

## **Crítérios para a fixação da reparação do dano moral abordagem sob a perspectiva civil-constitucional**

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

### **SUMÁRIO:**

I. INTRODUÇÃO; II. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A NOVA TÁBUA AXIOLÓGICA; III. DANO MORAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988; IV. RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL; V. PARÂMETROS AO ARBITRAMENTO DO DANO MORAL; VI. CRITÉRIOS E FASES DE FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL

### **I. INTRODUÇÃO**

O Direito contemporâneo encontra-se impregnado de questões das mais complexas e difíceis, como resultado da maior problematização das relações sociais, econômicas e políticas, e diante do seu dinamismo, urge seja diuturnamente repensado o modelo adotado para regular determinado instituto ou tema jurídico, ou impõe seja instituído tratamento pioneiro sobre matéria até então não cogitada. Pode-se facilmente depreender o estágio atual do Direito no mundo no início do século XXI como representativo de um período de grandes e profundas transformações. Há questionamentos fundados acerca de determinados paradigmas e sistemas adotados no passado - e, muitas vezes, repetidos ainda hoje -, ensejando o descrédito e o abalo nas referências institucionais, e permitindo a busca de novos modelos permeados dos valores acolhidos socialmente na contemporaneidade. Vários dos valores que se reconheceram prevalentes nos países ocidentais, a partir da Revolução Francesa de 1789, nas relações inter-subjetivas - e que nortearam a formulação da codificação civilista de 1804 na França e conseqüentemente todas as demais codificações dos países que seguiram tal modelo, incluindo a brasileira -, demonstraram ser injustos ou inaplicáveis para a maior parte dos cidadãos, propiciando o agravamento da exclusão dos bens patrimoniais e serviços no sentido de assegurar a sobrevivência digna da maioria. O Direito, sensível às transformações sociais, econômicas e políticas do mundo contemporâneo, busca a coerente e necessária adequação aos novos valores prioritários, ciente de sua transitoriedade diante do "por-vir".

Um dos pontos do universo jurídico em que se vislumbra uma série de modificações nos últimos tempos é aquele atinente à responsabilidade civil. ALVINO LIMA, ao acentuar a importância da responsabilidade extracontratual no Direito Civil, sentenciou: "*Não há, sem dúvida, assunto mais atual, mais complexo e mais vivo, como observa Josserand, do que o estudo da responsabilidade aquiliana, centro do Direito Civil, ponto nevrálgico de todas as instituições.*"<sup>[1]</sup> Cuida-se de constatação que não se restringe aos domínios do Direito Civil brasileiro, por óbvio, considerando uma série de fatores, como a maior complexidade da vida humana, a maior proximidade das pessoas diante do adensamento populacional, os perigos decorrentes de novos inventos, processos e técnicas, além de outros de ordem econômica, social e política, e mesmo de influências de ordem cultural e moral. Dentro da temática da responsabilidade civil, em seus variados contornos, inclusive quanto ao seu fundamento - culpa ou risco -, surge o dano moral, e mais especialmente, a quantificação da reparação do dano moral. A matéria, ainda hoje, suscita inúmeros questionamentos, inclusive por força do seu caráter de novidade no Direito brasileiro, propiciando até que as teorias negativistas acerca do dano moral ganhem nova faceta, ao tentarem não permitir a efetividade da norma constitucional em vigor que garante, como direito fundamental, a reparação do dano moral<sup>[2]</sup>. Inúmeras outras questões atinentes ao dano moral - como por exemplo, a pessoa jurídica como vítima de dano moral, a possibilidade de cumulação de reparação civil por dano moral e por dano patrimonial, o dano moral na responsabilidade civil objetiva, a natureza da lesão estética (se dano moral, dano misto ou terceiro gênero de dano), a (in)constitucionalidade dos limites de reparação do dano moral, outras formas de reparação do dano moral diversas da reparação pecuniária -, certamente permitiriam a elaboração de um trabalho monográfico - como, aliás, já se verifica em relação a vários destes temas no Direito brasileiro. Contudo, nos estreitos limites deste trabalho, a opção foi a de cuidar tão-somente da temática relativa à adoção de critérios para a quantificação pecuniária da reparação do dano moral, e - em sendo possível -, de abordar *incidenter tantum* algumas das celeumas existentes.

Uma observação inicial se mostra essencial na matéria: a consideração de que o Direito é uno e, que desse modo, não há como deixar de considerar todo o trabalho já desenvolvido em outros segmentos do universo jurídico em matéria de responsabilidade relacionada à proteção dos direitos de personalidade, como aquele existente no Direito Penal. Tal método não é sequer novidade, levando em conta a inequívoca influência que a responsabilidade penal exerce sobre a responsabilidade civil, positivada no artigo 1.525, do Código Civil, em especial,

e a construção legal, doutrinária e jurisprudencial realizada sobre variados institutos reconhecidos no Direito Penal, e que são recepcionados pelo Direito Civil. Tal como se verifica no âmbito da responsabilidade penal, há dois planos de investigação sucessiva para a configuração da reparação civil: inicialmente faz-se mister a demonstração dos pressupostos da responsabilidade civil - que, em geral, são apontados como sendo a ação juridicamente qualificada pela culpa ou pelo risco, o dano e a relação de causalidade -, sendo que ultrapassado o primeiro plano, deve-se passar à quantificação do dever de reparar o dano. Assim, tem-se no primeiro plano o *an debeat*, e no segundo plano, o *quantum debeat*. No âmbito da condenação criminal ocorre exatamente o mesmo modelo: na primeira fase deve-se reconhecer a presença dos pressupostos para a configuração da responsabilidade penal e, uma vez ultrapassada tal fase, com a afirmação acerca da presença de tais pressupostos, a segunda fase será a da fixação da sanção penal concreta que deverá ser cumprida pelo sujeito ativo do ilícito penal. Assim, a quantificação da reparação civil ou da pena criminal representa, ainda, a etapa de cognição no desempenho da jurisdição, não importando seja esta civil ou criminal.

A insuficiência e os efeitos deletérios dos modelos econômico-sociais para a expressiva maioria da civilização humana impuseram um redirecionamento do enfrentamento das questões, o que se verifica atualmente em praticamente todas as áreas jurídicas. Podem ser apontados alguns exemplos: na esfera familiar e social, a emancipação da mulher durante o século XX, e o paulatino reconhecimento dos direitos das crianças, dos adolescentes e dos idosos; na esfera social, o despertar da consciência na proteção do meio ambiente para assegurar a sobrevivência da espécie humana no planeta; o reconhecimento de outras famílias que não apenas aquela fundada no casamento; a evolução crescente do reconhecimento dos direitos da personalidade sob a perspectiva humanista, solidarista e existencialista, especialmente em matéria de dano moral. Logicamente, envoltas em tais questões, encontram-se as pessoas, a sociedade e o Estado. É imperativo que se busque a adequada tutela aos interesses da pessoa humana, mormente na proteção dos direitos de personalidade, incidentes sobre elementos materiais e imateriais que compõem a sua estrutura, permitindo a individualização, a identificação da pessoa no meio social, além de possibilitar o instrumental necessário para alcançar as metas visadas, especialmente a felicidade, ou bem-estar social e individual.

## **II. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A NOVA TÁBUA AXIOLÓGICA**

O Direito contemporâneo recepciona alguns fenômenos que repercutem sobremaneira em determinados postulados outrora considerados inabaláveis. De acordo com as lições de ERIK JAYME, as quatro características da cultura pós-moderna que repercutem no Direito - o pluralismo de fontes e de sujeitos, a comunicação com o reconhecimento dos direitos dos hipossuficientes, o método narrativo na elaboração das normas e o *retour des sentiments* com a efetividade dos direitos fundamentais, com importante papel nas relações inter-subjetivas -, demonstram a necessidade de se redimensionar os institutos e regras do Direito. Assim, o Direito Civil não pode mais ser visitado sob a ótica individualista, patrimonialista, tradicional e conservadora-elitista existente por ocasião da aprovação das codificações do século XIX e início do século XX. Observando fenômeno operante na maior parte do mundo civilizado, afigura-se fundamental perceber e realçar a importante e direta atuação da Constituição Federal no âmbito do Direito Privado. Trata-se, à evidência, de mais um capítulo relativo à suposta dicotomia público/privado, o que demonstra a fragilidade dos alicerces do edifício construído pela doutrina clássica na *summa divisio* do direito - direito público e direito privado: "... as modificações trazidas pela intervenção dos poderes públicos na economia deveriam ser, todavia, inseridas no quadro das transformações sofridas pelo Direito Privado, seja através do abandono de seu significado 'constitucional', seja através do progressivo ofuscamento de seu significado individualista." [3]

O fenômeno da descodificação do direito representou a inviabilidade de se manter o dogma da exaustão dos Códigos no tratamento das matérias pertinentes, diante do evoluir dos acontecimentos políticos, sociais e econômicos, conduzindo à *socialização do Direito Privado à margem dos Códigos*, na expressão cunhada por ANTUNES VALERA, que desse modo a explicou: "um alargamento constante das zonas, tanto da legislação especial, como do direito excepcional, em sectores particularmente significativos da própria área do direito privado." [4]. O surgimento dos denominados microssistemas legislativos foi conseqüência das transformações da sociedade aliadas à evolução dos acontecimentos, diante da recepção das características de normalidade e de permanência àquela que era até então tida como legislação extravagante ou temporária, fazendo com que várias matérias fugissem, definitivamente, do alcance do texto

codificado: "estas novas leis, reivindicando áreas privativas e exclusivas de jurisdição, tendem a reger-se por princípios diferentes dos que inspiram o restante da legislação. Formam-se, assim, dentro da ordem jurídica, verdadeiros microssistemas legislativos, que deliberadamente se afastam das regras gerais do jogo, aplicáveis às restantes instituições."<sup>[5]</sup> Como consequência de tais mudanças, o Código Civil perde a centralidade de toda a ordem jurídica, com o deslocamento da unidade do sistema para a Constituição: "o Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade."<sup>[6]</sup>

Os princípios e regras constantes da Constituição Federal são normas jurídicas como quaisquer outras, com a ressalva de que se localizam no topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico positivo, e a evolução da história do Direito Constitucional dá conta da progressiva ingerência dos textos constitucionais em matérias anteriormente concebidas e tratadas nos textos infraconstitucionais. "A Constituição-jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassale. Ela não se afigura 'impotente para dominar, efetivamente a distribuição de poder', tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição."<sup>[7]</sup>

Desse modo, pode-se afirmar, com tranquilidade, que o Direito Civil contemporâneo é constitucionalizado, com forte carga solidarista e despatrimonializante, atribuindo-se maior valor à pessoa humana - o ser - do que ao seu patrimônio - o ter. Daí o comentário de PIETRO PERLINGIERI acerca do fenômeno da despatrimonialização: " ... se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)".<sup>[8]</sup> A agonia do Código Civil, tal como bem retratada pelo saudoso Mestre ORLANDO GOMES, conduz ao deslocamento dos princípios e valores - que devem prevalecer em matéria de Direito Privado - para a Constituição Federal, sem que haja quebra da unidade do sistema: "Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição. (...) Se o Código Civil mostra-se incapaz - até mesmo por sua posição hierárquica - de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais."<sup>[9]</sup>

A eficácia imediata e a aplicação direta das normas constitucionais nas relações inter-subjetivas de Direito Privado representam o cumprimento do próprio texto constitucional, tal como expresso no § 2º, do artigo 5º, segundo o qual *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Há evidente preocupação constitucional com os valores existenciais, em maior grau comparativamente aos valores patrimoniais, daí a colocação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil: "tal opção colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, se direciona para a sua proteção."<sup>[10]</sup> A respeito da evolução da teoria da responsabilidade civil no direito brasileiro, especialmente sob a égide da Constituição de 1988 e da incidências das normas constitucionais, preleciona CARLOS ALBERTO BITTAR: "Realcem-se, nesse aspecto, a ênfase dada à dignidade humana como uma de suas premissas básicas; a ampliação do alcance de direitos de personalidade; e a explícita contemplação de indenização por danos morais,..."<sup>[11]</sup>

A dignidade é atributo intrínseco da pessoa humana, "único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano"<sup>[12]</sup>, aplicando-se umbilicalmente na noção de existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica.

### **III. DANO MORAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A evolução histórica a respeito da reparação do dano moral, no direito brasileiro, representa o paulatino acolhimento de novos valores e regras voltadas às situações jurídicas existenciais, desvinculando-as de qualquer ingrediente patrimonial. A doutrina nacional divide a evolução histórica do dano moral basicamente em três fases distintas: a) a negativista, em que não se reconhecia o direito à reparação do dano moral; b) a intermédia, no período de 1966 a 1988, em que a reparação passa a ser acolhida em determinados casos, sendo inadmitida a cumulação dos danos morais com os danos patrimoniais; c) a positivista, iniciada em 1988, em que a reparação do dano moral ganha patamar constitucional, dotada de autonomia e pleno reconhecimento como direito fundamental[13]. Importante destacar, acerca da fase negativista, que o fundamento básico da tese da irreparabilidade do dano moral era a impossibilidade de fixação do *pretium doloris*, em postura jurisprudencial desarrazoada, levando em conta a desconsideração das etapas necessárias para a reparação do dano moral. Em outras palavras: reconhecia-se o *an debeat*, mas não o *quantum debeat*, gerando situações de clara injustiça diante do ferimento de valores existenciais sem qualquer tipo de reparação. Vale observar que os direitos de personalidade, naquela fase, recebiam, essencialmente, proteção no âmbito do Direito Penal.

O *leading case* da reparação do dano moral, no Direito brasileiro, data de 1966, em julgamento de Recurso Extraordinário, tendo como relator o Ministro ALIOMAR BALEEIRO, interpretando o artigo 159, do Código Civil para nele demonstrar a existência de cláusula geral do dever de reparar dano independentemente da sua espécie, o artigo 76, também do Código, para justificar a tutela do interesse moral, além de outros dispositivos que admitem a reparação do dano extrapatrimonial[14]. Contudo, ao recomendar a adoção de critérios para arbitramento da verba pecuniária de reparação, no citado julgamento, o Supremo Tribunal Federal esclareceu que deveria ser considerado o valor gasto pelos pais com a criação e educação dos filhos menores até a data da morte destes: "Assim, sob a roupagem de dano moral, o que se concedia era a indenização dos chamados danos patrimoniais indiretos"[15], ou em outras palavras, a perda patrimonial representada pelo valor efetivamente gasto com a criação e educação dos vitimados pela fatalidade.

De maneira coerente e adequada com a nova tábua axiológica acolhida na Constituição Federal de 1988, o texto constitucional expressamente alça a reparação do dano moral ao patamar de direito fundamental, no artigo 5º, incisos V e X. "Depois de declarar, em seu preâmbulo, que se destina a assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, bem como de instituir como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), a Constituição garante os direitos básicos da personalidade (art. 5º, caput), enumerando, depois, inúmeros outros, como a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas (inc. X) e o direito de resposta em manifestação pela imprensa (inc. V). Assegura, quanto a esses bens, exemplificativamente colocados, indenização por danos materiais e morais, instituindo, portanto, como direito escrito, o princípio em análise."[16]

Contudo, não basta o reconhecimento da causação do dano moral, sendo de vital importância, para o implemento dos comandos constitucionais, que a quantificação do dano moral represente a possibilidade de sua plena satisfação. Em outras palavras: a reparação do dano deve "abranger todo e qualquer prejuízo suportado pelo lesado e, de outro lado, situar-se em níveis que lhe permitiam efetiva compensação pelo constrangimento ou pela perda sofridos."[17] Como forma de permitir a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente no que toca à responsabilidade civil, vigora o princípio da reparação integral como um dos pontos centrais a exigir observância irrestrita. Como bem anotado por RUI STOCO, a Constituição de 1988 não se limitou a consagrar, na sua plenitude, a reparação do dano moral, mas também "alçou esse direito à categoria de garantia fundamental (CF/88, art. 5º, V e X), considerada como cláusula pétrea e, portanto, imutável, nos estritos termos do art. 60, § 4º, da Carta Magna."[18] Assim, nem mesmo o Poder Constituinte Derivado poderá suprimir ou alterar o preceito constitucional que estabelece o direito subjetivo à reparação do dano moral, diante de se tratar de cláusula pétrea, imodificável por obra do poder de reforma da Constituição. "A cláusula de limites materiais expressos tem natureza declaratória, e não constitutiva, pois, como regra, não cria as limitações materiais, e sim estas decorrem da coerência dos princípios constitucionais, e a sua função é a de garantia."[19]

No segundo plano de investigação sucessiva da reparação do dano moral, ou seja, em matéria de adoção de critérios, de parâmetros para quantificação do dano extrapatrimonial, é imprescindível que se observe a prevalência da tutela da personalidade humana diante da nova ordem de valores tutelados no campo existencial pela Constituição da República do Brasil, "de

maneira a garantir os ditames da Carta Magna atinentes à dignidade da pessoa humana, o que indica que toda reparação deve ter em conta estes princípios, dirigidos aos intérprete e ao legislador.”[20] A norma jurídica, inclusive em matéria de responsabilidade civil, consistente na adoção de parâmetros e critérios de reparação do dano moral, deve atuar de modo a permitir a recomposição das situações jurídicas lesadas, mas também de intimidar, através da prevenção, a prática de comportamentos contrários ao preceito, daí o acerto da seguinte afirmação: “Em tema de responsabilidade civil, um valor indenizatório que não corresponda à extensão do prejuízo, ou da dor suportada, constitui-se um “estímulo” à imprudência, ensejando uma sensação de impunidade que leva ao descrédito nas instituições democráticas que sustentam o Estado de Direito.”[21]

Um tema intimamente relacionado à segunda etapa de investigação da reparação do dano moral consiste na (in)admissibilidade dos limites do valor pecuniário do *quantum debeat* em se tratando de hipótese expressamente tarifada em lei. CLAYTON REIS, corretamente, defende a incompatibilidade da legislação anterior com o artigo 5º, inciso V, da Constituição de 1988, no que toca à adoção de limites quanto à verba pecuniária de reparação do dano moral: “o texto elaborado pelo Constituinte ampliou, de forma realmente extraordinária, o valor do *quantum debeat*, ao prever, no art. 5º, V, que a indenização ‘... será proporcional ao agravo ...’. Ou seja, não mais se admite os limites constantes na Lei de Imprensa ou no Código Nacional de Comunicações.”[22] No mesmo sentido, é firme o posicionamento de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ao focar o dano moral à luz da Constituição brasileira: “a amplitude do texto constitucional é incompatível com as restrições anteriores, seja no tocante à exclusão do dano puramente moral, seja no que tange aos limites impostos à indenização. (...) o caráter compensatório da reparação do dano moral não se coaduna com seu tarifamento ou limitações e tetos impostos pela legislação anterior que, sob esse aspecto, perdeu eficácia.”[23]

#### **IV. RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL**

A distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal reflete a diferença entre as disciplinas direito civil e direito penal. Como ressalva AGUIAR DIAS, “do ponto de vista da ordem social, consideramos infundada qualquer distinção a propósito da repercussão social ou individual do dano. O prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social.”[24] A distinção se situa no que toca à forma de restauração da ordem social: a punição, tendo como personagem principal a pessoa do sujeito ativo, ou a reparação do dano, em que se prestigia a pessoa do sujeito passivo, propiciando a retomada do equilíbrio jurídico existente no momento anterior à lesão.

Devido ao maior rigor da sanção penal, possibilitando a violação do direito de liberdade individual, a responsabilidade penal é mais exigente que a responsabilidade civil no que se refere ao aperfeiçoamento dos requisitos para sua configuração. A doutrina clássica costuma apresentar as diferenças entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, deixando, no entanto, de enunciar os pontos de coincidência. Assim, por exemplo, no Direito Penal, o princípio da legalidade penal, traduzido no brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, constitui rígida limitação ao poder de punir do Estado ao ser confrontado com o direito de liberdade do cidadão. O princípio da legalidade penal é a premissa da teoria da tipicidade, já que, antes de ser antijurídica e imputável ao autor, uma ação reconhecível como punível criminalmente deve ser típica, amoldando-se a um dos “esquemas” ou “delitos-tipos” objetivamente descritos pela lei penal. No Direito Civil, de maneira diferente, há um princípio geral de direito, acolhido como cláusula geral no artigo 159, do Código Civil, que serve de inspiração ao legislador e ao intérprete: o *neminem laedere*, segundo o qual a ninguém é lícito causar lesão ao direito de outrem.

Na doutrina contemporânea no âmbito do Direito Penal, um princípio tem se destacado, intimamente relacionado à legalidade penal: o princípio da intervenção mínima, consoante o qual o Direito Penal somente deve se legitimar como a última *ratio*, ou seja, quando os outros ramos do Direito se verificarem insuficientes para tutelar o bem jurídico em questão[25]. Assim, tem-se observado o fenômeno da constitucionalização dos bens jurídicos penais, ou seja, a limitação constitucional na formulação da tipologia criminal: “É nas Constituições que o direito penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções; e, o penalista assim deve orientar-se já que nas Constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal.”[26]

No campo da responsabilidade civil subjetiva - fundada, portanto, na culpa *lato sensu* -, gerando a reparação do dano moral, são inúmeros os pontos de contato com a responsabilidade penal. A defesa dos direitos da personalidade, como a vida, a integridade física, a honra, a intimidade, entre outros, sempre ficou a cargo do Direito Penal mediante o processo de tipologia dos comportamentos penalmente reprováveis, com a cominação das penas em caso de transgressão da norma penal incriminadora, daí a correta observação de CARLOS ALBERTO BITTAR: "*de longo tempo estão consolidadas, em Códigos e em leis especiais, diferentes figuras delituosas, em que as ações tipificadas pelo legislador constituem violações a direitos da personalidade, inclusive quanto aos aspectos de moralidade e da afetividade.*"[27] Os valores tidos como essenciais para a paz social foram tutelados pelas normas penais incriminadoras, de modo a cumprir a função intimidatória no sentido de obstar as violações a tais bens, e simultaneamente de garantir a subsistência da sociedade com o afastamento do convívio em sociedade daqueles indivíduos causadores das violações. Há, na atualidade, relativo consenso que a dor em função de conduta contrária ao direito, ou, o efeito imaterial da lesão a interesse juridicamente protegido, mesmo antes de expressa previsão na Constituição de 1988 quanto à sua reparabilidade, produzia direito à reparação, exatamente como forma de tutelar a integridade e a dignidade da pessoa humana. Cuida-se, portanto, de dupla proteção, uma no plano do Direito Penal, e outra na esfera do Direito Civil[28].

Configurada a presença dos pressupostos da responsabilidade penal, surge a etapa da fixação da sanção penal, considerando a anterior e expressa previsão das penas nas normas penais incriminadoras, seguindo o modelo trifásico - fixação da pena-base levando em conta as circunstâncias judiciais, consideração de circunstâncias atenuantes ou agravantes, e incidência de causas de aumento ou diminuição da pena. Assim, verifica-se claramente que a cominação das penas em abstrato em nada se relaciona à diminuição patrimonial do lesado. A recomposição dos efeitos deletérios na esfera patrimonial do lesado se vincula à reparação dos danos materiais - ou patrimoniais. No campo da reparação do dano moral, da mesma forma que se verifica na sanção penal, inexistente qualquer liame com a esfera patrimonial do lesado, já que os efeitos da lesão nesta seara não representam abalo econômico. Daí a existência de mais um ponto de contato entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil por dano moral, e que ainda não foi devidamente abordado pela doutrina e pela jurisprudência. Sob tal aspecto, é perfeitamente viável a sistematização de regime de operacionalização da reparação civil por dano moral, com o recurso ao regime existente no âmbito do Direito Penal naquilo que é recepcionado ou admitido pelo Direito Civil: a responsabilidade patrimonial e as obrigações de dar, fazer ou, eventualmente, de não-fazer.

Outra coincidência entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil por dano moral diz respeito a uma das finalidades da sanção aplicável. As teorias da pena, no sistema penal, gravitam em torno de duas idéias marcantes: a de retribuição e a de prevenção[29]. "*Pena é a perda de bens jurídicos impostas pelo órgão da justiça a quem comete crime. Trata-se de sanção característica de direito penal, em sua essência retributiva.*"[30] Constata-se, assim, que a retributividade é uma das finalidades da sanção penal, considerando a imposição da perda de bens jurídicos do lesante, ou seja, do violador da norma penal. No campo da responsabilidade civil por dano moral, a finalidade mais importante da sanção é a obtenção da reparação do dano através da compensação, mas há também o objetivo de desestimular a prática de ações lesivas, assemelhando-se, assim, à função preventiva da pena do Direito Penal, além de gerar a perda de bens jurídicos pelo lesante, retribuindo o mal causado ao lesado[31]. Ou seja: no campo da reparação do dano moral, em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, há relevância em se considerar as condições pessoais do ofensor, mormente a sua condição de fortuna e a intensidade do elemento subjetivo - dolo ou grau de culpa - do ofensor, para permitir a efetividade da norma constitucional que assegura a tutela do direito à reparação do dano moral, daí a importância de se buscar a finalidade da reparação civil para efeito de estabelecimento de critérios razoáveis e justos na quantificação da obrigação pecuniária de reparar, na eventualidade de não ser conveniente a adoção de outra forma de reparação, como por exemplo em uma obrigação de fazer. Isso não significa que deva ser desconsiderada a pessoa da vítima no momento da fixação do *quantum debeatur*, mas sim de também ser incluída a pessoa do ofensor para fins de permitir a incidência da dupla função da reparação civil do dano moral.

## **V. PARÂMETROS AO ARBITRAMENTO DO DANO MORAL**

Tradicionalmente, a reparação civil dos danos opera-se através de pagamento de quantia pecuniária, no âmbito do contexto da responsabilidade patrimonial, cujo princípio propugna

que é o patrimônio do devedor - ofensor - que deve sofrer as conseqüências dos prejuízos por ele causados a outrem, repondo-se ou compensando-se as perdas sofridas. No campo do dano moral, as posições negativistas se basearam na impossibilidade do dinheiro servir como preço da dor do ofendido, mas foram superadas pela tese da compensação, já que a reparação, via pagamento de certa soma de dinheiro, representa lenitivo aos males causados, propiciando que, com o dinheiro, seja permitida a realização de inúmeros interesses como derivativos dos danos sofridos[32]. Atualmente, no estágio da matéria envolvendo a reparação civil do dano moral, a doutrina vem se orientando no sentido da admissibilidade do sancionamento civil ao ofensor de maneira diversa do que a obrigação de pagar certa soma em dinheiro[33], desde que adequada e razoável no caso concreto. Assim, *"sempre que o agente não tenha bens, ou sejam insuficientes, frustrando-se a reparação do lesado, pode-se lançar mão de sanção não pecuniária, com a submissão pessoal do lesante a obrigações de fazer, ou de não fazer, como, por exemplo, a prestação de serviços, a abstenção de certas condutas, o cerceamento de certos direitos, já utilizadas, há mais tempo, no plano penal como penas restritivas de direito."*[34] Importante observar que a espécie de sancionamento ao ofensor, na responsabilidade civil por dano moral, deverá ser objeto de escolha por parte da vítima, dentro de certos limites, por óbvio, em obediência aos princípios da razoabilidade, da conveniência e da adequação.

Contudo, no contexto do modo mais freqüente de reparação civil do dano moral, ou seja, o pagamento de prestação pecuniária, fundamental será a observância de certos parâmetros, à luz da própria valoração apresentada pela Constituição de 1988, em perfeita combinação com a tradicional tutela aos bens jurídicos imateriais ministrada pelo Direito Penal. Inexiste dúvida a respeito da indispensabilidade de adoção de técnicas, critérios e parâmetros de reparação do dano moral diferentes da recomposição material no caso dos danos patrimoniais, e exatamente neste tópico reside a maior dificuldade da reparação civil do dano moral: *"... a maior dificuldade do dano moral é precisamente o fato de não encontrar correspondência no critério valorativo patrimonial."*[35] A despeito de tal dificuldade, não há como deixar sem reparação aquele que sofre ofensa nos bens imateriais, ainda que de forma reflexa, daí a precisa observação de TERESA ANCONA LOPEZ: *"ofensas à própria pessoa são muito mais graves que aquelas ao patrimônio, e não seria justo deixar passar em branco essas agressões ao direito de alguém."*[36] Em laborioso estudo a respeito da quantificação da reparação do dano moral na jurisprudência brasileira, inclusive comparando hipóteses diversas como a morte de ente querido e a inclusão indevida de correntista em cadastro de emitentes de cheques sem fundos em que a quantificação do dano moral foi exatamente igual, CARLOS EDISON conclui: *"O simples cotejo destas situações emblemáticas - a morte e a inclusão em lista de cheques sem fundo - indica que o sistema encontra-se em crise. Gera espanto a redução de casos tão díspares a um mesmo valor."*[37] Realmente, para que se possa efetivamente assegurar a reparação civil por dano moral, imprescindível se mostra o estabelecimento de parâmetros ao arbitramento do dano moral, atribuindo certa discricionariedade ao juiz - e nunca o arbítrio -, o que pressupõe a existência de certos limites.

Um primeiro passo na tarefa da fixação de parâmetros é exatamente observar a escala de valores quanto aos bens jurídicos tutelados no âmbito constitucional em perfeita coerência com as normas penais incriminadoras existentes. Não é sem razão, por exemplo, que a maior cominação de sanção penal se refira à prática delituosa consistente na violação do direito à vida, ou seja, ao crime de homicídio. Como já observado, *"não se deve olvidar o princípio da referência constitucional, segundo o qual toda e qualquer criminalização deve ter na Constituição Federal os elementos e referências, nem o princípio da necessidade, o qual deve ter como preocupação limitar-se a tutelar os bens constitucionais. O direito penal é fragmentário e proporcional, somente existindo para tutelar bens quando haja estrita necessidade para tal, mediante a valoração da relevância do bem, sob os prismas de sua significação e importância."* [38] Tal raciocínio é perfeitamente aplicável em matéria de reparação civil do dano moral, levando em conta a indispensabilidade de se preservar o princípio da proporcionalidade da sanção de acordo com a relevância e significação dos efeitos deletérios da lesão na esfera extrapatrimonial do lesado. Desse modo, conveniente seria que a lei civil, acompanhando o paradigma da legislação penal - e, obviamente, adaptando-o para o contexto da responsabilidade patrimonial -, estabelecesse os tetos mínimo e máximo para cada hipótese de dano moral, levando em conta o bem jurídico atingido, em harmonia com a escala de valores dos bens constitucionais tutelados pelo artigo 5º, da Magna Carta. Como ocorre no âmbito do Direito Penal, no mister de aplicar a pena *"o juiz não exerce aqui um*

*poder arbitrário, mas sim um poder discricionário. Isso significa que o juiz não pode aplicar a pena, dentro dos parâmetros legais, segundo seu arbítrio. (...) Confere a lei ao juiz poder discricionário para que ele possa atender às exigências de adequação da pena que defluem dos valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Não há aqui poder arbitrário e o juiz não pode fixar a pena a seu capricho.”* [39] O mesmo deve ocorrer no âmbito da quantificação da reparação civil do dano moral: a impossibilidade do juiz arbitrariamente impor pagamento de quantia pecuniária sem qualquer parâmetro ou critério.

Sobre o tema envolvendo a existência de parâmetros para o arbitramento, cumpre lembrar a previsão contida no artigo 84, §§ 1º e 2º, da Lei nº 4.117, de 27.08.62, conhecida como Código Brasileiro de Telecomunicações. Com base nas disposições revogadas do Código de Telecomunicações, o montante da reparação do dano moral teria o mínimo de cinco e o máximo de cem vezes o maior salário mínimo vigente no país, podendo ser duplicado tal montante em caso de reincidência em ilícito contra a honra do ofendido. A Lei nº 4.737, de 15.07.65, conhecida como Código Eleitoral, no seu artigo 243, § 2º - na inclusão feita pela Lei nº 9.961, de 4.05.66 -, manda aplicar os dispositivos revogados do Código Brasileiro de Telecomunicações naquilo que couber, inclusive para efeito de estipulação do montante do dano moral. Ainda que não fosse a revogação expressa dos §§ 1º e 2º, da Lei nº 4.117/62, por força do Decreto-Lei nº 236, de 28.02.67, é importante estabelecer que tais dispositivos não teriam sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988, diante da nova tábua axiológica adotada, e também por força do que dispõe o inciso V, do artigo 5º, da Constituição Federal, que determina que a quantificação da reparação do dano moral seja proporcional ao agravo. Contudo, inexistente qualquer inconveniente que, diante da escala de valores prevista no texto constitucional em harmonia com o sistema existente no âmbito do Direito Penal, o legislador possa estabelecer normas genéricas estabelecendo patamares mínimo e máximo para arbitramento judicial do montante da verba relativa à reparação do dano moral[40]. Trata-se de aproveitar todo o desenvolvimento da matéria relativa à proteção dos direitos de personalidade, feita pelo Direito Penal, no âmbito do Direito Civil, com a ressalva de que os patamares deverão se vincular a valores pecuniários, sem qualquer impedimento a que se estabeleça em número de salários mínimos[41], exatamente como ocorre na fixação da multa penal.

A solução é de *lege ferenda*, tal como apresentada, porquanto inexistente atualmente qualquer lei estabelecendo tais parâmetros. Assim, indaga-se: inexistente possibilidade da adoção de parâmetros para a quantificação pecuniária do dano moral, nos dias atuais? Na sua função de aplicador do Direito, o juiz exerce poder criativo, devendo proceder ao trabalho de interpretação e integração das normas de modo a realizar a justiça, com a segurança jurídica indispensável na solução das demandas levadas ao seu conhecimento. Desse modo, o juiz não desempenha sua função como uma máquina repetidora de normas, mas sim estabelecendo um raciocínio de validade jurídica e social da norma, além de necessariamente preencher as lacunas que eventualmente se apresentarem diante da impossibilidade da lei prever todas as situações possíveis, mormente em considerando a instauração de uma nova ordem civil-constitucional. Daí a importância do jurista no *"papel criativo que precisa exercer na interpretação e aplicação do direito, afeiçãoando a lei às circunstâncias do caso e à evolução social, resolvendo a aporia da lei injusta, suprimindo as lacunas e buscando eliminar as antinomias do ordenamento jurídico"*[42], nas precisas lições de PLAUTO FARACO DE AZEVEDO. Exemplo do poder criativo do juiz se verifica em matéria de arbitramento do *quantum debeatur* da reparação do dano moral, a saber, a solução de se adotar o critério de dias-multa do artigo 49, do Código Penal: *"utilizando-se de analogia com este dispositivo, o juiz poderá arbitrar um valor de até 1.800 (um mil e oitocentos) salários mínimos, como tem acontecido em alguns casos concretos na perda de ente querido."*[43]

Outra proposição foi apresentada por GALENO LACERDA, mediante o raciocínio que combina regras dos Códigos Civil e Penal brasileiros, alcançando o patamar de 10.800 (dez mil e oitocentos salários mínimos). Assim, após chegar ao valor de mil e oitocentos salários mínimos, observa o jurista: *"mas o art. 60, § 1º, do mesmo Código Penal, salienta que 'a multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.' Então, a multa máxima do Código Penal para qualquer delito, inclusive a injúria e a calúnia, (...) é de 5.400 salários mínimos. E como o art. 1.547, parágrafo único, do Código Civil prevê o dobro da pena pecuniária criminal, chega-se a um total máximo, no cível, de 10.800 salários mínimos."*[44] Acerca desta orientação, é preciso ponderar que, diferentemente do que se verifica no âmbito da



responsabilidade penal, nem sempre a responsabilidade civil decorre de atos ilícitos, como nas hipóteses cada vez mais freqüentes da reparação ser reconhecida sem o fundamento da culpa *lato sensu*. Desse modo, não deverão ser consideradas as condições próprias do ofensor nos casos de responsabilidade civil objetiva para fins de agravamento do *quantum debeat* da reparação civil do dano moral. A função punitiva da reparação civil do dano moral não atua em se tratando de responsabilidade civil objetiva, permanecendo tão-somente a função compensatória. Daí a razão pela qual a regra do § 1º, do artigo 60, do Código Penal, não pode incidir, na fixação do *quantum* inicial para fins de reparação do dano moral. Tal regra poderá ser aproveitada na fase seguinte, correspondendo à terceira fase na fixação da pena do Direito Penal, ou seja, como causa de aumento do *quantum*, e logicamente somente nos casos de responsabilidade civil subjetiva, com a finalidade de cumprimento da função punitiva da reparação do dano moral. De outro lado, ainda na primeira fase, deve ser considerada a regra contida no parágrafo único, do artigo 1.547, do Código Civil, ou seja, a duplicação dos patamares mínimo e máximo da multa criminal[45], o que gera a necessidade de combinação dos artigos 49, § 1º, do Código Penal, e 1.547, parágrafo único, do Código Civil.

Desse modo, para fins de combinação da sanção civil pecuniária, deve haver o recurso ao Código Penal, a respeito da previsão do mínimo e do máximo da pena privativa de liberdade quanto a determinado comportamento violador de bem jurídico penalmente protegido, calculando-se, através de operações aritméticas, o mínimo e o máximo em salários mínimos, como no exemplo do homicídio, permitindo, assim, a fixação do montante da reparação, na primeira fase, pelo juiz, com a consideração das circunstâncias e critérios exigidos, dentro do poder discricionário do juiz. Mesmo que a lesão não corresponda a um determinado tipo penal - hipótese em que somente haverá responsabilidade civil, e não a repercussão no Direito Penal -, tal raciocínio é perfeitamente válido, considerando a conduta objetivamente tipificada que corresponda à lesão, ou aquela que mais se aproxime dela[46].

Enfim: para efeito de parâmetros do arbitramento do valor da reparação pecuniária do dano moral, o ordenamento jurídico brasileiro permite o balizamento dos limites mínimos e máximos do valor correspondente em número de salários mínimos, em atendimento à razoabilidade e proporcionalidade, na escala de valores dos bens jurídico-constitucionais, evitando, desse modo, que haja a completa ausência de parâmetros no estabelecimento do *quantum debeat*, sem qualquer consideração a respeito de aspecto de diminuição ou abalo patrimonial da vítima. Em outras palavras: o sistema de reparação civil do dano moral necessariamente em nada se vincula ao sistema de reparação civil do dano patrimonial, daí a total autonomia e independência dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, não se podendo cogitar de *bis in idem*[47].

## **VI. CRITÉRIOS E FASES DE FIXAÇÃO DO QUANTUM DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL**

Assentadas as balizas indispensáveis para identificação dos parâmetros de arbitramento da reparação do dano moral, visando sistematizar a fixação do *quantum debeat*, importante, a esta altura, mencionar a necessidade de identificar duas etapas na fixação da sanção civil representada por uma quantia pecuniária. Para esse fim, ganha relevo a separação das finalidades da reparação do dano moral - compensatória e punitiva -, e, logicamente, a divisão das hipóteses de responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. Em casos de responsabilidade civil fundada na culpa *lato sensu*, a função punitiva merece ser considerada, permitindo a eficácia da sanção de maneira a punir o ofensor, desestimulando a realização de práticas lesivas futuras, como se vislumbra pela própria redação do artigo 60, § 1º., do Código Penal, que deve servir para integrar a lacuna da lei civil no tema de quantificação da reparação do dano moral por ilícitos civis. No caso de responsabilidade objetiva, ao revés, diante da inexistência da finalidade punitiva - e, sim, apenas finalidade compensatória -, não há sentido em se aplicar o artigo 60, § 1º, da legislação penal.

Dessa forma, pode-se invocar a analogia tão somente nos casos de reparação civil de dano moral decorrente de responsabilidade civil subjetiva, para o fim de se reconhecer a possibilidade do aumento da quantia pecuniária arbitrada judicialmente na primeira fase até o triplo, com base na regra do § 1º, do artigo 60, do Código Penal, permitindo chegar ao patamar de dez mil e oitocentos salários mínimos. Trata-se de adotar o critério bifásico em matéria de reparação civil de dano moral: a primeira fase para o estabelecimento da "sanção-base" - valendo da construção do Direito Penal na aplicação da pena -, e a segunda fase, nos casos de responsabilidade subjetiva, para eventual aumento em até três vezes da "sanção-base", permitindo fixar a "sanção civil definitiva". A exemplo do raciocínio desenvolvido no Direito Penal, segundo o qual na fase da causas de aumento ou diminuição da pena podem ser

ultrapassados os limites mínimo e máximo, também a "sanção-definitiva" não deve se restringir aos limites da primeira fase, podendo ultrapassar o máximo do limite da "sanção-base". Nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva, em que não se verifica a função punitiva, somente deve existir a primeira e única fase, o que logicamente impõe a restrição aos limites mínimo e máximo para o arbitramento do *quantum* devido. Como dito, o Direito Penal, no seu estágio de evolução científica, no sentido do cumprimento de sua principal função que é garantir a paz social, fornece subsídios de vital importância para o Direito Civil, mormente na contemporaneidade em que se identifica que os direitos de personalidade não devem ser tutelados apenas no âmbito criminal.

Quanto ao arbitramento da "sanção-base", o que pressupõe a observância dos parâmetros indicados, também deve haver o recurso parcial ao Direito Penal, mormente em matéria de discricionariedade - e não arbítrio - judicial. Cuida-se do tratamento legal em vigor na primeira fase de aplicação da pena criminal, pelo juiz, envolvendo as denominadas circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59, do Código Penal. De acordo com o Direito Penal brasileiro são circunstâncias judiciais: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente; os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime; o comportamento da vítima. Considerando que a preocupação central da responsabilidade civil é com a restauração da esfera jurídica do lesado, e tendo em vista que na fase da fixação da "sanção-base" a finalidade considerada é a compensatória, logicamente que as circunstâncias judiciais do Direito Penal relacionadas ao ofensor não devem ser consideradas, mas subsistem as circunstâncias judiciais relativas ao ofendido, bem como os motivos, as circunstâncias e conseqüências da lesão.

No direito brasileiro, há alguns textos legislativos que encampam alguns destes critérios, denominados circunstâncias judiciais no âmbito do Direito Penal. Assim, por exemplo, o Código Brasileiro de Telecomunicações, no seu artigo 84, *caput*, previa a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa. A Lei de Imprensa, no seu artigo 53, ainda prevê a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa; a posição social e política do ofendido; a intensidade do dolo ou o grau da culpa do lesante; a situação econômica do ofensor; a condenação anterior do ofensor em ação penal ou civil fundada no abuso da liberdade de manifestação de pensamento e informação - espécie de reincidência -; e a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou civil, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido. Preocupado com o que denominou de *subjetivismo crônico* das decisões judiciais em matéria de arbitramento do valor pecuniário do dano moral, associado a *valores anacrônicos* resultantes de tal subjetivismo, CARLOS EDISON concluiu: "O que se pode, e deve, indicar, são alguns critérios básicos a orientar a fixação do quanto devido na indenização por dano moral, como a intensidade e a repercussão da ofensa relativamente à vítima e o grau de culpa, ou intensidade de dolo, do agressor. Tais parâmetros representam um conteúdo mínimo, de observação indispensável na quantificação e podem produzir bom efeito se associados a outros critérios determinantes, (...), no sentido de viabilizar **valores** de indenização correspondentes aos **valores** dos bens jurídicos lesionados."[\[48\]](#)

Os critérios que devem ser invocados na primeira fase, destinada à fixação da "sanção-base", não devem se relacionar à pessoa do ofensor, permitindo o cumprimento do papel da compensação[\[49\]](#): "a idéia é fornecer meios à vítima capazes de fazê-la superar a dor provocada (efeito moral), mesmo em casos de responsabilidade por ato lícito, ou seja, se o ato causador do dano extrapatrimonial não fora praticado culposamente, mas o ordenamento jurídico, por razões de conveniência legislativa, impunha, naquela situação-tipo, o dever de indenizar (objetivamente), não há que se dispensar a condenação em verba de dano moral, sendo certo que diante da constatação dos pressupostos exsurge a responsabilidade. Todavia, observar-se-á, quando do cálculo do valor, tão-só o caráter compensatório" [\[50\]](#) Assim, importa considerar, na primeira fase - adstrita aos limites mínimo e máximo, como visto -, apenas as circunstâncias relacionadas ao ofendido e à lesão. Aproveitando as normas do artigo 59, do Código Penal, e do artigo 53, da Lei de Imprensa, devem ser considerados os seguintes critérios para a fixação do valor pecuniário, permitindo atingir a finalidade de compensação do dano: repercussão e gravidade da ofensa[\[51\]](#) ("conseqüências e circunstâncias" da lesão), intensidade do sofrimento do ofendido[\[52\]](#) ("conseqüências" da lesão tendo como relevante a pessoa da vítima), posição social ou política do ofendido[\[53\]](#) ("circunstâncias ou motivos" da

lesão, em casos que envolvam abalo na reputação da vítima, mas não nos casos de atentado à honra subjetiva do lesado), retratação espontânea e cabal, ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, de acordo com os pressupostos legais ("conseqüências" da lesão, uma espécie de arrependimento posterior, gerando a diminuição da dor ou sofrimento do lesado). De maneira mais simplista, na primeira fase devem ser considerados especialmente as conseqüências e circunstâncias da lesão relativamente ao ofendido, e a extensão e a intensidade da lesão. Não se deve considerar como critério da primeira fase a capacidade econômica do ofendido, pois do contrário haveria violação aos princípios e valores solidaristas e de justiça social, como a redução das desigualdades sociais[54].

Relativamente à segunda fase, em que se busca o caráter punitivo da reparação civil do dano moral, devem ser considerados os seguintes critérios: o grau de culpa *lato sensu* do ofensor e a sua capacidade econômica, admitindo o aumento em até três vezes do valor estabelecido na primeira fase. Em outras palavras: há relevância na intensidade do dolo ou culpa do ofensor, bem como de sua posição econômica, para fins de aumento do *quantum debeatur* da reparação do dano moral, daí o aspecto punitivo do dano moral. Evidentemente que em caso de responsabilidade civil objetiva tais critérios não poderão ser considerados: "*Justifica-se o aspecto de punição se, e somente se, houver os pressupostos da responsabilidade civil: dano, nexa causal e, indispensável para este fim, culpa.*"[55]

Assim, diante do aspecto punitivo da reparação civil do dano moral, na eventualidade de sua ocorrência - nos casos de responsabilidade civil subjetiva -, é mister a desconsideração dos limites existentes para a fixação da "sanção-base", podendo esta ser eventualmente triplicada, diante da adoção do processo analógico, integrando a lacuna da lei civil mediante a consideração do disposto no artigo 60, § 1º, do Código Penal. Não há como afastar a finalidade punitiva do dano moral, considerando a indispensabilidade de se efetivar os valores e princípios existencialistas reconhecidos expressamente na Constituição Federal de 1988, servindo como um dos instrumentos para o atingimento do bem-estar social.

Diversamente da orientação que prevaleceu no passado não tão longínquo no Direito brasileiro, "*se justifica a função, ou o papel desempenhado pelo dinheiro na reparação do dano moral, que não apresenta, como nos danos materiais, os característicos de um equivalente, ..., mas sim os de um valor que atenua, ao menos em parte, as conseqüências dos efeitos do dano suportados pela vítima em face da atitude ilegal de outrem - natureza (mista) compensatória e punitiva; ou, na hipótese de responsabilidade por ato lícito - natureza simplesmente compensatória.*"[56] A construção de um sistema de quantificação pecuniária da reparação civil do dano moral, como se pretendeu demonstrar, não pode ficar relegada ao arbítrio dos julgadores, sob pena de gerar o próprio descrédito do instituto diante de iniquidades e da ausência de proporcionalidade e razoabilidade no arbitramento judicial. Deve, sim, haver discricionariedade judicial, tal como tradicionalmente se verificou - e ainda hoje se verifica - no exercício do *jus puniendi* no âmbito do Direito Penal. Assim, para que se proporcione a efetividade da norma constitucional asseguradora do direito à reparação do dano moral, inevitável se mostra a necessidade de sistematização de parâmetros e critérios para a fixação da reparação do dano moral. Não há sentido em se reconhecer o *an debeatur* - direito à reparação - se o *quantum debeatur* - quantificação da reparação - se mostrar inoperante para atender as finalidades de tal reparação. Assim, com o recurso parcial do Direito Penal, naqueles institutos deste ramo do Direito que comportam recepção pelo Direito Civil, é perfeitamente possível o reconhecimento de parâmetros, critérios e fases para quantificação da reparação do dano moral, em plena conformidade com a tábua de valores constitucionais introduzida pela Constituição Federal de 1988. A direta influência do Direito Penal no campo da responsabilidade civil por dano moral foi percebida por TERESA ANCONA LOPEZ, conforme comentário a seguir: "*A responsabilidade civil brasileira toma conceitos do direito penal para que possa chegar à justa indenização, quando se trata de danos à pessoa.*"[57]

Como foi observado na doutrina, "*a reparação do dano moral em nossos tribunais toma, dia a dia, maior envergadura, estendendo-se para além das esferas penal e civil, manifestamente nos âmbitos comercial e trabalhista. Essa tendência parece indicar claramente a exaustão do modelo dogmático da divisão das disciplinas jurídicas e, no ensejo dessa superação, faz vislumbrar novas searas para investigação doutrinária, a partir de construções pretorianas.*"

[58] O trabalho do jurista, como se vê, é complexo, indo desde a criação até a aplicação das normas jurídicas: "*cabe-lhe, no seu desdobramento, localizar as normas válidas, interpretá-las, aferir suas conexões com outras normas, estabelecer os conceitos jurídicos fundamentais, sistematizar aquelas e estes em um todo coerente e ordenado, orientando toda essa atividade*

no sentido da aplicação do direito a uma realidade social.”<sup>[59]</sup> E, como se percebe, o campo envolvendo a reparação do dano moral, inclusive e principalmente na segunda fase de investigação sucessiva, a saber, a sua quantificação, se mostra fértil e amplo para propiciar todo o desenvolvimento de estudos e pesquisas no sentido de dar efetividade à norma constitucional que a reconhece como direito subjetivo privado fundamental da pessoa humana, servindo como importante instrumento para alcançar uma sociedade livre, justa e solidária.

A reparação civil do dano extrapatrimonial se afigura importante instrumento para que se observe e efetivamente se propicie o implemento do fundamento, do valor e do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988: “Poderíamos dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspira a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, da democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí a sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.”<sup>[60]</sup> Assim, somente o respeito, a consideração e a observância da dignidade da pessoa humana poderão sedimentar e estimular o desenvolvimento das virtualidades e potencialidades dos integrantes da sociedade, baseando-se nos valores e princípios solidaristas, existencialistas e humanistas, reconhecidos universalmente, por ocasião do ingresso da civilização humana no terceiro milênio.

Não há como se atribuir maior valor no campo do Direito Civil brasileiro do que aos próprios dizeres do Preâmbulo da Constituição de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais**, a liberdade, a segurança, o **bem-estar**, o **desenvolvimento**, a **igualdade**, e a **justiça** como **valores supremos** de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na **harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a **solução pacífica** das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. Tal frase, expressa de maneira descompromissada no preâmbulo, demonstra quão revolucionária, no melhor sentido da palavra, se apresenta o texto constitucional brasileiro em vigor, promovendo o ingresso de uma nova ordem civil-constitucional no país, daí a necessidade de podermos compreendê-la para que sejamos dignos de sermos por ela protegidos.

## **BIBLIOGRAFIA**

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

FACHIN, Luiz Edson & RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, n. 4, out.-dez. 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Alterações constitucionais e limites do poder de reforma*. São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da & GOMES, Abel Fernandes. *Temas de direito penal e processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 747, jan. 1998.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas Gomes. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto

Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEVADA, Cláudio Antonio Soares. *Liquidação de danos morais*. Campinas, São Paulo: Copola Livros, 1995.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. tir. da 2. ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUIZI, Luiz. *Bens constitucionais e criminalização*, texto datilog. apresentado pelo autor no Curso de Especialização em Direito Penal, promovido pelo Conselho da Justiça Federal em convênio com a Universidade de Brasília, no período de junho de 1997 a agosto de 1998.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito, UERJ. <http://fdiruerj.br.rqi/01/a010804.html> (visitado em 10.03.99).

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. O direito penal e a intervenção mínima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1997.

PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*. 3. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

REIS, Clayton. O dano moral na Constituição de 1988. *Constituição Federal de 1988 - 10 anos*. COLTRO, Antonio Carlos Mathias (coord.). São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 1999.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 4, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abr.-jun. 1998.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do Direito Civil. *Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

#### Notas:

[1] LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. tir. da 2. ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 15.

[2] Tal tema é bem desenvolvido por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho: "*Chega-se, então, ao estágio atual da evolução de nosso direito, já marcado pelo princípio da busca do ressarcimento integral, no qual se afigura o seguinte quadro: reconhece-se, via de regra, o direito, mas os critérios de reparação, ainda não sistematizados, nem sempre lhe garantem efetividade.*" (*Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2).

[3] GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 747, p. 46, jan. 1998. No mesmo sentido, veja trecho de trabalho de Maria Celina Bodin de Moraes: "*a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. (...) Com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa, fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado.*" (*A caminho de um Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito, UERJ. [Http://fdiruerj.br.rqi/01/a010804.html](http://fdiruerj.br.rqi/01/a010804.html) (visitado em 10.03.99)).

[4] VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do Direito Civil. *Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 507.

[5] *Ibid.*, p. 510.

[6] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7.

[7] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 25.

[8] PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*. 3. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 33.

[9] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 13.

[10] FACHIN, Luiz Edson & RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, n. 4, out.-dez. 2000, p. 244.

[11] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 24.

[12] SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abr.-jun. 1998, p. 91.

[13] Para uma melhor visão da evolução histórica da reparação do dano moral no direito brasileiro, remeto o leitor para a minuciosa análise feita por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (*op. cit.*, capítulo I, *passim*).

[14] Sílvio Rodrigues tece vários comentários a respeito do referido julgamento do Supremo Tribunal Federal, observando o seguinte: "O aresto do Supremo Tribunal proclama que vai enfrentar, de novo, a velha questão do ressarcimento do dano moral. E realmente o faz, pois não só focaliza os principais argumentos em favor de sua admissibilidade na doutrina como a justifica no direito positivo vigente e com base no art. 1.533 do Código Civil" (*Direito Civil*. v. 4, 18. ed.. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 196).

[15] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, *op. cit.*, p. 15. O autor analisa a evolução que se operou no período iniciado em 1966, apontando a adoção do critério referente à expectativa de ganhos econômicos futuros e a prestação de alimentos em potencial (lucros cessantes), esclarecendo que se prosseguia a encarar o tema sob a ótica patrimonialista (p. 16-19).

[16] BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 108.

[17] *Ibidem*, p. 109.

[18] STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 456.

[19] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Alterações constitucionais e limites do poder de reforma*. São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 2001, p. 59.

[20] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, *op. cit.*, p. 161.

[21] *Ibidem*, p. 160. No mesmo sentido do texto é a posição de Carlos Alberto Bittar: "... em caso de fixação de quantum como reparação de dano moral, a determinação do valor há que se fazer através de verba dotada de carga impositiva (...) a fim de ganhe efetividade, na prática, o caráter inibidor do sancionamento." (*op. cit.*, p. 74-75).

[22] REIS, Clayton. O dano moral na Constituição de 1988. *Constituição Federal de 1988 - 10 anos*. COLTRO, Antonio Carlos Mathias (coord.). São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 1999, p. 142.

[23] *Apud* LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999., p. 110.

[24] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. I, 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 7.

[25] Nessa linha de pensamento, veja trecho do trabalho de Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira: "As normas penais não podem prescindir, ..., de um elemento essencial à sua natureza: a objetividade jurídica, isto é, a finalidade de proteção de bens fundamentais para a sociedade. Ou seja, normas destituídas de objetividade fundamental podem apresentar uma roupagem ou aparência penal; todavia, jamais podem ser consideradas substancialmente penais, por carecerem do essencial elemento da objetividade jurídica fundamental." (O direito penal e a intervenção mínima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1997, p. 147).

[26] LUISI, Luiz. *Bens constitucionais e criminalização*, texto datilog. apresentado pelo autor no Curso de Especialização em Direito Penal, promovido pelo Conselho da Justiça Federal em convênio com a Universidade de Brasília, no período de junho de 1997 a agosto de 1998, p. 3.

[27] BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 117.

[28] A respeito do tema, mostra-se interessante o raciocínio apresentado por Carlos Alberto Bittar ao cuidar dos planos em que se manifesta a reparação por danos morais: "as sanções penais e civis, a par da origem comum e da sujeição ao mesmo princípio geral, o do *neninem laedere*, apresentam-se com vários elementos de contato, eis que ambas constituem instrumentos jurídicos de ministração de justiça do caso concreto, ou, ainda, modos de reação a comportamentos que transgridem deveres impostos ao convívio social pelo Direito. (...) Ora, em razão da evolução processada na doutrina científica, em ambos os planos (**civil e penal**), vem-se verificando a diversificação de sancionamento, tanto para os casos de prática de delitos e de contravenções, como para os de postulação de danos materiais e morais. (...) Avança-se na direção de sancionamentos mais humanizados para os delitos e inserem-se mecanismos outros de resposta na área da responsabilidade civil, que têm prestação obrigatória de serviços à comunidade, determinado pelo magistrado na prática, o respectivo

lugar comum. Aproximam-se, desse modo, também nesse aspecto, as técnicas reparatórias que o Direito põe a serviço da Justiça.” (op. cit., p. 119-120 e 122).

[29] A respeito do tema, a doutrina enuncia a existência das teorias absolutas, relativas e unitárias, sendo que o saudoso Heleno Cláudio Fragoso, ao examinar o assunto, distinguia os três momentos para apontar o fim da pena: os momentos da cominação (ameaça), da imposição e da execução da pena. E, mais adiante, esclarece o fim da pena no momento da transgressão da norma penal: “*Escopo da pena será aqui mostrar ao criminoso e a todos os criminosos em potencial a efetividade da ameaça, ou seja, aqui também vigoram a prevenção geral e a prevenção especial*” (Lições de direito penal: parte geral. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 290-291).

[30] FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 292.

[31] A doutrina, na sua maioria, aponta a dupla função da reparação civil do dano moral: “*no que concerne aos danos não patrimoniais, não há a possibilidade de perfeita equivalência, de quantificação de um valor em dinheiro para o sofrimento experimentado pela vítima, daí a doutrina referir-se a reparação nestas hipóteses, em função de natureza peculiar à espécie consistente, de um lado, em oferecer à vítima mecanismo compensatório do mal que lhe foi infligido, para que através de uma quantia em dinheiro esta possa obter alguma satisfação, ou compensação que de alguma forma lhe amenize os sofrimentos experimentados, e, de outro, em punir o ofensor pelo dano causado, incumbindo-o de pagamento.*” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, op. cit., p. 111).

[32] Maria Helena Diniz aponta, com precisão, a superação da objeção à reparação civil do dano moral por suposta imoralidade da compensação da dor com o dinheiro: “*as tristezas se compensam ou se neutralizam com as alegrias, porém esses fatores de neutralização não são obtidos pela via direta do dinheiro, pois não se está pagando a dor ou a tristeza, mas sim pela indireta, ensejando valores econômicos que propiciassem ao lesado do dano não-patrimonial algo que lhe desse uma sensação de bem-estar ou contentamento. Imoral e injusto seria deixar impune o ofensor ante graves conseqüências provocadas pela sua falta.*” (Curso de direito civil brasileiro. v. 7. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 77).

[33] Carlos Alberto Bittar apresenta alguns exemplos de casos julgados com a fixação de reparação não-pecuniária: “*publicação de nome do interessado em uso indevido de fotografia; retratação de injúria ou de difamação e exercício de direito de resposta, em danos provocados pela imprensa; realização de nova operação pelo médico que tenha provocado dano estético.*” (op. cit., p. 228-229).

[34] BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 229.

[35] DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 730. E, mais adiante, complementa: “*O dano material nunca é irreparável: dada a sua ocorrência, ou se restaura a situação anterior ou se integra o patrimônio mediante o equivalente pecuniário do desfalque, (...). Com os danos não patrimoniais, todas as dificuldades se acumulam, dada a diversidade dos prejuízos que envolvem e que de comum só têm a característica negativa de não serem patrimoniais.*” (op. cit., p. 730).

[36] LOPEZ, Teresa Ancona, op. cit., p. 98. A autora reconhece a maior complexidade na quantificação do dano moral, ao afirmar: “*Realmente, a dificuldade da estimativa dos sofrimentos espirituais, para posterior fixação do quantum devido pela ofensa, é a pedra de toque de toda a doutrina da reparação dos danos morais.*” (op. cit., p. 99).

[37] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, op. cit., p. 144. O mesmo autor observa a insegurança e as situações iníquas criadas pelos tribunais a respeito da matéria, comentando: “*A referência impõe-se quanto ao chamado bom senso no arbitramento. Diz-se, e talvez aqui se verifique unanimidade nestas fórmulas, que o Juiz deve arbitrar o valor da reparação prudentemente; que se deve valer de critério de razoabilidade; que deve, neste mister, atuar com moderação; que o valor atribuído à vítima deve ser proporcional a seu sofrimento; que tal montante seja suficiente para cobrir-lhe a extensão do dano, mas que não seja fonte de lucro, de enriquecimento; etc. Ora, do que é que está se falando? O que significa cada um destes “modelos de razoabilidade”? ” (op. cit., p. 145). Luiz Roldão de Freitas Gomes, a respeito do tema, assim se posiciona: “*Nesta seara, mais do que nunca, há de reter-se não consistir a responsabilidade civil em fonte de enriquecimento para o ofendido. Os critérios de razoabilidade e proporcionalidade são recomendáveis, para, sem exageros, atingir-se indenização adequada.*” (Elementos de responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 101).*

[38] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da & GOMES, Abel Fernandes. *Temas de direito penal*

e processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 139.

[39] FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.*, p. 335.

[40] No sentido do texto: *"muito mais seguro será, às partes e ao próprio julgador, a fixação pelo legislador de valores pecuniários concretos, que variariam dentro de determinado percentual e que, nessa variação, seriam fixados em face da gravidade objetiva do mal causado ao ofendido."* (LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Liquidação de danos morais*. Campinas, São Paulo: Copola Livros, 1995, p. 75.

[41] A fixação do *quantum* da reparação civil em número de salários mínimos é defendida, com propriedade, por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho: *"o procedimento tendente a fixar o valor da reparação em salários mínimos (...) não atenta contra o dispositivo constitucional que veda a sua vinculação para qualquer fim, pois a ratio da norma constitucional é de lhe evitar a perda do poder aquisitivo, perda que não ocorre em hipóteses de reparação de danos"* (*op. cit.*, p. 154).

[42] AZEVEDO, Plauto Faraco. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 36.

[43] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, *op. cit.*, p. 139-140. O autor transcreveu trecho do trabalho de Renan Miguel Saad que comentou julgado nesse sentido: *"Converteu, o inteligente magistrado, o tempo previsto para pena restritiva de liberdade no seu máximo, que são de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, no valor correspondente ao máximo possível de salários mínimos, que são 5 (cinco), chegando ao total de 1.800 salários mínimos"* (*op. cit.*, p. 140).

[44] *Apud* MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, *op. cit.*, p. 141.

[45] O Superior Tribunal de Justiça, através da Terceira Turma, tendo como Relator o Ministro Costa Leite já reconheceu a admissibilidade de se considerar o critério contido no parágrafo único, do artigo 1.547, do Código Civil: *"Civil. Dano moral. Ofensa à honra. Imprensa. Indenização. Para a indenização por dano moral, não é de exigir-se a repercussão, o reflexo patrimonial, com o que, a rigor, se repararia o dano econômico indireto. Dissídio jurisprudencial superado. Resultando o dano moral de ofensa à honra, nada impede que se recorra ao critério definido no parágrafo único do art. 1.547 do Código Civil, que fornece parâmetro razoável para a fixação de indenização, balizando o arbítrio judicial. Recurso não conhecido."* (REsp 64699-RO, julgamento datado de 19.11.1996, pub. no DJ de 16.03.1998, p. 107).

[46] A hipótese do crime de dano, que não admite a modalidade culposa, representa exatamente a situação que deve ser considerada. A despeito de não ser ilícito penal, o dano culposo pode ensejar a configuração da responsabilidade civil, e, em havendo reflexos no campo imaterial, o juiz poderá arbitrar o valor da reparação do dano moral considerando os limites mínimo e máximo da pena privativa de liberdade do crime de dano, devidamente convertida em valor pecuniário, adotando-se o mesmo raciocínio apresentado quanto ao homicídio. Em sentido contrário ao do texto, apontando a existência de obstáculos quanto à adoção de tal critério, é a posição de Guilherme Couto de Castro, ao enunciar alguns parâmetros de quantificação do dano moral: *"- mais raramente, encontram-se acórdãos aplicando analogicamente o parágrafo único do art. 1.547 do Código Civil, trabalhando com a multa criminal média, associada à variante dias-multa do direito penal. Esse critério encontra o obstáculo de dizer respeito exclusivamente a crimes e, tendo em vista encerrar possibilidade de montantes mais elevados, é problemática sua adoção se apenas ocorrer o ilícito cível."* (*A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 25).

[47] É farta, atualmente, a jurisprudência nacional no sentido do reconhecimento da autonomia e independência dos danos moral e material, podendo ser enunciada a Súmula 37, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual *"são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundas do mesmo fato."* Apenas para ilustrar tal orientação, oportuna se faz a transcrição da ementa de Julgado da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relator o Ministro César Asfor Rocha: *"Civil. Danos patrimoniais e moral. Cumulatividade. A indenização do dano patrimonial objetiva recompor as perdas materiais sofridas, de tal sorte que a situação econômica da vítima retorne ao status quo ante a lesão. Já no atinente ao dano moral, o que se atribui ao lesado é uma mera compensação, uma satisfação, um consolo, para amenizar o pesar íntimo que o machuca e amainar a dor que o maltrata. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato (Súmula 37/STJ). Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido."* (REsp 68845-MG, julgamento datado de 05.08.1997, publicado no DJ de 13.10.1997, p.



51595).

[48] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, *op. cit.*, p. 147.

[49] Como bem acentua Carlos Alberto Bittar, *"não escapam à necessidade de compensação quaisquer danos de cunho moral, independentemente de suas proporções, ou de suas projeções, cumprindo ao lesante a adoção das providências tendentes à sua satisfação. É, pois, no interesse dos lesados que se edificou a teoria em análise, com que se deseja, em resposta ao mal suportado, devolver-lhes o estado d'alma normal, ou, pelo menos, minorar-lhes conseqüências negativas de ações alheias injustas."* (*op. cit.*, p. 113).

[50] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, *op. cit.*, p. 153.

[51] Em matéria de lesão estética, Teresa Ancona Lopez, ao enunciar as diretrizes para se padronizar a estimativa do dano moral decorrente da lesão, incluiu a gravidade objetiva do dano: *"Aqui se trata da extensão material do prejuízo do caso particular. Tratando-se de lesão permanente, como é a do dano estético propriamente dito, terá de observar que tipo de deformidade abaterá mais a pessoa pela sua vida afora."* (*op. cit.*, p. 101).

[52] A importância da existência de critérios se revela pela possibilidade de identificação de arbítrio (ou não) nas quantificações da reparação do dano moral. Um exemplo de tal importância pode ser apontado no julgamento do REsp 87719-RJ, em que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso para reduzir o valor inicialmente fixado a título de reparação do dano moral: *"Dano moral. Indenização. Arbitramento. Possível, em tese, rever o valor da indenização em recurso especial. Assim, quando se mostra evidentemente exagerada, distanciando-se das finalidades da lei que não deseja o enriquecimento de quem sofreu a ofensa. Possibilidade, ainda, de conhecimento pelo dissídio, cotejando-se o valor com o estabelecido para outras hipóteses. Hipótese em que se impunha a redução do valor fixado, tendo em vista que o constrangimento sofrido pelo autor não foi muito significativo."* (Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgamento datado de 24.03.1998, publicado no DJ de 25.05.1998, p. 98).

[53] Nas precisas observações de Carlos Alberto Bittar, *"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 reparação"* (*op. cit.*, p. 227). No mesmo sentido, cuidando da lesão estética, Teresa Ancona Lopez aponta as circunstâncias particulares do ofendido como um dos critérios a ser levado em conta: *"Aqui teríamos que ter em conta o sexo, a idade, as condições sociais, a profissão, a beleza: 'o atentado à estética será tanto mais grave quanto mais bela for a vítima'"* (*op. cit.*, p. 101).

[54] Com bastante precisão, anota Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho: *"... como todos são iguais perante a lei, não há que se falar em reparação maior para o mais rico e menor para o mais pobre, em tema de dano moral. Isto porque, do ponto de vista exclusivo da vítima, quanto maior a indenização, melhor a composição de seu "prejuízo"."* (*op. cit.*, p. 150-151). Há Julgado do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que, ao enunciar os critérios para arbitramento da verba da reparação do dano moral, incluiu a capacidade econômica dos ofendidos: *"III - Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e as peculiaridades de cada caso."* (REsp n. 135202-SP, julgamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, pub. no DJ de 03.08.1998, p. 244).

[55] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, *op. cit.*, p. 152.

[56] *Ibidem*, p. 170-171.

[57] LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 107.

[58] REIS, Clayton, *op. cit.*, p. 135.

[59] AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 30.

[60] SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 92.