

A quantificação do dano moral compensatório: em busca de critérios para os arts. 5º, V e X, da CF/88

Alexandre Pereira BONNA*

Pastora do Socorro Teixeira LEAL**

RESUMO: Reflete sobre o conceito do dano moral, discorrendo sobre a justiça corretiva na tarefa da quantificação da indenização. Apresenta o conteúdo de alguns bens jurídicos que uma vez violados geram direito à indenização por dano moral. Discorre sobre o desafio de critérios para a quantificação do dano moral em face da omissão legislativa. Constrói parâmetros que possam auxiliar o juiz na quantificação da indenização por dano moral.

PALAVRAS-CHAVE: Dano moral; justiça corretiva; quantificação; bens jurídicos existenciais; omissão legislativa.

SUMÁRIO: Introdução; – 1. O conteúdo de alguns interesses relacionados ao dano moral; – 2. Critérios para a quantificação sob o viés compensatório; – Conclusões.

TITLE: *The Quantification of Compensatory Damages: in Search of Criteria in the Light of Brazilian Constitution*

ABSTRACT: *Reflects on the concept of moral damage, discussing corrective justice in the task of quantifying compensation. It presents the contents of some legal assets that once violated generate the right to compensation for moral damages. It discusses the challenge of criteria for the quantification of moral damages in the face of legislative omission. It constructs parameters that can assist the judge in the quantification of compensation for moral damages.*

KEYWORDS: *Moral damage; corrective justice; quantification; existing legal rights; legislative omission.*

CONTENTS: *Introduction; – 1. The content of some interests related to moral damage; – 2. Criteria for quantification under the compensatory viest; – Conclusion.*

Introdução

A presente pesquisa identifica um paradoxo na tarefa dos agentes do direito em quantificar o dano moral, pois, embora a Constituição Federal de 1988 seja uma rica fonte normativa de interesses existenciais dignos de proteção pelo dano moral (imagem, honra, dignidade,

* Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará, com sanduíche na *University of Edimburgh*. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor da Universidade da Amazônia, Faci-Wyden e Escola Superior de Advocacia da OAB/PA. Professor Orientador das Ligas Acadêmicas LAJUPA e LAJURE no Grupo de Pesquisa Danos à Pessoa Humana. Advogado.

** Pós Doutora em Direito pela Universidade de Carlos III (Madrid). Doutora em Direito pela Pontificia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora da Universidade Federal do Pará e da Universidade da Amazônia. Desembargadora do TRT da 8ª Região.

saúde, vida, igualdade, liberdade), enfrenta-se cotidianamente um grande desafio em matéria de valoração do dano moral, visto que para tal tarefa não há regulamentação legal, nem mesmo a Constituição Federal de 1988 estabeleceu critérios mínimo ou máximos, como se percebe da leitura do artigo 5º, incisos V e X:

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Neste aspecto, a mensuração do *quantum* indenizatório deve ter harmonia com a magnitude do dano sofrido pela vítima, de modo a realizar a justiça corretiva propugnada pela responsabilidade civil, eliminando o dano imerecido, tarefa esta que no dano material corresponde ao desfalque patrimonial e não demanda maiores digressões, mas em se tratando de dano moral a “anulação” da perda imerecida se dá de modo aproximativo, compensando-a.

Contudo, em se tratando do dano moral, tal tarefa se mostra pífia se os únicos parâmetros que o julgador tiver forem os valores abstratos, sendo imperioso o conhecimento de bases para que o valor da indenização por dano moral cumpra com maior grau de justiça o papel de eliminar o dano injusto, o que envolve a investigação da gravidade, intensidade, duração do dano e a compreensão da efetiva repercussão do dano dentro dos complexos projetos, valores e relacionamentos de cada pessoa.

Destarte, diante da abstrata cláusula geral de proteção de danos à pessoa humana, poder-se-á construir espaços argumentativos de raciocínio prático para um maior grau de justiça da responsabilidade civil quanto à função de eliminar perdas injustas no campo existencial por meio do que se convencionou chamar de compensação do dano moral, que é uma forma aproximada de anulação do desequilíbrio injusto causado.

A justificativa moral da responsabilidade civil remonta à classificação da justiça de Aristóteles em “Ética a Nicômaco”, onde se acentua que existe uma justiça geral, relativa à consecução do bem comum de forma ampla, e a justiça particular. Dentro da justiça particular, tem-se, de um lado, a justiça distributiva, entendida como o conjunto de exigências de colaboração que intensificam o bem-estar, e, de outro, a justiça corretiva,

responsável por recompor o equilíbrio nas relações entre particulares, pois, sendo as transações interpessoais uma espécie de igualdade, eventual desigualdade injusta deve ser igualada pelo juiz da seguinte forma: “ele retira a diferença pela qual uma das partes se beneficiou. E quando o todo for igualmente dividido, os litigantes dizem que receberam ‘o que lhes pertence’ — isto é, receberam o que é igual”.¹

Portando, em um sentido amplo, dano é a violação a um interesse, patrimonial ou existencial, concretamente merecedor de tutela jurídica, entendido como aquele que historicamente foi construído por uma comunidade política como digno de proteção, de modo que não existe rol de interesses jurídicos pretensamente válido para todos os casos,² havendo uma verdadeira cláusula geral de reconhecimento de danos a partir dos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002 (Lei Federal n. 10.406/2002, de agora em diante CC/2002), que asseveram que aquele que causa dano a outrem comete ato ilícito e fica obrigado a reparar o dano, sem identificar como identificar o dano merecedor de tutela.

Enquanto o dano material é a violação a um interesse patrimonial digno de tutela, o dano moral é a violação a um interesse existencial merecedor de proteção jurídica.³ E, neste cenário um sem número de valores existenciais protegidos pelo direito surgem para embasar o chamado dano moral, como por exemplo a dignidade humana (art. 1º, III, CF/88); vida, liberdade, igualdade, intimidade, vida privada, honra, imagem (art. 5º, caput e incisos V e X, CF/88); fraternidade e solidariedade (preâmbulo e art. 3, I, CF/88); saúde física e mental (art. 196, CF/88); os direitos da personalidade, como o corpo, a vida, o nome e a vida privada (arts. 11 a 21 do CC/2002) dentre outros que são corolários dos mesmos, como o interesse ao projeto de vida – que advém como consequência direta da liberdade porque por ato injustificado de outra pessoa, a vítima deve refazer o curso de sua vida que já estava bem delineado por sua autodeterminação e escolhas visando a um fim - e o direito à paz, sossego e tranquilidade – que se extrai a partir do valor da saúde mental.

Um grande desafio envolvendo o dano moral diz respeito à quantificação. E, nesse desiderato, há dois critérios que podem fundar bases para estabelecer o chamado

¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco: Poética/Aristóteles*. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradutores Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. 4º ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991, p. 104/105.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 232.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 296.

“quantum indenizatório”. Por uma via, há parâmetros para a indenização punitiva (*punitive damages* do direito anglo-saxão), também chamada no Brasil de indenização pedagógica, preventiva ou educativa, que não será objeto do presente trabalho, a qual visa a formular valor maior do que o suficiente para compensar o prejuízo de modo a desestimular a conduta do ofensor e de outros potenciais perpetradores de danos.

O critério punitivo/preventivo/pedagógico/educativo tem como foco não a gravidade do dano em si mesmo, mas principalmente o grau de censurabilidade da conduta realizada pelo réu, avaliando, dentro outros fatos, os seguintes: a) se houve dano físico; b) se a vítima é vulnerável; c) se a conduta é reiterada; d) se a conduta do ofensor foi marcada por alto grau de desprezo; e) se o dano é de pequena monta e perpetrado em larga escala a ponto de existir o risco de o ofensor não pagar por todo o mal que fez perante outras vítimas, dentre outros.

O outro viés para o estabelecimento do valor indenizatório do dano moral, este sim dentro da alçada da presente pesquisa, é o critério da indenização compensatória, a qual tem por principal tarefa a clássica função da responsabilidade civil centrada na justiça corretiva: a de eliminar o dano injusto, nem que seja de forma aproximativa (visto que os bens existenciais não vendem em prateleiras e não podem ser objeto de entrega de um bem equivalente), aprofundando a repercussão do dano na vida da vítima a partir de elementos que serão detalhados no presente trabalho, que tem por objetivo explanar o que a doutrina brasileira e estrangeira já desenvolveu no tocante a critérios para a quantificação do dano moral, assim como apresentar a contribuição original desta pesquisa.

O problema a ser enfrentado pelo artigo é como justificar racionalmente decisões que quantificam dano moral se o ordenamento jurídico não fixa parâmetros máximos nem mínimos, nem tampouco uma fórmula que possa pôr o jurista em posição mais prática. E, como se não bastasse, há um agravante relacionado ao fato de estar-se lidando com bens existenciais necessários à integral realização humana que se manifestar em múltiplas intensidades na vida das vítimas, mesmo que abstratamente considerado o dano seja o mesmo, como a diferença de quantum indenizatório que deve existir entre compensação da perda da perna de um escritor em comparação com a perda de um esportista.

Por este motivo, rechaça-se a prática judiciária voltada para uma fixação do “quantum” indenizatório de forma automática em total desconsideração as múltiplas formas de

realização humana a partir da interpretação da vida como eventos simples, isolados e episódicos, avaliando o valor da indenização compensatória tendo por base apenas os fatos necessários para caracterizar a responsabilidade, porém deixando de lado a investigação de fatos que possibilitem a fixação de um valor justo o suficiente para reestabelecer o equilíbrio na vida da vítima.

No primeiro momento, a pesquisa apresentará o conteúdo de alguns bens juridicamente protegidos que uma vez violados caracterizam o dano moral indenizável, trabalhando alguns critérios de quantificação pontuais. Em seguida, buscará elementos teóricos da dogmática brasileira e estrangeira, a partir de fontes bibliográficas e jurisprudenciais para traçar um panorama do atual estado da arte no tocante à quantificação do dano moral, buscando aportar a posição do autor, tecendo comentários críticos acerca do método bifásico construído pelo STJ e da reforma trabalhista no tocante à quantificação do dano moral.

1. O conteúdo de alguns interesses relacionados ao dano moral

Inúmeros interesses existenciais juridicamente protegidos estão permeados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se imperioso que o jurista da responsabilidade civil conheça o conteúdo mínimo (o ponto de partida) ou aspectos centrais e basilares de cada um desses interesses. A seguir, serão apresentados sucintamente os interesses mais comuns de serem violados no bojo das práticas sociais, sob a visão deste autor, considerando que as hipóteses de cabimento do dano moral estão envolvidas em uma cláusula aberta, não passível de taxatividade. Em relação à estrutura deste tópico, a apresentação envolverá o esboço teórico do conteúdo, análise acerca de alguns parâmetros de quantificação e exposição de alguns exemplos.

Assevera-se que o estudo do dano moral não é afeito a bens jurídicos alocados em compartimentos, porque é muito comum que diversos bens jurídicos existenciais sejam atingidos em um único acontecimento. Ofensas cotidianas a alguém como “desonesto” atingem o bem jurídico honra subjetiva e integridade psíquica; a tortura de alguém para dizer algo fulmina o bem jurídico da integridade física e da integridade psíquica; longas esperas em banco, companhia aérea ou ao telefone para cancelar serviço ou obter informação viola o bem jurídico relacionado ao tempo, mas também a integridade

psíquica; uma criança que é eletrocutada em uma cerca elétrica que despenca sobre defeito físico, mas também perturbação psíquica, revelada pela dor, traumas, sofrimentos.

1.1. Igualdade

De inúmeras formas a violação do direito de igualdade (art. 5º, caput e inciso I, CF/88) pode gerar dano moral indenizável, visto que a CF/88 repudia qualquer forma de discriminação, estabelece o racismo como crime inafiançável, sendo intolerável qualquer conduta que denote preconceito por origem, raça, posição política, condição social, doenças, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, no bojo das práticas sociais as pessoas físicas e jurídicas têm direito de realizarem preferências, distinções, exclusões ou restrições, mas não podem estar calcadas em cor, sexo, religião, origem étnica, condição social, idade, dentre outras, desde que devidamente justificadas, como no caso da legislação que determina que a mulher deve carregar menos peso que o homem e a que estipula idade mínima para obter habilitação de motorista.

Na ocasião de ter sido violado o interesse de ser tratado com igualdade, alguns parâmetros são importantes para uma justa fixação do dano moral, como se a violação expôs o ofendido de forma negativa perante outras pessoas; o nível do sofrimento; a duração da ofensa; a existência de irreversibilidade e a repercussão na vida posterior da vítima, etcetera.

Desta feita, fora de hipóteses adequadamente justificadas - como requisitos de idade e teste físico para determinados cargos, de idoneidade financeira para contratos, de especialidade em determinada área - tratamentos desiguais violam frontalmente valor existencial protegido pelo direito, fazendo *jus* a vítima à indenização por danos morais, como nos casos expostos a seguir: a) empregado demitido por ser portador de HIV; b) mulher demitida por ser bonita e atrair homens; c) estagiário não aprovado em seleção por possuir tatuagem;

1.2. Cuidado em razão de vínculos de parentesco

Outro interesse digno de proteção é o das crianças e adolescentes de terem as fases da vida, escolhas, conhecimentos e afetos com participação significativa dos pais, por força dos deveres inerentes ao poder familiar, que exigem que os pais dirijam a criação e educação e

os tenham em sua companhia. Deste modo, trata-se de um interesse que não é monetário, mas é digno de tutela jurídica, no sentido de que não podem ser jogados de escanteio por força das pretensões individuais de seus pais, que decidirem comportar-se de forma insensível e asséptica para com o desenvolvimento da personalidade e construção de projetos dessas pessoas (crianças e adolescentes).

Houve um tempo que no Brasil a entidade familiar, nas relações entre marido e mulher, pais e filhos, era considerada imune para fins de dano moral, no sentido de o Judiciário intervir o mínimo possível, motivo pelo qual “até a segunda metade do Século XIX, foi negativa a doutrina sobre a possibilidade de indenizar por danos e prejuízos quando o fato lesivo ocorria na família”.⁴ Contudo, essa blindagem da família e a intensa autonomia da vontade de cada um de seus membros, livres de qualquer forma de responsabilização, passou a ser ultrapassada, considerando a equiparação entre todos os filhos, fora ou dentro do casamento; o reconhecimento da união homoafetiva; a igualdade referente ao exercício do poder familiar do homem e da mulher; o valor máximo da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico. Assim, a responsabilidade civil, visando a impor padrões de conduta desejáveis e a compensar danos injustos, deve atuar também no seio de famílias que passam por situações danosas e perturbadoras.

Acerca desse interesse protegido das crianças e dos adolescentes, na decisão do Recurso Especial n. 1159242, publicado dia 10/05/2012, a partir da análise do dever de cuidado como dever legal (art. 227 da CF/88), a Ministra Relatora Nancy Andri ghi fixou o entendimento de que havendo descumprimento desse dever se manifesta uma conduta ilícita, e, portanto, surge o dever de indenizar os prejuízos sofridos. Nesse sentido, o julgado estabeleceu que uma vez comprovado o descumprimento da imposição legal de cuidar da prole trata-se de claro ilícito civil, sob a forma de omissão (*non facere*), que atinge um bem juridicamente tutelado (criação, educação e companhia), surgindo a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo.

Destaca-se que também é um interesse juridicamente protegido o dos pais idosos ou em situações de saúde delicadas serem assistidos pelos filhos, se aplicando analogicamente o mesmo raciocínio para condenar filhos insensíveis e ausentes da vida dos pais quando estes mais precisam. Por esse motivo, diz-se que a responsabilidade civil por abandono

⁴ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5^o ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 214.

afetivo (pais em relação aos filhos e filhos em relação aos pais) tem como fundamento também o princípio da solidariedade social, que não deve ser vista apenas como parâmetro para políticas públicas e produção de leis, mas também para a interpretação e aplicação do Direito.

Dentre os critérios para aferir o *quantum* indenizatório, nota-se a duração do abandono afetivo, podendo variar de poucos meses até uma vida inteira; a repercussão do abandono nos projetos de vida; a vergonha decorrente da absoluta ausência dos pais em momentos importantes; a magnitude do sofrimento corolário da falta de um dos pais durante uma fase da vida; a idade do ofendido; a forma que o abandono se manifestou, variando de abandonos brandos até mais graves.

Como exemplos, é possível sublinhar a) pai que não se faz presente em datas comemorativas; b) pai que decide morar em outro país sem continuar mantendo contato; c) pai que nunca se faz presente em consultas médicas, reuniões de colégio e atividades esportivas; d) pai que não exerce o direito de visitação; e) pai que nunca realizou momentos de lazer e descontração; f) filhos que menosprezam os pais em asilo ou em hospital; g) filhos que negam assistência moral ou material para os pais em momentos de necessidade.

1.3. Vida e não exposição ao perigo

Antes de adentrar no conteúdo do direito à vida, cabe uma digressão acerca da magia e beleza que circunda tal bem jurídico. Em primeiro lugar, a vida é anterior ao seu próprio reconhecimento pelo Estado, é primária e condição para o exercício de todos os direitos: “somente a pessoa viva, em sua realidade radical, pode ter outros direitos, já que nenhum outro direito pode ser exercido por cadáveres. Quando se afirma sobre o direito a uma vida estão sendo colocados todos os demais direitos”.⁵

O direito à vida também fundamenta, em meandros mais específicos, outros bens jurídicos que possibilitam a indenização por dano moral, como a exposição ao perigo, a integridade psíquica, a integridade física e o afetivo por parentes próximos, bens estes que decorrem em maior ou menor grau do gravame a um bem mais amplo, que é a vida.

⁵ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5^o ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 180.

O ser humano possui um misto entre animalidade e humanidade visto que é detentor de massa corporal e anatômica, contudo, também carrega consigo a racionalidade, que não se faz presente nos demais animais, porque tem a capacidade observar, compreender generalidades teóricas e bens como a justiça, entender sua vida e de outros seres humanos, para então optar o caminho que deseja seguir, de forma única e peculiar, decidindo constantemente não segundo uma natureza dada, mas sim orientando segundo suas próprias deliberações.⁶

Nesse sentido, a vida humana é um verdadeiro espetáculo narrativo, contrastando com a vida dos animais irracionais, visto que o ser humano nasce absolutamente peculiar em relação aos demais, compreende o meio em que vive no tempo e no espaço, traça projetos únicos e os persegue conscientemente. Por esse motivo, a vida não lhe é dada feita, mas o ser humano, cada ser, deve fazê-la dentro dos limites temporais e espaciais dentro da comunidade na qual está inserido, como explica Antônio Jeová Santos:

A vida é intransferível, incomunicável e indelegável. Ao homem lhe é dado o que nenhum ser até então havia recebido: a faculdade de reger-se por si mesmo, de eleger entre instâncias opostas, em suma, de fazer-se. É um sujeito único, irrepetível e distinto.⁷

A vida implica um contínuo decidir o que cada um tem que fazer; o ser humano elabora seus planos racionais de vida e os persegue. Esta complexidade que forma a vida torna esse bem tão caro na ordem jurídica em uma dupla dimensão: ninguém pode indevidamente ceifar a faceta biológica e anatômica do ser humano, que constitui bem da mais alta importância em razão da sua irrecuperabilidade; ninguém pode obstruir o caminho/projeto traçado por cada ser humano, que livremente - diante de suas qualidades pessoais, do meio em que vive, das oportunidades que surgem e de seus talentos e dons - traçou um itinerário único e exclusivo seu, motivo pelo qual obstáculos indevidos nos projetos de vida de cada um se revelam como violação não apenas do direito à liberdade, como visto anteriormente, mas também do direito à vida em um sentido amplo.

⁶ FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Oxford University Press. Londres: 2008, p. 176/186.

⁷ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 175/176.

Deste modo, a interpretação ampla do direito à vida, previsto expressamente no art. 2º do CC/2002 e art. 5º, caput, da CF/88, traz consigo diversas exigências, como o dever negativo, de não violar o direito à vida, utilizando-se de condutas positivas; o dever, também negativo, que obriga a não impedir o pleno desenvolvimento da vida, em quaisquer de suas manifestações, deixando fazer livremente ao titular dela; o dever positivo de manter a vida alheia (por exemplo: satisfazer- por parte do Estado - prestações concretas para proteger a vida, através de medicamentos e tratamentos); o dever de informar (o médico ou estabelecimento hospitalar), ao enfermo, de todas as consequências (positivas e negativas) do tratamento, ou aplicação de medicamentos, tenha caráter experimental ou não.⁸

Deixa-se de comentar exemplos de violação do direito à vida e aspectos de quantificação posto que a violação do interesse jurídico do projeto de vida será tratada no tópico da liberdade e as violações dos interesses relacionados à integridade física, integridade psíquica e perda de ente querido serão detalhadas adiante, em espaço próprio. Infelizmente, em um sentido mais estrito, uma vez ceifada a vida em sua inteireza, nada há que se discutir em termos de direitos da vítima fatal, que padeceu de um dano irreversível e definitivo.

Destarte, somente interesses que tangenciam a vida mediatamente/indiretamente possuem relevância para fins de dano moral, como projeto de vida, integridade física e psíquica e perda de ente querido, pois “embora a morte seja a maneira mais radical e absoluta do detrimento a este bem superior que é a vida humana, outros bens existem que, apesar de atingirem a pessoa em menor dimensão, também merecem absoluto resguardo”.⁹

Duas exceções podem ser apontadas para o que foi afirmado acima. A primeira diz respeito às ações que pediram indenização por dano moral em razão da falta de pagamento de pensão alimentícia, o que é um interesse juridicamente protegido que está umbilicalmente ligado à vida, ou melhor, à necessidade de manutenção da vida a partir do cumprimento de obrigações relativas à prestação de alimentos, que põem em xeque um existência digna

⁸ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 179.

⁹ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 203.

com o mínimo de apoio material daqueles que têm obrigação para tanto.¹⁰ Analogicamente, tem-se o cabimento da indenização por dano moral que decorre do atraso no pagamento de salários ao empregado.¹¹ Em ambas as hipóteses, exige-se que o atraso não seja um evento isolado, mas sim se constitua de forma reiterada e ultrajante.

A segunda, está relacionada à afronta à vida sem ceifá-la, na chamada exposição ao perigo, que se caracteriza pela criação de um perigo concreto a outras pessoas, como no caso de motorista sem habilitação que participa de racha; parque de diversões que não realiza as manutenções preventivas; construtora que entrega empreendimento com vazamento de gás; empresa de construção civil que não compra equipamentos de proteção do trabalho para os seus empregados; explosão em boate ou posto de gasolina; empregado contratado para ser motorista, mas que acaba por ser designado para transportar valores altos sem o mínimo de segurança; queda de fio de alta tensão próximo a pedestres; exposição de trabalhadores a condições perigosas de trabalho, como um motorista que repentinamente foi designado para transportar valores sem o aparato de segurança necessário. Em todos esses exemplos, embora a vida ou integridade física não seja ceifada, todas as pessoas expostas ao perigo farão jus ao recebimento de indenização por danos morais por se tratar de situação concretamente lesiva à vida em seu sentido amplo, tratando-se de clara violação de um bem juridicamente tutelado. Como se não bastasse, inúmeros diplomas legais corroboram para tal interpretação:

¹⁰ Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no bojo do Recurso Especial n. 087.561/RS, com acórdão publicado dia 18/08/2017, de Relatoria do Ministro Raul Araújo, que assim asseverou: “a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material do filho gera danos morais, passíveis de compensação pecuniária. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a condenação em danos morais do pai que deixa de prestar assistência material ao filho. Inicialmente, cabe frisar que o dever de convivência familiar, compreendendo a obrigação dos pais de prestar auxílio afetivo, moral e psíquico aos filhos, além de assistência material, é direito fundamental da criança e do adolescente, consoante se extrai da legislação civil, de matriz constitucional (Constituição Federal, art. 227). Da análise dos artigos 186, 1.566, 1.568, 1.579 do CC/02 e 4º, 18-A e 18-B, 19 e 22 do ECA, extrai-se os pressupostos legais inerentes à responsabilidade civil e ao dever de cuidado para com o menor, necessários à caracterização da conduta comissiva ou omissiva ensejadora do ato ilícito indenizável. Com efeito, o descumprimento voluntário do dever de prestar assistência material, direito fundamental da criança e do adolescente, afeta a integridade física, moral, intelectual e psicológica do filho, em prejuízo do desenvolvimento sadio de sua personalidade e atenta contra a sua dignidade, configurando ilícito civil e, portanto, os danos morais e materiais causados são passíveis de compensação pecuniária”.

¹¹ Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Agravo Interno em Recurso de Revista, com acórdão publicado dia 30/11/2011, de Relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, asseverou “Embora a jurisprudência, regra geral, considere incabível a indenização por danos morais em face de esporádicos atrasos nos pagamentos salariais do obreiro, essa tendência não é absoluta. Evidenciado nos autos que a lesão se tornou grave, por ser reiterada, atingindo a estabilidade emocional da pessoa humana trabalhadora e afetando seu prestígio e imagem na comunidade, emerge a regra constitucional e legal reparadora do malefício, consistente na indenização pela afronta ao patrimônio moral e psicológico do obreiro”.

Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

Art. 8º. Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Art. 12. (...)

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera.

Código Penal (Decreto n. 2.848/1940)

Perigo de contágio venéreo

Art. 130. Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Perigo de contágio de moléstia grave

Art. 131. Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Perigo para a vida ou saúde de outrem

Art. 132. Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto n. 5.452/1993).

Art. 189. Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Clarividente está o acolhimento da não exposição ao perigo como um interesse existencial protegido pelo Direito. Nessa linha, assim como ocorre com o uso de imagem não autorizada ou com a intromissão na privacidade da vítima, que a violação do direito não necessita de nenhuma outra consequência lesiva, aqui também em relação à vida, bem

inclusive hierarquicamente superior aos demais, não precisa a mesma ser vilipendiada, o leite ser derramado, para o direito à compensação por danos morais. O atentado concreto contra a vida, por si só, revela o dano-evento e o dano-prejuízo.

1.4. Integridade física

O interesse de ter a saúde (normal funcionamento do corpo) ou integridade corporal (composição anatômica do corpo) invioláveis por ato de outrem¹², normalmente chamado de dano estético pelos tribunais brasileiros, se caracteriza como alteração ou diminuição da integridade física da pessoa de forma permanente ou duradoura¹³, possuindo como sustentáculo o art. 5º, caput (direito à vida), e o art. 196 (direito à saúde), ambos da CF/88.

Cabe salientar que o dano moral decorrente da violação do interesse relacionado à saúde ou integridade corporal pode se manifestar tanto quando ocorre transmissão de doenças e negligência médica que agrava o estado do paciente quanto quando a vítima perde alguma parte interna ou externa de seu corpo por ocasião de acidente, agressões ou falha de profissionais da saúde.

A quantificação do dano moral para estes casos deve levar em conta a duração ou intensidade da dor/sofrimento, a extensão da sequela ou da piora da saúde, o enfeamento externo, a inviabilidade de prosseguir com determinada profissão, prejuízo de atividades sexuais ou atividades cotidianas, necessidade de cirurgias, necessidade de acompanhamento profissional ou medicamentos após a lesão, a extensão temporal da lesão ou do estado ruim de saúde, perda do prazer de realizar determinadas atividades, “su implicancia en la vida de relación, y en el proyecto de vida del perjudicado, la reducción de las expectativas de vida que genera, la forma y modo en que se produjo el hecho lesivo”.¹⁴

É salutar conceder uma atenção maior quanto ao parâmetro da perda do prazer e da relação, ambos de um certo modo entrelaçados, pois muitas vezes o vilipêndio da saúde ou da anatomia do corpo ocasiona o desestímulo de a vítima realizar atividades que lhe proporcionavam satisfação/prazer/descontração, como por exemplo impedido de tocar um

¹² PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Hammurabi: Buenos Aires, 1996, p. 490.

¹³ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 271.

¹⁴ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Hammurabi: Buenos Aires, 1996, p. 492.

instrumento, “praticar esportes, não poder dançar, não poder se locomover e realizar uma viagem de passeio, perda do olfato/gosto/visão que retiram o prazer de sentir o cheiro agradável de certos perfumes e da comida”.¹⁵

Como se não bastasse, danos morais de tal natureza também podem afetar os laços sociais construídos pela vítima. Portanto, sabe-se que para que as pessoas alcancem seus propósitos, é imprescindível que construa pontes de relacionamentos onde possa trocar experiências e conhecimento, relações estas que vão desde a família e a vizinhança até o clube, o trabalho e a roda de bar. Estas relações são constituídas ao longo da vida tendo como razões o amor, a política, religião, trabalho, estudo, arte, dentre outras.

Além da perda de relação e do prazer de realizar determinadas atividade, o dano estético também pode afetar um projeto de vida, que tem seu sustentáculo maior no próprio interesse jurídico da liberdade, posto que todos os seres humanos possuem o direito à inviolabilidade injustificada dos caminhos, sonhos e planejamentos traçados. Assim, um menoscabo anatômico ou relacionado à saúde pode gerar alteração injusta do curso da vida de alguém, como no caso de um estudante de direito que faz parte de grupos de pesquisa de direito criminal e sonha em ser um grande advogado de júri, e vem a perder a voz por ato injusto de outrem, o que fulmina a realização de uma vocação e aspiração.

1.5. Integridade psíquica

Como corolário do direito à uma vida plena (art. 5º, caput, CF/88) e à saúde (art. 196, CF/88) vem o direito à inviolabilidade da integridade psíquica do ser humano, compreendido como o direito de não sofrer, por ato de outrem, diminuição de seu bem-estar e equilíbrio mental. Sabe-se que desde a infância até os últimos anos de vida, para uma vida bem vivida, as pessoas necessitam de um padrão mínimo de alterações de humor, estresse, aborrecimentos, enfurecimentos, descontentamentos, frustrações, irritações, agonias, sossego e paz.

Logo, uma vez que por ato de outrem o ser humano seja colocado em situação que em condições normais da vida em sociedade acarretem um agigantamento desmedido de estresse, aborrecimentos, enfurecimentos, descontentamentos, frustrações, irritações,

¹⁵ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 69.

agonias e falta de paz, mesmo que inexista violação à integridade física, estar-se-á diante de um menoscabo de cunho psíquico, que ocasiona danos à pessoa humana passíveis de compensação por danos morais.

Dentre elementos importantes para aferir o valor indenizatório destaca-se a intensidade e duração do dano; a magnitude do desequilíbrio psíquico no caso concreto; a afetação do dano na vida pessoal, profissional ou lúdica da vítima; se a vítima se encontrava em situação de vulnerabilidade; a perda de tempo que o dano ocasionou ao ofendido, dentre outros.

Como exemplos de situações ensejadoras de dano moral por violação à integridade psíquica, segue: a) espera por mais de 4 horas em fila de banco; b) falha no serviço que demandou diversas idas do consumidor ao fornecedor para resolver o vício; c) dezenas de ligações para obter cancelamento de serviço ou informação; d) festas corriqueiras com música alta da casa do vizinho; e) constantes ameaças de colega de trabalho, empregador ou namorado(a).

1.6. Honra

O direito à honra, previsto no art. 5º, inciso X, da CF/88, está ligado à preservação em nível social e individual dos aspectos que dizem respeito à reputação que a pessoa tem de si e perante os outros, motivo pelo qual o direito à honra pode ser transgredido de duas formas distintas: a) pode ferir a auto valoração que cada um tem de si mesmo enquanto ser humano no tocante à sua autoestima e consciência,¹⁶ no Brasil conhecido por injúria ou honra subjetiva, sendo o “apreço próprio, do juízo que cada um tem de si”;¹⁷ b) pode atingir a reputação que a vítima construiu perante terceiros em nível social, momento este que se verifica que o vilipêndio a esse interesse, ao prejudicar a relação do ofendido com terceiros, acaba por obstruir chances de êxito, confiança, crédito e oportunidade,¹⁸ no Brasil chamado de calúnia, quando imputar ilícito penal indevidamente à alguém, e de difamação, quando vilipêndiar a boa fama da pessoa em nível social, ou seja, a sua honra

¹⁶ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Hammurabi: Buenos Aires, 1996, p. 193.

¹⁷ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 188.

¹⁸ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Hammurabi: Buenos Aires, 1996, p. 493/494.

objetiva, que é “o respeito, a consideração, a reputação, a fama de que gozamos no meio social”.¹⁹

Diversos critérios podem orientar uma fixação adequada de indenização compensatória para casos de violação da honra individual ou social, tais como a maior ou menor propagação da divulgação; o impacto negativo da divulgação na vida da vítima; condições pessoais da vítima; importância da reputação atingida na vida da vítima, dentre outros.

À guisa de exemplos, imagine-se a) falsa imputação de quaisquer crimes, pois, como assevera Ramon Daniel Pizarro “nadie puede ser tildado de delincuente, asesino, violador o corrupto hasta tanto así lo que determine la justicia competente”;²⁰ b) imputação falsa de fato desonroso, como o fato de o ofendido viver bêbado ou drogado; c) menosprezo à pessoa por meio de gestos, palavras ou escritos; d) publicações inverídicas, como as constantes em cadastros de restrição de crédito, que aludem a débitos inexistentes ou em valores errados; e) publicações verídicas, mas que desrespeitam os parâmetros legais, como a inscrição em cadastro de restrição de crédito sem a notificação prévia do consumidor.

1.7. Intimidade e vida privada

O direito à intimidade e à vida privada, ambos protegidos pelo art. 5º, X, da CF/88 estão imbrincados, porque a vida privada é mais ampla do que a intimidade. Desta feita, a intimidade se refere à faceta mais interna e sagrada do ser humano, ao passo que a vida privada tem relação com questões que não são íntimas, mas que fazem parte de um conjunto de fatos que não são de conhecimento da sociedade e podem merecer proteção pelo zelo de a pessoa manter reservadas a si ou a um grupo restrito, fora do alcance de conhecimento dos demais.²¹

Vale lembrar que não será de tanta relevância estabelecer um termômetro que divida o bem jurídico da vida privada da intimidade, pois ambos são igualmente protegidos pela

¹⁹ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 188.

²⁰ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Hammurabi: Buenos Aires, 1996, p. 496.

²¹ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 264.

Carta Magna e, em um sentido amplo, se referem à inviolabilidade de a pessoa ter um espaço mínimo reservado apenas para si e com quem queira dividir, ou, nos dizeres de Américo Luís Martins da Silva, trata-se da “liberdade de se introverter, de se recolher à vida privada”.²² Diz respeito a um âmbito que o ser humano deseja manter condutas e situações dentro do espectro privado, sem difundir ao conhecimento de terceiros, como questões ligadas a doenças, a tristezas e frustrações, a hábitos circunscritos ao âmbito familiar, a deformidades físicas, ao cotidiano com os ascendentes, descendentes, cônjuge ou companheira, dentre outros. Em todos esses casos, estar-se-á diante de informações que não possuem relevância significativa para mais ninguém, a não ser à própria pessoa e àqueles com quem queira compartilhar.

É importante destacar que o espectro de proteção da intimidade é mais amplo do que possa parecer. De acordo com Ramon Daniel Pizarro, tal direito está vinculado a uma tripla dimensão: a) direito de ser deixado em paz e tranquilidade; b) direito à autonomia em relação as decisões de sua existência; c) direito de controle de informações pessoais.²³ De tal modo, também está dentro da proteção da intimidade a violação de correspondência, a divulgação de dados pessoais (CPF, endereço, número do celular etc.) para terceiros, assim como a toda e qualquer difusão de informações do íntimo do ser humano.

Em relação a critérios para valor o dano moral, Ramon Daniel Pizarro aconselha a identificar a personalidade da vítima; a gravidade do prejuízo, a maior ou menor divulgação da informação; a índole da intrusão.²⁴ Acrescenta-se o gravame à profissão ou laços familiares e de amizade do ofendido; se o vazamento foi corriqueiro ou um caso isolado, dentre outros; o nível de importância de a informação ter sido mantida em segredo, pois a divulgação de foto dormindo de uma pessoa é diferente da transmissão de uma doença terminal.

São exemplos de violações aos bens jurídicos intimidade e/ou vida privada: a) divulgação de foto da pessoa agonizando em cirurgia; b) publicação de sentença de divórcio com a

²² SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3^a ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 263.

²³ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Hammurabi: Buenos Aires, 1996, p. 496.

²⁴ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Hammurabi: Buenos Aires, 1996, p. 504.

identificação do nome das partes; c) divulgação de fotos íntimas da pessoa sozinha ou com seu parceiro; d) violação de correspondência; e) transmissão para terceiros de cadastro de consumidor contendo suas informações pessoais; f) vazamento de informações acobertadas pelo sigilo profissional; g) intromissão por fotos ou filmagens no domicílio do ofendido, retratando a intimidade familiar; h) instalação de câmeras dentro de residências ou espaços privados sem a divulgação; i) interceptação telefônica sem autorização judicial, porém observa-se que a gravação de telefonema feita por um dos interlocutores sem autorização do outro não gera dano moral; j) vizinho que tira fotografia da vizinha aos beijos com o novo namorado na saída do elevador e publica para o conhecimento de terceiros.

1.8. Imagem

Todas as pessoas possuem o espaço protegido para dispor de sua aparência física, social ou sonora (voz) autorizando a captura, reprodução ou difusão dos mesmos. O direito à compensação por danos morais pelo uso indevido da imagem está estampado no art. 5º, X, da CF/88: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação", bem jurídico este também esculpido nos artigos 20 e 21 do CC/2002. Ambos os diplomas visam a proteção da forma plástica da pessoa e de todos os seus "respectivos componentes identificadores (rosto, olhos, perfil, busto, voz, características fisionômicas etc.) que a individualizam na coletividade".²⁵

A imagem é um bem jurídico que diz respeito àquilo que nos diferencia e nos particulariza em relação aos outros, pois "a imagem está sempre vinculada a qualquer tipo de representação gráfica da figura humana, em que a própria pessoa se reconhece e é reconhecida por outras pessoas".²⁶ A esse respeito, alude-se a uma tridimensionalidade do direito de imagem, formado por imagem-retrato, imagem-atributo e imagem-voz²⁷, no sentido de que estão sob o campo de proteção da imagem as características fisionômicas atreladas à pessoa – como o perfil, o rosto e o corpo – as características pessoais que estão

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 398.

²⁶ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 382.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 398.

vinculadas à pessoa - como o jeito de dançar, de falar, de utilizar jargões, hábitos – assim como o próprio timbre sonoro peculiar de cada ser humano sob à luz do sol.

A mensuração do quantum deve relevar se houve gravame à honra, a ponto de prejudicar reputação que a pessoa tem perante a sociedade em nível profano ou profissional; se violou a intimidade ou privacidade, adentrando em esfera que o ofendido dedicou para o seu espaço particular; a duração e intensidade da utilização da imagem, que vai desde uma simples publicação em jornal, até constantes usos para fins lucrativos; o grau de prestígio que a vítima goza no meio em que a imagem foi difundida, de modo que utilizar a imagem do Ronaldinho Gaúcho para incrementar a venda de material esportivo é mais danoso do que utilizar a imagem de um estudante para o mesmo fim.

Como exemplos: a) reprodução da imagem original ou de similar de modo a se apropriar daquela para fins artísticos, comerciais ou fotográficos sem autorização da vítima; b) uso de imagem verdadeira com autorização, mas deturpando ou modificando a imagem do ofendido; c) uso da imagem para além do permitido em contrato; d) pintura representando o rosto de alguém em estampa de blusa sem autorização; e) utilização da voz da pessoa em comerciais ou filmes; f) abordar em filme, programa de televisão ou comercial trejeitos que remetem a alguém famoso, como o jeito de falar, se vestir, se portar.

1.9. Integridade da criação do intelecto

Assim como subsiste a proteção da integridade da mente e do corpo humano, há também a inarredável necessidade de proteger a criação do intelecto humano, tais como obras de arte, melodias e letras de músicas, poesias, livros, invenções, dentre outras formas de manifestação do pensamento criativo, de modo que a violação aos direitos do autor acarretam, por expressa determinação do art. 108 da Lei n. 9.610/1998, o direito de indenização por danos morais, simplesmente porque há, para além de pretensões lucrativas com tais criações, interesses não patrimoniais dignos de proteção.

O art. 7º da Lei n. 9.610/1998 enumera alguns exemplos de obras do intelecto humano protegidas pelo direito autoral: a) textos de obras literárias, artísticas ou científicas; b) conferências, alocuções, sermões; c) obras dramáticas e dramático-musicais; d) obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por qualquer outra forma; e) composições musicais, tenham ou não letra; f) obras audiovisuais,

sonorizadas ou não; g) obras fotográficas; h) obras de desenho, pintura, gravura, escultura; i) projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; i) as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; j) programas de computador, dentre outros.

Ademais, embora a criação de tais obras sejam fruto da racionalidade humana, o art. 11 e parágrafo único da mesma lei frisam que o autor é a pessoa física criadora da obra, mas que a proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas. Logo, tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas titulares do direito autoral possuem diversos direitos previstos no art. 24 da mencionada lei: de reivindicar a autoria da obra; de ter seu nome indicado ou anunciado como sendo o autor na utilização da obra e o de conservar a obra inédita; de assegurar a integridade da obra; de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem.

Como critérios para a mensuração do dano moral, pode-se identificar o nível de exposição da obra utilizada indevidamente, seja a duração e quantidade, seja a abrangência de alcance a terceiros; a existência de deturpação da obra original; a consequência lesiva para a carreira do autor no futuro; a existência de prejuízo à obra em si no futuro, dentre outros.

São exemplos de violações ao direito do autor que acarretam o dever de indenizar danos morais: a) utilização não autorizada de programa de computador²⁸; b) tradução da obra sem autorização do autor; c) execução da obra sem menção ao autor; d) distribuição da obra sem autorização do autor; e) menção errônea de nome do autor; f) publicação não autorizada da obra; g) utilização de trechos de obra de outro autor, no que vem a ser denominado de plágio; h) realização de discurso ou de peça processual como se fosse sua, sendo que tais escritos foram elaborados por outra pessoa; i) exposição de obra de arte sem autorização do autor.²⁹

²⁸ Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 443119/RJ, de Relatoria da Ministra Nancy Andrigui, com acórdão publicado dia 30/06/2003.

²⁹ Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 56288/RJ, de Relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, com acórdão publicado dia 25/03/1996.

1.10. Perda de ente querido

Como visto, o bem jurídico vida, caso seja atingido inteiramente, restam aos familiares mais próximos, circunscritos ao seio de convivência mais íntima, o direito de pleitear indenização por danos morais, dano moral este certamente presumido pelo julgador, sendo absolutamente inerente às práticas sociais o conhecimento de que a perda de um ente querido gera dor aguda desmedida em decorrência dos tempo de convivência e vínculo afetivo com aquele que se fazia presente nos momentos bons e ruins, na calada da noite e no primeiro bom dia, no café da manhã e na jantar, na praia ou na fazenda, na piscina ou na hora do dever de casa. Esta convivência, somada aos vínculos afetivos, potencializam a identificação do dano moral por perda de parente próximo.

Em termos de identificação desse dano moral, legitimidade para pleitear indenização e a própria mensuração do *quantum* indenizatório, nada mais esclarecedor do que mais recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema (Agravo Interno no Recurso Especial n. 1165102/RJ, Relator Ministro Raul Araújo, DJ 07/12/2016; Recurso especial n. 1095762/SP, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJ 11/03/2013; Recurso especial n. 1076160/AM, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJ 21/06/2012; Recurso Especial n. 1291702/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ 30/11/2011), em relação aos quais é possível resumir os seguintes termos: a) em princípio, rechaça-se o direito à indenização daqueles que não fazem parte do núcleo familiar da vítima ou não sejam herdeiros; b) é possível que diante das peculiaridades do caso se conceda o direito a indenização por danos morais a sobrinho, irmão, sogra e tio; c) o valor indenizatório deve observar o grau de parentesco ou de proximidade; d) não obstante a formação de um novo grupo familiar com o casamento e nascimento de filhos, entende-se que o poderoso laço afetivo que une os pais com o filho não se extingue, de modo que o que se observa é a coexistência de dois núcleos familiares, sendo correto afirmar que os ascendentes e sua prole integram um núcleo familiar inextinguível para fins de demanda indenizatória por morte. Nessa linha de inteligência, os ascendentes têm legitimidade para a demanda indenizatória por morte da sua prole ainda quando esta já tenha constituído o seu grupo familiar imediato; e) os irmãos podem pleitear indenização por danos morais em razão do falecimento de outro irmão, sendo irrelevante a existência de direito hereditário. A questão não é sucessória, pois a legitimidade ativa está relacionada a todos aqueles atingidos pelo sofrimento da perda do ente querido.

1.11. Afeto a bens materiais

Como assevera Ramon Daniel Pizarro, “nada obsta a la existencia de intereses no patrimoniales, de afección, vinculados a bienes patrimoniales, cuya minoración (por destrucción, pérdida o deterioro) puede generar un detrimento espiritual”.³⁰ Desta feita, uma vez provado pela vítima que havia entre o bem destruído e a sua pessoa um vínculo afetivo, fará jus não apenas aos danos materiais mas também à indenização por danos morais, visto que a recomposição do equilíbrio tão propugnada pela responsabilidade civil deve mergulhar a fundo no tamanho da perda sofrida pela vítima, e, se tal perda foi também de cunho existencial, o direito deve conceder ao ofendido o direito à compensação pelos danos sofridos.

Nesse sentido, Antônio Jeová Santos aduz que nestes casos existe uma relação subjetiva entre a pessoa e o bem, de ordem espiritual, diferente e autônoma do interesse econômico que representa o objeto, de modo que a substituição por um bem similar ou igual não será suficiente para compensar a total magnitude do dano. Isto porque a inclinação do ânimo não somente se dirige às pessoas, como também às coisas, em relação as quais é possível constituir um verdadeiro sentimento afetivo que o leva a gozar com sua posse (valor de afeição).³¹

Consequentemente, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a valoração jurídica do afeto relacionado a coisas e objetos, conforme o art. 952, parágrafo único, do CC/2002: “para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele”. Contudo, não se está a reconhecer o dano moral em decorrência da deterioração ou destruição de qualquer objeto ou coisa, nem tampouco identificar dano moral indenizável em razão do alto valor de determinado bem. Destarte, é possível vislumbrar o dano moral pela destruição de uma simples carta de pedido de casamento e não tutelar o dano moral pela destruição de um carro de luxo. O que está em jogo é a existência na coisa de “um valor peculiar e vivencialmente intransferível para a vítima, quando um outro bem, similar ao que foi desaparecido, não serve para substituí-lo”.³²

³⁰ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Hammurabi: Buenos Aires, 1996, p. 531.

³¹ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 509.

³² SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 510/511.

À guisa de mensuração, destaca-se quanto tempo durou ou dura a relação entre a coisa e o ofendido; o grau do valor de afeto entre a coisa e a pessoa; o nível de irreparabilidade do bem deteriorado ou perdido; dentre outros.

Como exemplos de ofensa a esse bem jurídico: a) destruição de veículo de colecionador; b) destruição de veículo que pertenceu ao avô e ao pai; c) deterioração de joia de família ou de anel de noivado; d) morte de animais domésticos³³; e) perda de fotografia de valor único e peculiar para a vítima; f) destruição de carta de valor sentimental para o ofendido.

1.12. Perda de uma chance

Inicialmente, afirma-se que a perda de uma chance vem se fincando como uma terceira modalidade de danos materiais, ao lado dos danos emergentes e dos lucros cessantes. Do ponto de vista exclusivamente patrimonial, a perda de uma chance se diferencia dos danos emergentes, pois enquanto estes se caracterizam como um desfalque patrimonial efetivo e imediato a partir da conduta lesiva, a perda de uma chance se refere à frustração de uma expectativa de ganho ou vantagem futura que não se consumou. De outro lado, se diferencia dos lucros cessantes, pois estes se revelam como a perda de um ganho altamente esperado segundo a ordem natural dos eventos pretéritos, a perda de uma chance não é a frustração de um ganho ou vantagem altamente esperada, mas sim a perda de uma chance séria e efetiva, como nos exemplos a seguir: a) advogado que perde o prazo de um recurso com potencial de reformar a sentença; b) médico que negligentemente deixa de informar em tempo paciente com doença grave sobre tratamento alternativo; c) candidato a vaga de concurso público que perde a última prova em razão de atraso do voo; d) atleta de alta performance que foi atropelado nas vésperas da final em olimpíada ou mundial; e) eliminação de candidato durante prova de concurso sem demonstrar uma das hipóteses que o edital permitiria para tal sanção.³⁴

Em todos esses casos seria impossível cravar que a vítima obteria o ganho ou vantagem almejada, porém em todos eles é possível afirmar inequivocamente que houve a perda de uma chance real, séria, factível, bem próxima de ser realizada. Em nenhuma das hipóteses

³³ Nessa linha se posicionou o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 70072151491, de Relatoria do Desembargador Eugênio Facchini Neto, com acórdão publicado dia 31/03/2017.

³⁴ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu essa hipótese de cabimento, no julgamento da Apelação n. 70062886031, de Relatoria do Desembargador Eduardo Delgado, com acórdão publicado dia 29/09/2017.

acima o ofendido tinha uma chance hipotética, fictícia e altamente improvável, mas também em nenhuma delas havia o grau de certeza de obtenção do ganho, grau este que se faz presente no caso da dentista atropelada, que auferia R\$ 8.000,00 por mês em média nos últimos 10 anos; de taxista com veículo abarrotado, que recebia R\$ 6.000,00 por mês nos últimos anos; de fábrica vítima de piquete de movimento social, que faturava R\$ 1.000.000,00 por mês nos tempos pretéritos.

O grande ponto é que a jurisprudência brasileira tem admitido a reparação pelos danos materiais consistentes em valor menor que o integral (por se tratar apenas de uma chance), mas proporcional ao gravame, assim como a compensação pelos danos morais pela oportunidade frustrada por ato de outrem.³⁵ Ressalta-se que não será a mera conjectura que tornará viável a perda da chance como um agregador do dano moral. A chance deve ser séria e provável. O sonho de prosperidade, sem que tivesse existido de forma preexistente uma situação fática que pudesse propiciar a expectativa ou aspiração, não é perda de chance, mas pura elucubração.³⁶

Dentre os critérios para a fixação do valor indenizatório, deve-se ter em mente quanto tempo de preparação foi desperdiçado; o grau de possibilidade de a chance ter sido exitosa, que pode variar desde um concurso com 100 candidatos por uma vaga até a final de um campeonato com duas pessoas; a chance em si mesma valorada em função da importância que tinha na vida do ofendido, sendo diferente a perda da chance de realizar um tratamento de uma doença grave da perda da chance de reverter uma sentença condenatória de R\$ 1.000,00, e, por fim, o caráter reversível ou irreversível do prejuízo que provocou sua frustração.

1.13. Liberdade

A proteção do bem jurídico liberdade se encontra espalhada por todo o texto constitucional (art. 5, caput, incisos VI, IX e XV), estando protegida expressamente a liberdade artística, científica, intelectual, de comunicação, de locomoção, de consciência e crença, de modo qualquer violação destas facetas da liberdade poderá ensejar dano moral indenizável.

³⁵ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial n. 1577177/AC, de Relatoria da Ministra Assusete Magalhães, com acórdão publicado dia 28/06/2017, acolheu o cabimento de indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 aos parentes de paciente em tratamento de câncer que faleceu após a interrupção ilegal no fornecimento de medicamentos.

³⁶ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5^o ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 76.

O princípio da liberdade individual representa uma pretensão legítima a livre vontade e determinação, sem limitação às escolhas nem ao projeto de vida e sofre limitações relacionadas aos bens jurídicos de outros cidadãos, como a intimidade, honra, privacidade, a propriedade privada, dentre outros. Por esse motivo, a liberdade não pode ser exercida a qualquer preço e é nesta limitação que se vê inúmeros humoristas, jornalistas, cantores e políticos serem condenados a pagar danos morais individuais ou coletivos por afrontarem outros bens jurídicos, como nos casos notórios envolvendo o humorista Rafinha Bastos e a cantora Vanessa Camargo e o relacionado ao Deputado Federal Jair Bolsonaro e as comunidades quilombolas e população negra.

A fixação do valor indenizatório deve avaliar a intensidade, duração e magnitude do dano. Como exemplos de violações à liberdade: a) rigor excessivo no exercício da autoridade parental; b) a restrição à manifestação de pensamento e de crítica; c) a prisão ilegal; d) o cárcere privado; e) fechamento arbitrário de exposições de arte ou de shows artísticos;

2. Critérios para a quantificação sob o viés compensatório

Em matéria de dano moral, a função compensatória está relacionada à tentativa de estabelecer um valor indenizatório suficiente para conduzir a vítima a um estado tal qual não tivesse sofrido o dano, ou seja, busca, tanto quanto possível, a exata extensão do mesmo, em prestígio ao *restitutio in integrum* com vistas a pôr a vítima em situação idêntica à de antes do evento danoso, com o conjunto de seus interesses inteiramente preservados. Esse estado perquirido pela função reparatória é denominado de *status quo ante*.

Esta função busca alcançar em maior grau possível um “valor que em verdade tem para o lesado o bem que se destruiu, ou a perda que sofreu” (MIRANDA, 1958, p. 183), porém, caso não seja possível, pode a responsabilização versar sobre uma prestação equivalente, geralmente em dinheiro, aproximativa, imperfeita, porém frequente em razão dos chamados danos morais, que tem como característica a impossibilidade de pôr a vítima no estado em que se encontrava de modo a retirar todos os males do dano existencial sofrido, cabendo à responsabilidade civil apenas compensar o dano por não se admitir reestabelecimento perfeito do estado anterior.

Diante da multiplicidade de bens jurídicos envolvidos no cabimento do dano moral e das infinitas hipóteses distintas de configuração do mesmo, é inequívoco que não existe e jamais vai existir um rol de parâmetros fechados para que o jurista possa refletir sobre qual o valor adequado para compensar o dano sofrido pela vítima. Contudo, perseguir-se-á algumas balizas de modo a não abandonar a tentativa de imprimir maior racionalidade e menos subjetividade na quantificação do dano moral.

Diversas pesquisas sólidas já foram produzidas sobre o tema no Brasil: COUTO, Igor Costa; SILVA, Isaura Salgado. *Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Orientação da Prof. Maria Celina Bodin de Moraes. Departamento de Direito da PUC/RJ, 2011; SANTANA, Héctor Valverde. *A fixação do valor da indenização por dano moral Revista da Informação Legislativa*. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007; SANTOS, ANTÔNIO JEOVÁ. *Dano moral indenizável*. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015; SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Crêterios para a fixação da indenização por dano moral*. 2009. A presente pesquisa terá por base tais juristas, assim como o julgamento do Recurso Especial n. 1127913/RS do Superior Tribunal de Justiça, buscando aqui e acolá fazer considerações próprias e originais.

Inicialmente, cabe lembrar que há elementos – vistos anteriormente - importantes para a quantificação da indenização por danos morais em qualquer caso, como a perda do prazer de realizar atividades, a perda de relações, frustração de projetos de vida e consequências lesivas de outras naturezas, como adquirir depressão, medo e problemas psíquicos. Outros são mais específicos do tipo de dano: o grau de propagação de imagens não autorizadas e a própria duração do uso indevido no caso de violação do bem jurídico da imagem; o grau da lesão e a duração da lesão em casos envolvendo dano estético; a importância do sigilo, o nível da propagação da informação e afetação na vida profissional ou familiar, nos casos de violação da intimidade ou vida privada.

O fato é que todos os critérios que visam a auxiliar a quantificação do dano moral tem um laço em comum: se preocupam com o nível/grau/magnitude do dano e com a duração no tempo do mesmo, os quais, somados aos critérios afeitos a qualquer dano (projeto de vida, perda do prazer, perda de relações, aquisição de problemas psíquicos) já se mostram como boas balizas para o jurista interessado na quantificação do dano moral, visto que ao fim e ao cabo, estar-se-á potencializando a concretude da justiça corretiva, buscando em maior grau recompor o equilíbrio quebrado pela atuação danosa.

Outro critério para a quantificação, que deve ser somado aos demais e não analisado isoladamente, é o valor já arbitrado em precedentes semelhantes. Como vive-se em uma comunidade política que preza pela igualdade e assim não é diferente em relação ao direito que o jurisdicionado tem de que casos iguais sejam solucionados de forma igual, cabe destacar que a quantificação do dano moral pode e deve olhar para o valor fixado em precedentes já julgados sobre casos parecidos, especialmente aqueles precedentes de força vinculante (dispostos no art. 927 do CPC). Assim, como não há limite mínimo nem máximo para a quantificação do dano moral, deve-se evitar a propagação da ideia de que o valor da indenização por dano moral está na alçada do “livre arbitramento do juiz”.

O Superior Tribunal de Justiça, nessa linha, adotou um método bifásico na quantificação do dano moral, orientando que na primeira fase, o juiz fixe o valor do dano moral tendo em vista outros julgados sobre o mesmo assunto. Na segunda fase, o juiz está autorizado a aumentar ou diminuir o valor do dano moral em face das circunstâncias do caso. Assim vem decidindo reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça como no trecho do acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial n. 1127913/RS, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado dia 05/08/2014:

Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos).

Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso, com base nas suas circunstâncias, procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz.

Neste caso, o próprio Superior Tribunal de Justiça, seja por este arresto (método bifásico), seja pelo teor da súmula 281, segundo a qual “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”, põe em relevo a importância de uma análise individualidade de cada problema que bate às portas do Judiciário, rechaçando qualquer forma de pré-fabricação e tarifação/tabelamento do valor dos danos morais. E, nessa mesma linha, percebe-se que a obrigatoriedade de seguros para fazer frente a indenizações de atividades marcadas por alto índice de danos também não se mostra adequada para uma justa indenização, pois todos os seguros possuem tetos, limites, apólices contratuais de cobertura securitária. Ao menos tais seguros podem representar o mínimo indenizatório. O fato é que nunca pode ser perder da mente que tarefa de arbitrar

a indenização por dano moral deve ser um trabalho individualizado para a vida da vítima, jamais limitado a uma prova dos autos, a um caso já julgado, etcetera.

Conclusões

Por fim, os critérios para a quantificação do dano moral nada mais são do que formas de identificar que a vida da vítima sofreu desequilíbrio injusto, desequilíbrio este que se manifesta em diversas dimensões da vida humana e que merece relevo para fins de fixação do dano moral. Assim, é possível, ainda que provisoriamente e de forma exemplificativa, apresentar alguns parâmetros para uma justa fixação do valor indenizatório do dano moral:

- a) Afetação no mundo interior da vítima ou aquisição de problema psíquicos, considerando a existência da perda do prazer de realizar atividades ou a aquisição de perturbações psíquicas. Uma pessoa vítima de acidente automobilístico que adquire fobia de ruas ou carros ou uma pessoa vítima de queda de elevador que não consegue mais ficar em locais fechados merece uma indenização maior do que aquelas pessoas que não desenvolveram danos dessa natureza. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”;
- b) Afetação na vida familiar ou nos afazeres domésticos. Uma vítima que perdeu o braço ou a perna merece uma indenização maior do que quem levou um corte profundo no rosto nesse quesito, porque a dia-a-dia de quem teve o membro amputado sofrerá radical mudança no seu cotidiano, inclusive com quem convive mais intimamente. Do mesmo modo, a mulher que é importunada em seu ambiente de trabalho ou familiar, com ameaças e perseguições, tem atingida essa faceta em nível elevado. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”;
- c) Gravidade do bem jurídico atingido. Alguém que perdeu um ente querido merece, nesse parâmetro, indenização maior do que quem teve o seu anel de noivado destruído (valor de afeição). Do mesmo modo sabe-se que a saúde é um bem mais caro ao ser humano do que a honra. É claro que isso não significa uma regra fechada, pois receberá uma indenização menor quem adquiriu uma

infecção hospitalar leve comparado a quem experimentou a morte do cachorro ou a deterioração de uma fotografia de família guardada há gerações. A priori a saúde tem uma prevalência sobre o valor de afeição, o que pode sofrer relativização no caso concreto. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso I, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “a natureza do bem jurídico tutelado”;

- d) Perda de projetos de vida. Quem teve a intimidade afetada e perde seus clientes no campo da medicina ou do direito, por exemplo, merece indenização maior a quem teve uma foto com sua família dentro de casa vazada sem autorização e não gerou ofuscamento de planos e projetos de vida. Do mesmo modo, uma perda de baço em alguém tem menor relevância do que a perda de uma mão em um médico cirurgião ou a perda da voz de um professor. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”
- e) Nível de sofrimento da vítima. Assim, embora a existência de dor e sofrimento não sejam requisitos para a configuração do dano moral indenizável, é fato que tais sensações podem ser sopesadas para majorar o valor do dano moral. Alguém que teve uma cicatriz dentro do contexto de uma cirurgia com anestesia tem relevância menor do que o atropelamento de uma criança que ficou horas agonizando no chão até receber atendimento. A criança pode até possuir a mesma cicatriz que o paciente vítima do médico despreparado, mas as horas de agonia geram um desequilíbrio indenizável. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso II, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) diz que o juiz deverá avaliar “a intensidade do sofrimento ou da humilhação”;
- f) Duração do sofrimento, pois há danos que tem existência temporal efêmera e transitória e outros que ficam marcadas para sempre ou durante muito tempo. O termômetro do arbitramento judicial deve ser sensível a esse fator. Uma inscrição indevida por 1 mês demanda, a princípio uma indenização menor do que a mesma inscrição por 1 ano, contudo, não se perca de vista que uma inscrição indevida de curta duração a quem dependa cotidianamente de crédito pode gerar valor indenizatório maior do que alguém que não necessite de crédito e tenha ficado mais de 1 mês com o nome inscrito em cadastro de restrição de crédito. Na mesma linha, a utilização da imagem de alguém em um comercial de 30 segundos demanda indenização menor do que a utilização da

imagem de uma pessoa por meses em diversos meios de comunicação. Aqui, novamente a ressalva, este é apenas um critério, que deve ser sopesado com outros, pois a utilização da imagem de outrem, mesmo que de curta duração, que tenha deturpado a reputação que o ofendido goza na sociedade merece maior indenização. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “a extensão e a duração dos efeitos da ofensa”;

- g) Repercussões no mundo exterior da vítima, no ambiente social e familiar, seu espírito de participação nos movimentos comunitários. Por esse motivo, alguém que gostava de jogar tênis e perdeu o movimento dos braços; alguém que teve a intimidade atingida e desequilibrou o casamento ou a relação com os filhos; alguém que gostava de tocar instrumentos em roda de samba com amigos e que perdeu um dos dedos possui um desequilíbrio maior, a priori, que um professor que gostava de jogar futebol aos finais de semana com os amigos e que tenha perdido o mesmo dedo. Sobre tal análise, o art. 223-G, em seus incisos IV e XII, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão” e “o grau de publicidade da ofensa”;
- h) Quantidade de bens jurídicos e interesses violados. Nesse sentido, a tortura de alguém ou agressões decorrentes de violência doméstica atinge uma gama de interesses protegidos pelo direito (honra subjetiva, vida, saúde, integridade psíquica, integridade física), ao passo que a destruição de uma carta com valor afetivo para a vítima atinge, a princípio, apenas um interesse juridicamente protegido.
- i) Condições pessoais do ofendido. Aqui não significa condições econômicas ou sociais, mas sim características pessoais, no sentido bem explorado por Rudolf Von Jhering (2001, p. 47/48) e Antônio Jeová dos Santos (2015, p. 157). Os referidos autores acentuam que para um camponês o vilipêndio de sua propriedade tem valor agigantado, pois é da onde ele retira a sobrevivência; para um militar ou um político o valor da honra possui especial valor; a perda de visão de quem tem apenas um olho em pleno funcionamento representa menoscabo mais acentuado; a exposição ao perigo a quem é mais sensível ou nervosa pode ter peso para majorar eventual verba indenizatória. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista)

caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”;

- j) A possibilidade de recomposição/recuperação do dano psíquico, físico, à imagem, à honra, etc. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso III, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “a possibilidade de superação física ou psicológica”;
- k) Grau de ofensa ao bem jurídico. Assim, uma agressão à mulher que deixou marcas provisórias merece um valor indenizatório menor do que aquela agressão que causa a perda definitiva de parte do corpo.
- l) Por fim, faz-se necessário lembrar que no início deste capítulo este autor defendeu que a tarefa de anular perdas injustas não pode ser insensível em relação a um hiato e abismo entre a condição financeira das partes envolvidas no conflito, de modo que o juiz da responsabilidade civil não pode endossar um esquema excessivamente injusto de distribuição de bens e riquezas. Nesse sentido, em casos extremados, não em todos, a capacidade econômica deve ser sopesada em casos envolvendo a compensação por danos morais. Imagine que em uma visita a uma fábrica exista um instrumento cortante que despenca e causa uma lesão na face da vítima. Agora pense que essa mesma lesão foi causada por uma faca que sua empregada doméstica deixou voar de suas mãos. É impensável que a condição econômica do responsável pelo dano não seja levada em conta. Do contrário, haveria uma responsabilidade civil seca, cega e fechada em uma bolha insensível às miserabilidades humanas, existindo uma espécie de contradição interna, visto que a ordem jurídica serve ao ser humano e não o contrário.

Discorda-se de alguns critérios de quantificação compensatória propagados por parte da doutrina e jurisprudência. Primeiro, discorda-se da análise do grau de culpabilidade do ofensor³⁷, possibilidade prevista no art. 223-G, inciso VII da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), e no art. 944, parágrafo único do CC/2002, visto que a perspectiva eminentemente compensatória olha apenas para a vítima e o seu menoscabo, desequilíbrio

³⁷ “Na análise da intensidade do dolo ou do grau de culpa, estampa-se a função punitiva da indenização do dano moral, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do ofensor, valorando-se o elemento subjetivo que norteou sua conduta para elevação (dolo intenso) ou atenuação (culpa leve) do seu valor, evidenciando-se claramente a sua natureza penal, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 959.70, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Diário de Justiça do dia 26/04/2011).

e perda em relação aos bens existenciais, de modo que apenas na perspectiva punitiva/pedagógica/preventiva/educativa tal parâmetro tem relevância.

Discrepa-se também da análise calcada na capacidade econômica do ofensor³⁸, prevista inclusive como critério de quantificação no art. 223-G, inciso XI, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), e do contexto econômico do país³⁹, em princípio, porque o elemento nuclear do direito de danos é a recomposição do equilíbrio - de forma perfeita ou aproximada - da vida da vítima, em nada tendo importância a capacidade econômica do ofensor ou o momento econômico vivenciado pelo país. Contudo, em relação a tal argumento, cabe uma relativização para quando o juiz se deparar com profundas diferenças de distribuição de bens e riquezas na sociedade, mesmo em se tratando de justiça corretiva, está não pode ser absolutamente insensível em relação à justiça distributiva. É neste sentido que palavras de baixo calão proferidas cotidianamente pelo vizinho merecem valor indenizatório menor do que as mesmas palavras ditas pelo gerente de uma multinacional ao seu empregado. E, no mesmo sentido, a agressão física leve feita por um dono de uma padaria do bairro demanda valor indenizatório menor do que a agressão física realizada por um vendedor de uma loja da Ferrari. Uma cegueira em relação à distribuição de bens e riquezas na sociedade pode gerar tremendas injustiças.

Por fim, absolutamente infundados os critérios previstos no art. 223-G, incisos VIII, IX e X, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), que asseveram que o juiz deve estar atento à existência de “ocorrência de retratação espontânea”, “o esforço efetivo para minimizar a ofensa” e “o perdão, tácito ou expresso”. Embora tais condutas sejam virtuosas e necessárias do ponto de vista ético, contribuindo para um melhor viver em sociedade e até mesmo para atenuar o dano, o fato é que não diminuem o menoscabo sofrido pela vítima, não o tornam menos importante, nem tampouco devem autorizar o juiz a reduzir equitativamente o valor da indenização compensatória, na medida em que o princípio que rege a compensação é a restituição integral e o dano injusto sofrido pela vítima não deve ser suportado pela mesma caso haja pedido de desculpas ou retratação. Em outras palavras, uma vez que o leite é derramado, o braço é amputado, a humilhação é

³⁸ A situação econômica, tanto do ofensor, como da vítima diz respeito, sobretudo, à sua solidez econômica. Seja qual for a preferência doutrinária do julgador, a situação econômica de quem causa dano moral também assume importante rol (SANTOS, 2015, p. 156).

³⁹ O julgador deve estar situado e sintonizado no contexto econômico do País. Deve ter em conta os males do custo social brasileiro. Ter em conta a situação média das empresas, dos fornecedores de bens e serviços (SANTOS, 2015, p. 149).

consumada, os salários são atrasados e/ou o abandono afetivo é realizado, o juiz deve centrar sua análise exclusivamente na magnitude do dano sofrido pela vítima. Analogicamente, o CDC, entre os arts. 8º e 10, estabelece a obrigação do fornecedor de produtos e serviços que após a inserção do mesmo no mercado de consumo obter conhecimento do seu alto grau de periculosidade, deve imediatamente comunicar as autoridades competentes e os consumidores, contudo, a jurisprudência é pacífica que tal conduta em nada afeta o dever de indenizar em toda a abrangência do dano.

Do contrário, nos casos a seguir explanados seria possível abrandar o valor indenizatório em total incongruência com os princípios jurídicos (restituição integral) e éticos (justiça corretiva) que regem a responsabilidade civil: a empresa que após a morte do empregado paga o enterro e manda carta de desculpas; a empresa que insere o nome do consumidor em cadastro de inadimplentes de forma indevida e em seguida envia e-mail ao consumidor se desculpando; o empregador que realizou humilhação do empregado na frente de outros que no dia seguinte marca uma reunião para dizer que se excedeu; o pai que abandonou afetivamente o filho durante anos a fio e agora decide se retratar; a loja de departamento que impediu a entrada de uma pessoa negra e mal vestida que decide posteriormente dar brindes e receber com louvor a pessoa discriminada; a empresa de telefonia que ligou reiteradas vezes fora do horário comercial para parentes e colegas de trabalho visando a cobrar dívidas delibera em ligar novamente pedindo desculpas pelo infortúnio. Em todas essas hipóteses o dano foi consumado e o juiz precisa se debruçar sobre todas as nuances do dano injusto para fixar uma justa indenização.

civilistica.com

Recebido em: 3.8.2018
Aprovado em:
5.2.2019 (1º parecer)
17.11.2019 (2º parecer)

Como citar: BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. A quantificação do dano moral compensatório: em busca de critérios para os arts. 5º, V e X, da CF/88. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-quantificacao-do-dano-moral/>>. Data de acesso.