontro de um método mais objetivo e justo para o arbitramento do dano moral.

Na tentativa de encontrarmos uma fórmula para o arbitramento do dano moral, nos deparamos com a proposta por Clayton Reis¹⁴, que de forma corajosa enfocou o tema e apresentou uma tabela elaborada apenas para danos morais, nos seguintes termos:

Tabela III

3 - EQUAÇÃO PARA CÁLCULO DO DANO MORAL:

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

$$\text{SE}(\text{r})$$

3.2 - Elementos da equação:

VI = Valor da indenização.

SE(v) = Situação econômica da vítima.

SE(r) = Situação econômica do réu.

¹⁴ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 113; 114.

MD = Magnitude do dano.

QE(r) = Quociente de entendimento do réu.

Tabela IV

4 - TABELA DE VALORES:

4.1 Situação econômica do RÉU - SE (r)

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 (MD):

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 (SE-v):

4.3.1 - Péssima = 800 - 1.000

4.3.2 - Ruim = 1.001 - 1.200

4.3.3 - Razoável = 1.201 - 1.400

4.3.4 - Ótima = 1.401 - 1.600

4.3.5 - Excelente = 1.601 - 1.800

4.4 Quociente de entendimento do lesionador-réu (QE-r):

4.4.1 - Inferior = 700 - 1.000

4.4.2 - Médio = 500 - 700

4.4.3 - Elevado = 300 - 100

4.4.4 - Superior = 100 - 0

E o autor explana em seguida como chegou a tais conclusões, assim se expressando:

Na aferição da magnitude do dano, deve-se levar em consideração a intensidade da lesão sofrida pela vítima. Não é difícil para o magistrado considerar que a perda de um órgão, conseqüência, p. ex., da irresponsabilidade de motorista no trânsito, representa um traumatismo de grande magnitude para o lesionado. Por sua vez, os reflexos decorrentes do extravio de bagagem no exterior, não constituem angústias que possam gerar, como no caso anterior, repercussões expressivas nas vítimas, serão insatisfações e desgostos no estado emocional das pessoas envolvidas nessa situação.

Por sua vez, o quociente de entendimento do lesionador mede o seu grau de compreensão a respeito do ato lesivo. Ele será proporcional ao seu nível social, educacional e religioso do agente, porque, quanto maior o estado de consciência das pessoas sobre os fatos da vida e do mundo (leis, dinâmica social, relacionamento, compreensão religiosa, educação, respeito pelos direitos do próximo, conhecimento das leis, grau de cultura, sociabilidade, sentimento de fraternidade etc.), certamente maior será a responsabilidade do agente na previsão e diligência dos acontecimentos da vida. Assim, uma pessoa de quociente de entendimento elevado demonstra ser um cidadão altamente responsável e consciente dos seus deveres para com a sociedade.

Segundo a expressão usual no Código Civil Espanhol (art. 1.104), e no Português (art. 487, 2) como outros códigos europeus, o seu proceder será equivalente ao de um *_bonus pater familiae_*, ou seja, um pai de família diligente, consciente de seus direitos e deveres.

Por isso, a pessoa absolutamente responsável e diligente que possua determinado grau de compreensão a respeito dos fatos da vida social, terá a obrigação de agir com previsibilidade para forcejar no sentido de evitar a ocorrência de fatos que coloquem em risco os seus direitos e os do seu próximo.

Portanto, todas as pessoas cônscias dos seus direitos e deveres são, no geral, capazes de entender a extensão do remoto axioma romano, consistente no *_alterum non laedere_* a outro não prejudicar.

O quociente de entendimento é, assim, uma forma de compreensão dos elementos que cimentam as pessoas em torno dos valores da sociedade. É o exato e preciso entendimento que todos devem possuir, do seu dever moral perante o seu semelhante. Na composição dos elementos integrantes da equação proposta, será possível estabelecer valores mais precisos ou mais próximos da realidade de cada caso.¹⁵

Em nosso entendimento a fórmula proposta por Clayton Reis não é apropriada, pois acreditamos não ter importância para o arbitramento do dano moral a situação econômica da vítima. Também discordamos da inclusão na fórmula do item: quociente de entendimento do lesionador, uma vez que nos parece mais importante

¹⁵ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 114; 116.

160 do que isto a inclusão na fórmula da mensuração do dolo ou dos graus de culpa. Demais disto, a fórmula não permite grandes variações, pois não aparenta nenhum cálculo exponencial.

Portanto, preferimos a seguinte fórmula para o arbitramento do dano moral, proposta por Cesar Reinaldo Offa Basile¹⁶:

$$\text{Dano Mora} = V_r \cdot [(n + 1)^i \cdot r] \cdot (\text{dolo} \cdot \text{Se}) \cdot \text{pa}$$

At

V_r = valor de referência (base é o salário mínimo)

n = natureza específica: 1 (leve), 2 (média), 3 (grave) e 4 (gravíssima)

i = intensidade: 1 (pequena), 2 (média), 3 (grande)

r = repercussão: 1 (não) e 2 (sim)

dolo = 1 (sem culpa), 2 (culpa), 3 (grave) e 4 (dolo)

Se = situação econômica do ofensor: 1, 2, 3, 4, 5

at = atenuante: 2 (praticou) e 1 (não praticou)

pa = prática anterior: 2 (praticou) e 1 (não praticou)

A fórmula acima descrita nos parece o melhor método para o arbitramento do dano moral, pois ela fixa parâmetros sem engessar a atividade do magistrado.

Assim, além de apresentar todos os elementos de real significância que envolvem o dano moral, que serão analisados no tópico seguinte, esta fórmula permite que o juiz leve em consideração as peculiaridades de cada caso em concreto, obtendo valores diferentes, porém uniformes e dentro de um equilíbrio.

6 Elementos de fixação do dano moral

Maria Helena Diniz dispõe que

o dano patrimonial mede-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão. O dano, portanto, estabelece-se pelo confronto entre o patrimônio realmente existente após o prejuízo e o que provavelmente existiria se a lesão não se tivesse produzido. O dano corresponderia à perda de um valor patrimonial, pecuniariamente determinado.¹⁷

¹⁶ Fórmula apresentada em trabalho monográfico, sob o título: “A quantificação dano moral”, elaborado para obtenção de crédito no Programa de Pós-Graduação da Unimes.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 51.

Não obstante a subjetividade impere quando se trata de dano moral diante da falta de parâmetros objetivos, o entendimento acima referido não nos parece o mais apropriado e tampouco deve ser empregado para a fixação do dano moral.

A lesão a ser indenizada não se cuida apenas daquela decorrente da repercussão na esfera patrimonial do ofendido, posto que dano moral abrange muito mais e não se trata do dano material. Os danos na esfera moral podem ser físicos (mutilação, lesão, morte etc.), psíquicos, individuais, sociais e familiares, como podem, também, ser transitórios ou definitivos. Logo, o magistrado deverá analisar caso a caso.

Entretantes, seja qual for o caso a reparação dos danos morais não deve ser transformada em um jogo no qual o judiciário é o cassino, tentando o suposto ofendido sua 'sorte', posto que se tal ocorresse estar-se-ia incorrendo no enriquecimento sem causa. Daí se faz primordial a atuação do magistrado analisando os fatos, as provas, o nexos de causalidade, mesmo porque se observa uma lacuna na norma jurídica diante da inexistência de critérios objetivos para que o juízo possa fazer a avaliação judicial para uma reparação comutativa do dano. Na sua falta, porém, deverão ser considerados os seguintes critérios, quais sejam: a natureza do dano, a intensidade do dano, sua repercussão, a existência de dolo, a situação sócio-econômica do ofensor e se o mesmo é reincidente na falta e praticou ou não alguma atitude que pudesse atenuar sua culpa.

6.1 Situação econômica do ofensor

Muitos autores consideram para fins de quantificação do dano moral a situação econômica do ofensor e do ofendido.

Carlos Alberto Bittar dispõe que

a personalidade do lesado, em especial a sua notoriedade, é outro fator de relevo na determinação da reparação competente, diante da repercussão que produz o dano moral experimentado. Com efeito, a popularidade amplia a esfera de exposição da pessoa, tornando mais acentuada a repercussão, e, como conseqüência, o vulto da reparação¹⁸.

Todavia, ousamos discordar do entendimento do autor. A dor decorrente do dano moral não é maior ou menor em razão da diferença de posição social, a dor do rico não é maior do que a dor do mais humilde. Uma vez que em se tratando de dano cuja repercussão atinge muito mais do que o patrimônio material, ou seja, atinge-se o patrimônio imaterial – dignidade da pessoa humana –, inviável a aplicação do critério de observação da situação sócio-econômica do ofendido.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais: a questão da fixação do valor. **Revista de Doutrina do Jornal Tribuna da Magistratura**, jul. 1996.

O contrário já não se pode afirmar, visto que é primordial para a quantificação da indenização a situação sócio-econômica do ofensor. Por decorrência de referido elemento a indenização não pode ser irrisória ou simbólica a fim de que não traduza punição para o ofensor e nem compensação para o lesado. O juiz deverá ter em mente a aplicação de um valor que possibilite ao ofensor e à sociedade se sentirem desestimuladas a praticarem aquele ato lesivo à dignidade da pessoa humana.

Assim, considera-se para fins de avaliação das condições sócio-econômica do ofensor os seguintes valores: 1 (igual a do ofendido), 2 (média), 3 (elevada), 4 (superior) e 5 (excelente).

6.2 Intensidade do dano

O juiz deve deter-se na verificação dos elementos objetivos dos fatos ocorridos, procurando estabelecer uma classificação, afastando, assim, a subjetividade característica do dano moral.

É fundamental estabelecer a natureza específica do dano e sua intensidade, ou seja se a natureza específica do dano foi classificada como 1 (leve), 2 (média), 3 (grave) e 4 (gravíssima). Assim, obtendo o dano a natureza específica leve, por certo que sua intensidade terá uma repercussão menor para o ofendido. O contrário terá ocorrido se a natureza do dano for grave, posto que a intensidade será de grande monta repercutindo com maior grau no ofendido, ocasionando-lhe danos de maiores montas. A duração da dor a que ficou exposto o ofendido deve ser analisada em conjunto com os demais elementos para a fixação do *quantum* indenizatório, posto que há casos em que o sofrimento do ofendido prolonga-se no tempo, logo é de fundamental importância que o juiz detenha-se na análise das condições psíquicas do mesmo.

6.3 Prática anterior e o caráter repressivo da indenização

A doutrina moderna tem entendido que a idéia da reparação civil, além do seu efeito compensatório, tem também efeitos repressivos, punitivos.

Na aplicação do direito quando da reparação do dano moral, não se pode deixar de lado que é necessário inibir ou desestimular o ofensor na repetição de situações semelhantes. Portanto, o peso do caráter repressivo deve ser considerado e embutido na indenização, constituindo-se assim numa sanção, na devida proporção de importância, para que seja evitada a reincidência do dano.

Nesse sentido é o julgado: “A reparação do dano moral tem natureza também punitiva, aflitiva para o ofensor, com o que tem a importante função, entre outros efeitos, de evitar que se repitam situações semelhantes...” (RJTARGS, 164/312).

Em doutrina, Yussef Said Cahali leciona:

Demarcam-se, como dados propiciadores da configuração do dano moral, a necessidade de a ação judicial acarretar a exigível intimidação para que fatos análogos não se repitam, além de se constituir, sob certo aspecto, em forma punitiva civil dirigida ao ilícito, sem desconsiderar que propicia a pecúnia um conforto maior para quem suportou tão grande trauma (p. 177).

Consideremos as situações hipotéticas de danos médicos e ou hospitalares a pacientes. Danos por imprudência, negligência ou imperícia, que incorram em risco de vida, que requeiram cirurgias que poderiam ter sido evitadas, que deixem seqüelas fisiológicas ou estéticas, que aumentem o tempo de internação e recuperação do paciente, que impliquem em tratamento fisioterápico, enfim, danos que aumentem o sofrimento físico e psíquico do paciente ou causem a sua morte por erro médico ou por falha na estrutura hospitalar. Acredita-se que tais situações hipotéticas estejam entre aquelas, cujo caráter repressivo, assume vital importância.

É necessário que as sanções nos citados casos considerem o peso do caráter inibitório, elevando-se o valor das indenizações como forma de coibir tais erros em prol da saúde e da vida.

Contudo, o caráter punitivo da indenização imposta ao causador do dano moral deve ser acolhido com adequação e moderação, pois a responsabilidade civil advém do direito privado, e não de direito público, como o direito penal. Assim, o caráter inibitório deve ser levado pelo juiz no cálculo da indenização de forma subsidiária, mas indubitavelmente não pode ser deixado de lado.

Não se trata de defender que seja arbitrada uma quantia a título de indenização e outra a título de sanção inibitória, mas de utilização da razoabilidade e da proporcionalidade para avaliarmos o quanto é importante inibir a conduta do ofensor. Se mais importante for inibir a conduta do ofensor, maior deverá ser o peso desse fator para o aumento da indenização.

Consideremos as indenizações por danos morais ocasionadas por injúria e difamação, sendo o ofensor pessoa física e comparemos com as indenizações por danos morais ocasionadas por erros médico-hospitalares. É possível nessa comparação vislumbrarmos uma ponderação de bens envolvidos no tocante ao que se pretende reprimir, inclusive em relação a práticas anteriores cometidas pelo ofensor.

A consideração do caráter inibitório no arbitramento da indenização nos casos de erros médico-hospitalares visa proteger o sofrimento psíquico oriundo de situações que envolvem vida e saúde, e que por isso parece imprimir um sofrimento nas pessoas mais acentuado, duradouro ou mesmo indelével, enquanto que danos oriundos de injúria e difamação, às vezes até se confundem com aborrecimentos

que fazem parte do nosso dia a dia, devendo ficar fora do campo do dano moral. Podendo tais atos ter imprimido real dano moral, alguns desses apresentam-se de forma menos implacável, aparentando-se mais deléveis à psique humana com o passar do tempo. Considerando também que, em tais casos, quase sempre a prática anterior não ocorreu e a futura também não ocorrerá, entendemos que deva haver nesses últimos a consideração de um peso menor, do caráter inibitório, no cálculo do valor da indenização.

6.4 Dolo

No arbitramento da indenização do dano moral o juiz deverá considerar a presença do dolo ou o grau da culpa do ofensor.

O valor da reparação deve considerar um maior peso quando o dano foi cometido na forma dolosa.

É de ressaltar-se que os elementos normativos utilizados, como Dolo e Culpa são aqueles que exigem um juízo de valor para o seu conhecimento, na lição de Wessels (Direito Penal, p. 34): “as circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor”.

Na ausência de dolo, por conseguinte, deve ser feita uma graduação da culpa. Dessa forma, o valor da reparação deve ser maior quando a culpa do agente for *lato*; por outro lado, a reparação deve ser menor à medida que se atinge a esfera mais leve da culpa.

7 Considerações finais

Pelo exposto, verificamos que se ocorresse a tarifação da indenização do dano moral, na vigência da atual Constituição de 1988, tal ato poderia ocasionar flagrante inconstitucionalidade, na medida em que afrontaria os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Como já dito, a tarifação levaria o magistrado a, de uma certa forma, discriminar o cidadão em razão de sua posição social e econômica ferindo os princípios constitucionais citados.

Ademais, referido critério proporcionaria ao ofensor conhecer antecipadamente o valor a ser pago, avaliando suas conseqüências, bem como confrontando as vantagens que poderia advir da prática de determinado ato ilícito.

Dessa forma, não tem aplicação em nosso ordenamento jurídico o critério da tarifação, predominando entre nós o critério do arbitramento pelo juiz, no teor do disposto no art. 946 do Código Civil, que determina seja a liquidação da obrigação indeterminada apurada na forma da lei processual.

Defendemos a fórmula proposta por César Reinaldo Offa Basile, pois a mesma não implica em tarifação uma vez que, como já foi dito, ela fixa parâmetros sem engessar a atividade do magistrado. Em outras palavras, não se trata de tarifação, mas de quantificação, visto que tarifar o dano moral significa tabelar o mesmo, o que se mostra ilegal em decorrência da violação do princípio da isonomia. Já quantificar, ao contrário, significa estabelecer quantias, atribuir valores - o *quantum debeat*.

Assim, a fórmula proposta é apropriada posto que ela não apresenta tabelamentos nem limitação de valor uma vez que ela apresenta um fator multiplicador que pode levar o valor da indenização ao infinito, sem contar com o fator exponencial que permite um alargamento do cálculo.

A esta altura poder-se-ia pensar que a fórmula apresentada é falha, posto que, ao contrário de outros autores, não se considerou a situação econômica do ofendido como condição para a quantificação do dano moral. Todavia, conforme exposto no item 6.1, a dor decorrente do dano moral não é maior ou menor em razão da diferença de posição social. “Partindo-se do pressuposto de que o dano moral deriva de lesão à dignidade da pessoa humana, diferenciar as vítimas por suas posses, equivaleria a reconhecer maior dignidade aos mais afortunados e menor aos menos favorecidos.”¹⁹.

É inaceitável que pessoas sujeitas a um mesmo dano recebam indenização com valores dispares somente por terem condição financeira ou posição social diferente.

Essa distinção não é cabível sob a vigência de uma constituição que atribui igual dignidade social a todos aqueles situados sob sua órbita e que prevê tanto o princípio da igualdade formal quanto os princípios da igualdade substancial e da solidariedade social.²⁰

Destarte, esta fórmula pode se tornar uma regulação normativa que melhor sirva para ressarcir ajustadamente cada dano moral em concreto, posto que estabelece critérios, mas a subjetividade continua presente e permite ao magistrado sua melhor aplicação ao caso concreto.

Logo, a quantificação do dano, utilizando-se da fórmula sugerida, não ultrapassará os limites do bom-senso, mas, com certeza, desestimulará a ocorrência de novos danos morais fazendo-se a tão buscada justiça.

¹⁹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 183.

²⁰ *Ibidem*, p. 185.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

_____. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>>. Acesso em: 17 jan. 2007.

_____. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: **Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 296.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Revista Jurídica Consulex**, CD Rom n. 2, jan./dez. 1997.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Critérios para a fixação da reparação do dano moral. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade: dano moral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto; CALDEIRA, Mirella D'Angelo. **O dano moral e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material (arts. 1º ao 54)**. São Paulo: Saraiva, 2000.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1976.

ZENON, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.