



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Legitimidade Ativa na Ação de Indenização pelo Dano Moral por Afeição

Núbia de Miranda Friás Oliveira

Rio de Janeiro
2015

NÚBIA DE MIRANDA FRIÁS OLIVEIRA

A Legitimidade Ativa na Ação de Indenização pelo Dano Moral por Afeição

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2015

A LEGITIMIDADE ATIVA NA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL POR AFEIÇÃO

Núbia de Miranda Friás Oliveira

Graduada pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Advogada. Pós-graduada em Direito Civil *Lato Sensu* pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: o presente artigo tem como escopo abordar o dano moral por afeição, muito comum no cotidiano forense. O dano moral resultante de ilícito cometido contra um parente ou amigo próximo é tema polêmico e carece de regras legais. A lesão indireta não se mostra de simples comprovação probatória e exige atenção especial do julgador. A essência do trabalho é identificar os aspectos utilizados pela doutrina e jurisprudência quanto aos legitimados ativos para propor demandas judiciais buscando a reparação civil, e quanto aos critérios utilizados para aferição do *quantum* indenizatório, concluindo com análise crítica desses aspectos e sugerindo método objetivo de aferição, com vistas a auxiliar o magistrado diante da ausência de norma legal específica evitando insegurança jurídica diante de decisões diferentes para situações semelhantes.

Palavras-chave: Direito Civil e Processual Civil. Responsabilidade Civil. Legitimidade Ativa. Dano Moral por Afeição.

Sumário: Introdução. 1. A Tutela da afeição no dano moral. 2. Aspectos do *quantum* indenizatório. 3. Critérios para arbitramento do *quantum* indenizatório. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de indenização dos familiares pelo dano moral por afeição dentro de um contexto de Responsabilidade Civil. Procura-se demonstrar que esses familiares enquanto vítimas indiretas, sofrem consequências psíquicas e emocionais aptas a serem indenizáveis, em decorrência de dano ocorrido com a vítima diretamente atingida.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da reparação integral pelos prejuízos sofridos seria amplo e irrestrito a ponto de justificar a indenização para todos os atingidos nas hipóteses de dano moral por afeição.

A legislação pátria disciplina o regramento dos legitimados ativos para as ações de indenização, no qual são legitimadas as pessoas que tem seu direito violado e sofrem danos provocados por terceiros. Na hipótese do dano moral por afeição, também conhecido como dano indireto, de reflexo ou por ricochete, não há regulação expressa, o que favorece as seguintes reflexões: como aferir quais familiares são realmente vítimas indiretas, aptas a serem indenizadas? Como aferir o quantum indenizatório de cada familiar?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, decisões díspares além de fomentar a insegurança jurídica, criam descrença no Poder Judiciário e alimentam a sensação de injustiça tão presente atualmente.

Para melhor compreensão do tema, conceitua-se dano moral por afeição e legitimidade ativa nas relações processuais, abordando os conceitos de família, que na sociedade atual possui algumas derivações. Pretende-se demonstrar que o Poder Judiciário pode-se utilizar de padrões objetivos a identificar os legitimados e o *quantum* indenizatório, sem ofender seu julgamento e independência diante do caso concreto.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando a questão da legitimidade ativa, apresentando como doutrina e jurisprudência se pautam para aferir quais familiares sofreram abalo de ordem psíquica e moral a fazer jus a uma indenização e se seria possível limitar o número de legitimados sem ferir o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo o enfoque é o *quantum* indenizatório, aborda-se a problemática se é possível sustentar, com argumentos jurídicos sólidos, que o *quantum* deve ser comum para todos os legitimados ou, se o correto é adotar um critério pelo grau de afinidade.

O terceiro e último capítulo traz o desenvolvimento de um critério apto a complementar a legislação que foi omissa na determinação do *quantum*, com o intuito de auxiliar os juízes, sem ofender sua valoração diante de cada caso.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, explicativa e qualitativa.

1. A TUTELA DA AFEIÇÃO NO DANO MORAL

Conceituar dano moral não é das tarefas mais fáceis. A literatura é farta de conceitos, alguns com perspectiva negativa, outros com perspectiva positiva. À luz da Constituição vigente o dano moral possui dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo.

Segundo Cavalieri¹, em sentido estrito, o dano moral representa a violação do direito a dignidade. A dignidade é um valor que não se precifica e é insubstituível, é uma qualidade inerente ao ser humano. E é com esse entendimento que doutrina mais moderna defende que estará configurado o dano moral quando se tem na causa a agressão à dignidade e na consequência a dor, o sofrimento, a humilhação.

Ainda para Cavalieri², em sentido amplo o dano moral representa a violação de um atributo da personalidade. Os direitos da personalidade também são inerentes ao ser humano, como: imagem, nome, reputação, trabalho e outros. Assim, essa violação pode apresentar diferentes graus, no individuo individualmente e em sociedade, aptos a compensação.

Dessa forma, em havendo agressões a dignidade do homem ou a algum atributo da sua personalidade, configurado está o dano moral, apto a ensejar a devida compensação, uma vez que esse tipo de dano não é indenizável, mas compensado. A indenização pressupõe uma reparação, que nem sempre é possível em se tratando de danos morais.

O dano moral por afeição é também chamado de dano indireto, dano reflexo ou dano por ricochete. Refere-se ao dano injustamente suportado de forma reflexa pelos familiares da vítima direta, em razão do afeto existente entre eles³. É o caso da filha que sofre sérios abalos em razão de acidente ocorrido com o pai no local de trabalho; o cônjuge que perde sua esposa em razão de bala perdida; a mãe que perde o filho em razão de erro médico.

¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105-108.

²Ibid., p. 108-109.

³Ibid., p. 136-137.

Segundo lições de Sanseverino⁴:

O prejuízo de afeição (préjudice d'affection) é modalidade de dano extrapatrimonial que atinge as vítimas por ricochete, ou seja, os parentes da vítima direta, buscando reparar a dor ensejada pela morte do cônjuge, do pai, do filho. Tem sido estendido também aos parentes da vítima direta que sofre de grave doença ou sofrimento como familiares próximos de uma pessoa tetraplégica ou em vida vegetativa.

O dano moral por afeição não está ligado ao dano sofrido pela vítima direta do evento, mas pelo dano sofrido por seus familiares. Estabelecer o alcance de quais familiares merecem uma compensação é questão tormentosa na doutrina e jurisprudência.

Em havendo a morte de um familiar, até que grau um parente pode pleitear indenização? Pais, irmãos, tios, sobrinhos? Seria possível indenizar os amigos íntimos? A legislação pátria não tem resposta para tal questão.

Imagine o evento morte de um pai de família em decorrência de bala perdida disparada pela Polícia em movimentada avenida da cidade. Essa vítima deixa companheira, dois filhos, 03 irmãos, 06 sobrinhos, avó materna, mãe, 04 tios e 08 primos. Considere que seja uma família muito unida. É inegável que esses familiares sofrerão com a morte da vítima.

A todos o Estado deve compensação de ordem moral? Ou deve-se aplicar regras de sucessão ou mesmo previdenciária, abrangendo somente os dependentes diretos? Seria justo excluir os parentes mais distantes e compensar somente os parentes mais próximos?

Em um primeiro olhar, o sentimento geral inclina-se a responder que todos os parentes foram vítimas, logo, todos devem ser indenizados. No entanto, não é razoável admitir que todos esses familiares sejam legitimados ativos em pretensa ação de indenização por dano moral e ao final procedente.

Segundo Cavalieri⁵, o Código Civil Português traz dispositivo expresso sobre a questão. O art. 496, n. 2 dispõe que a compensação cabe em conjunto ao cônjuge e aos descendentes da vítima direta. Na ausência desses, são legitimados os ascendentes ou irmãos.

⁴SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral - Indenização no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 293.

⁵CAVALIERI, op. cit., p. 118.

Não seria possível adotar tal regramento pelas regras de direito comparado ao nosso ordenamento como veremos a seguir. Inicialmente, convém registrar que doutrina majoritária e jurisprudência admitem a legitimação dos pais como vítimas indiretas independentemente da existência de cônjuge ou descendentes da vítima direta.

Ademais, o art. 948, II, do Código Civil⁶ dispõe sobre legitimados para danos patrimoniais em caso de morte da vítima. Parte da doutrina defende que seria possível aplicar por analogia tal dispositivo aos danos morais. O quesito definidor dessa legitimação está relacionado aos que dependiam de provimentos de natureza alimentar, assim, são legitimados pais, irmãos, cônjuge e filhos.

Tal solução é apresentada quando há o evento morte. No entanto, os danos morais, como visto, são devidos em razão de agressões aos direitos da personalidade ou da dignidade humana. Felizmente nem sempre a sociedade se depara com a morte da vítima, pode ocorrer acidentes que deixam traumas ou invalidez na vítima direta. Diante dessa situação, a doutrina costuma abordar somente a legitimação dos pais para pleitear a devida indenização, reconhecendo-os como detentores de presunção *juris tantum* de dano moral.

Seria esse dispositivo citado acima capaz de solucionar completamente a questão da legitimidade? O mais razoável é que a resposta seja negativa. Admitir presunção *juris tantum* de dano moral aos pais, irmãos, cônjuge e filhos não se apresenta como solução condizente com o próprio conceito basilar de dano moral.

Em total respeito à posição da doutrina pátria, ousou discordar da presunção *juris tantum* e da aplicação analógica de regras pertinentes aos danos patrimoniais, uma vez que o que se pretende reparar em ou outro são danos completamente distintos. Nas palavras do nobre doutrinador Sergio Cavaliere Filho⁷:

⁶BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 ago. 2015.

⁷CAVALIERI, op. cit., p. 93-94.

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Essa definição, embora não mereça a aprovação unânime dos autores, tem o mérito de abranger todos os bens e direitos na expressão conjunto das relações jurídicas, vale dizer, abrange não só as coisas corpóreas, como a casa, o automóvel, o livro, enfim, o direito de propriedade, mas também as coisas incorpóreas, como os direitos de crédito.

Repara-se que os danos patrimoniais visam indenização em razão de danos de ordem econômica e financeira ocorridas com a vítima. Nesse diapasão, completamente pertinente a redação do art. 948, II, do Código Civil⁸, ao prever como legitimados para propor tal indenização aqueles que dependiam economicamente da vítima. Em sendo a vítima provedora de alimentos, todos aqueles que dependiam do recurso financeiro dela fazem jus a indenização, de modo a manter o mínimo necessário para a sobrevivência, especialmente quando se está diante de pais idosos e filhos menores. Nessa situação perfeitamente aplicável a presunção *juris tantum* de dano material.

Estender tal entendimento para o dano moral não parece ser o mais razoável. O dano moral exige a prova de agressões a dignidade ou aos direitos da personalidade. Agressões essas que extrapolam os limites do mero aborrecimento e são capazes de causar desequilíbrio.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho⁹:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Dessa forma, resta nítido que o dano moral exige comprovação dos danos sofridos, além do nexa causal com o fato ocorrido. Admitir presunção *juris tantum* de dano moral deturpa tal instrumento. As relações familiares se mostram bastante conflituosas na sociedade moderna, não há como afirmar que na morte de uma pessoa, pais, irmãos, cônjuge, companheiro ou mesmo filhos sempre sofrerão dano moral por ricochete.

⁸BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 ago. 2015.

⁹CAVALIERI, op. cit., p. 111.

Assim, parece que o mais razoável diante dessa situação é aplicar os princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico pátrio. O julgador diante desse tipo de situação há que se socorrer dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e aplicar as regras processuais quanto a prova do dano.

2. ASPECTOS DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

Quantificar o dano moral não é das tarefas mais fáceis. Nos exatos termos do art. 944 do CC¹⁰, a indenização mede-se pela extensão do dano. Dispositivo simples e de complexidade enorme. O meio mais eficiente que se tem presente é o arbitramento judicial. Não há no ordenamento pátrio qualquer tipo de tabela vigente que determine limites prefixados de indenização, essa é uma realidade que não tem lugar com a atual Constituição.

O ponto de partida para fixação do *quantum debeatur* é o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. A indenização visa compensar um dano sofrido, não visa ser fonte de lucro e renda. A sanção deve ser proporcional ao dano. Mostra-se então coerente aferir o dano como medida anterior a fixação da indenização.

Hodiernamente tem-se que a noção de dano está diretamente relacionada ao sofrimento experimentado pela vítima, com sua duração e intensidade, as condições sociais do ofendido, a capacidade econômica das partes, principalmente do agressor, as consequências advindas do dano, o bem jurídico lesado, e outras circunstâncias cabíveis no caso concreto.

Partindo dessa noção, alguns magistrados ao fixar o *quantum* em razão de inscrição indevida em cadastro de órgão de proteção ao crédito (SPC), fixam a indenização diretamente proporcional ao tempo que a vítima ficou com seu nome “sujo” no rol dos maus pagadores. A cada ano de inscrição negativa indevida, o valor da indenização aumenta em percentual fixo.

¹⁰BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 ago. 2015.

Essa é uma fórmula objetiva que cabe diante do dano moral requerido pela própria vítima. Entretanto, diante do dano moral por afeição, essa fórmula cede diante da diversidade de danos gerados com diferentes intensidades.

Antes de adentrarmos ao quantum do dano moral por afeição, importante destacar que o dano moral além de seu caráter compensatório, também possui caráter punitivo, de modo a prevenir e punir o agressor pelos danos causados.

A punição é necessária e se faz especialmente aplicável diante de gigantes empresas presentes nas relações de consumo que preferem reiteradamente desrespeitar os direitos dos consumidores a arcar com os custos essenciais para manter esses direitos, na certeza que poucas pessoas buscam o judiciário, e ainda assim, as indenizações são bastante aquém do custo que teriam.

Esse ciclo vicioso, presente atualmente, só encontrará barreiras diante de indenizações firmes, punitivas, preventivas e representativas, sempre respeitando o razoável. Reafirmando, o fundamento da reparação do dano moral não é apenas compensatório, mas também punitivo.

O dano moral por afeição traz particularidades que dificultam ainda mais a árdua tarefa da fixação do *quantum*. Inicialmente cabe afastar a aplicação de valor reparatório global por núcleo familiar atingida em determinado evento. Dessa forma, se pais, irmãos, cônjuge e filhos pleiteiam reparação pela morte do “de cujus” não é possível fixar o mesmo valor indenizatório para esses membros, salvo se todos estiverem em situação idêntica, se todos suportarem a mesma intensidade de dor, o que é irrazoável.

No uso da técnica do arbitramento, o julgador terá que determinar o valor devido para cada legitimado de forma individual. Será preciso avaliar o dano experimentado por cada demandante, de modo que assim como é possível haver escalonamentos dos valores, é possível que haja improcedência de algum pedido.

Dessa forma, observa-se que ao fixar o valor para os legitimados, o julgador irá utilizar do arbitramento diante de um litisconsórcio facultativo, de modo que cada litisconsorte terá seu dano apurado individualmente para posterior fixação da indenização.

O número de litisconsorte não pode ser fator a minorar os valores de indenização. Tal medida desestimularia a ação conjunta das vítimas indiretas do evento, além de caracterizar violação do acesso à justiça, à medida que recentes decisões do Egrégio STJ mostram que no caso de a vítima direta estar viva, as vítimas indiretas devem ingressar na mesma ação do anterior. Nesse sentido, o Agravo em Recurso Especial nº 730.178 da relatoria do Ministro Marco Buzzi, julgado em 30/06/2015¹¹:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 730.178 - MG (2015/0146835-5)
RELATOR : MINISTRO MARCO BUZZI AGRAVANTE : ILCIMARA ALVES DA SILVA ADVOGADOS : FELIPE DE SOUZA OLIVEIRA ADEMIR BUENO DE OLIVEIRA AGRAVADO : SUPERLISTAO - SUPERMERCADO LTDA ADVOGADO : RICARDO FONSECA ROCHA E OUTRO (S) DECISÃO Trata-se de agravo (artigo 544 do CPC), interposto por ILCIMARA ALVES DA SILVA, em face de decisão que não admitiu recurso especial. O apelo nobre (art. 105, III, alíneas a e c, da CF/88) desafiou acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 302, e-STJ): APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AMPUTAÇÃO DE DEDO DO PÉ - DANO POR RICOCHETE - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA REFORMADA. 1. Malgrado a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a possibilidade dos parentes do ofendido postularem, conjuntamente, com a vítima compensação pelo prejuízo experimentado, desde que sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo. (...). Diante de tais considerações, infere-se que a tese ventilada pela recorrente no sentido de que não haveria necessidade de se pleitear indenizações num mesmo momento não pode ser acolhida, uma vez que Isto porque o entendimento firmado na Corte local encontra-se de acordo com a jurisprudência do STJ, pois, não obstante a compensação por dano moral seja devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tem-se admitido a possibilidade dos parentes do ofendido, exigindo-se, contudo, a postulação de forma conjunta com a vítima, uma vez que também são atingidos de maneira indireta pelo ato lesivo. (...)PRECEDENTES: AGRG NO ARESP. 104.925/SP, REL. MIN. MARCO BUZZI, DJE 26/06/2012; AGRG NO AG 1.413.481/RJ, REL. MIN. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJE 19/03/2012; E RESP. 1.041.715/ES, REL. MIN. MASSAMI UYEDA, DJE 13/06/2008. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não obstante a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tanto a doutrina quanto à jurisprudência tem admitido a possibilidade dos parentes do ofendido e a esse ligados afetivamente, postularem, conjuntamente com a vítima compensação pelo prejuízo experimentado, conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo. (...).

¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp: 730178/MG. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201501468355>. Acesso em: 01 set. 2015.

Reconhece-se a legitimidade ativa dos pais de vítima direta para, conjuntamente com essa, pleitear a compensação por dano moral por ricochete, porquanto experimentaram, comprovadamente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa. Precedentes.3. Recurso especial não provido. (REsp 1208949/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 15/12/2010) Logo, estando o entendimento perfilhado pela Corte de origem consoante a jurisprudência do STJ, incide, na espécie, o óbice da súmula 83/STJ. 2. Do exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 26 de junho de 2015. MINISTRO MARCO BUZZI Relator. (STJ - AREsp: 730178 MG 2015/0146835-5, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Publicação: DJ 30/06/2015).

Ainda que a doutrina defenda que não há limites de valor para fixação do dano moral, respeitada as devidas proporções entre dano e indenização, e nem haja previsão legal nesse sentido, em decisões do Egrégio STJ se adotou um valor máximo de indenização para o caso de morte, no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos. Nesse sentido o Recurso Especial nº 1341355 SC, da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 28/10/2014¹²:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONDOMÍNIO. MORTE DA VÍTIMA POR DESCARGA ELÉTRICA. DEMANDAS INDENIZATÓRIAS MOVIDAS PELA MÃE E PELA COMPANHEIRA DA VÍTIMA DIRETA. CERCEAMENTO DE DEFESA. CULPA EXCLUSIVA OU CONCORRENTE DA VÍTIMA. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM VALOR RAZOÁVEL PARA AS DUAS VÍTIMAS POR RICOCHETE. 1. Vítima falecida por descarga elétrica ao entrar na casa de máquinas de um condomínio onde realizaria reforma do teto solicitada pela síndica. 2. Demandas indenizatórias autônomas movidas pela mãe e pela companheira da vítima direta reunidas na origem em face da conexão. 3. A avaliação da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o julgamento antecipado da lide e a necessidade de produção de outras provas demandaria revisão do conjunto fático-probatório, o que é vedado a esta Corte Superior, nos termos da Súmula 07/STJ. Ausência também de indicação das provas pretendidas com aptidão para alterar o resultado do julgamento. Não reconhecimento de cerceamento de defesa. 4. Reconhecida na origem a culpa concorrente da vítima para o evento danoso (art. 945 do CC). 5. O reconhecimento da culpa exclusiva da vítima exigiria reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior, nos termos da Súmula 07/STJ. 6. A fixação do quantum indenizatório pelo Tribunal de origem, com a redução decorrente da culpa concorrente da vítima, levou em consideração aspectos particulares do caso concreto, tendo sido arbitrada indenização dentro do espectro estabelecido pela jurisprudência desta Corte Superior (300 a 500 salários mínimos) para hipóteses de prejuízo de afeição decorrente de dano morte. 7. Não se apresentando exagerado o valor da indenização, não se justifica a intervenção desta Corte Superior, nos termos da Súmula 07/STJ. 8. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STJ - REsp: 1341355 SC 2012/0184507-1, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 21/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/10/2014).

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1341355/SC. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=201201845071>. Acesso em: 01 set. 2015.

Segundo entendimento do STJ, esse parâmetro de valor objetivo harmoniza o princípio da indenizabilidade plena com a exigência de se arbitrar com equidade o valor da indenização. O princípio da indenizabilidade plena não pode significar que o causador do dano esteja obrigado a indenizar as vítimas de forma ilimitada e irrestrita.

Esse limite definido deve ser utilizado para a soma das indenizações devidas às vítimas do dano moral indireto. Ainda que se faça a análise individual de cada demandante, a soma das indenizações não deve ultrapassar o valor de 500 (quinhentos) salários mínimos por família, segundo Embargos em Recurso Especial EREsp. 1127913-RS¹³:

DIREITO CIVIL. METODOLOGIA DE FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS DEVIDOS A PARENTES DE VÍTIMAS DE DANO MORTE NA HIPÓTESE DE NÚCLEOS FAMILIARES COM DIFERENTE NÚMERO DE MEMBROS.

Na fixação do valor da reparação pelos danos morais sofridos por parentes de vítimas mortas em um mesmo evento, não deve ser estipulada de forma global a mesma quantia reparatória para cada grupo familiar se, diante do fato de uma vítima ter mais parentes que outra, for conferido tratamento desigual a lesados que se encontrem em idêntica situação de abalo psíquico, devendo, nessa situação, ser adotada metodologia de arbitramento que leve em consideração a situação individual de cada parente de cada vítima do dano morte. Na atual sistemática constitucional, o conceito de dano moral deve levar em consideração, eminentemente, a dignidade da pessoa humana - vértice valorativo e fundamental do Estado Democrático de Direito - conferindo-se à lesão de natureza extrapatrimonial dimensões mais amplas, em variadas perspectivas. Dentre essas perspectivas, tem-se o caso específico de falecimento de um parente próximo - como a morte do esposo, do companheiro ou do pai. Nesse caso, o dano experimentado pelo ofendido qualifica-se como dano psíquico, conceituado como o distúrbio ou perturbação causado à pessoa através de sensações anímicas desagradáveis, em que a pessoa é atingida na sua parte interior, anímica ou psíquica, através de inúmeras sensações dolorosas e importunantes, como, por exemplo, a ansiedade, a angústia, o sofrimento, a tristeza, o vazio, o medo, a insegurança, o desolamento e outros. A reparabilidade do dano moral possui função meramente satisfatória, que objetiva a suavização de um pesar, insuscetível de restituição ao statu quo ante. A justa indenização, portanto, norteia-se por um juízo de ponderação, formulado pelo julgador, entre a dor suportada pelos familiares e a capacidade econômica de ambas as partes - além da seleção de um critério substancialmente equânime. Nessa linha, a fixação de valor reparatório global por núcleo familiar, justificar-se-ia apenas se a todos os lesados que se encontrem em idêntica situação fosse conferido igual tratamento. De fato, não se mostra equânime a diferenciação do valor indenizatório tão somente pelo fato de o núcleo familiar de uma vítima do dano morte ser mais numeroso do que o de outra. Dessa forma, deve ser adotada metodologia de arbitramento que leve em consideração a situação individual de cada lesado e, diante da inexistência de elementos concretos, atrelados a laços familiares ou afetivos, que fundamentem a discriminação entre os familiares das vítimas, deve ser fixado idêntico valor de reparação para cada familiar lesado. (STJ EREsp 1.127.913-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4/6/2014). (Vide Informativo n. 505).

¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.127.913/RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201300763250>. Acesso em: 01 set. 2015.

Não adentrando na justiça da jurisprudência, esse valor deve ser observado; no entanto, como o tema não é pacífico nas turmas do STJ, esse critério não pode ser tido como absoluto, de modo que na análise do caso concreto o juiz deverá decidir em conformidade com a razoabilidade e proporcionalidade, podendo ultrapassar esse valor.

Em que pese não haver fórmula para se fixar a indenização das vítimas indiretas no dano moral por ricochete é possível determinar critérios que facilitem o arbitramento pelo julgador.

3. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

A metodologia do arbitramento se apresenta como a solução mais adequada para aferir o *quantum* indenizatório diante de vítima indiretas que sofrem pelo prejuízo de afeição ou dano moral por afeição¹⁴. Essa metodologia deve levar em consideração a situação individual de cada parente. O valor da indenização deve ser individual, e não havendo justificativas para diferenças de tratamento, esse valor individual tende a ser igual para os legitimados.

No ordenamento jurídico brasileiro não existem fórmulas ou tabelas para auxiliar magistrados na fixação do dano moral. Tal inexistência se funda na impossibilidade de se correlacionar matematicamente o dano, que depende da análise individual do caso concreto. Adicionalmente, as decisões seguem o livre convencimento motivado do magistrado, que diante do caso analisado com todas as suas particularidades arbitra o valor que considera justo.

Tal realidade resulta em valoração do dano moral diversa no judiciário. Popularmente se fala em loterias indenizatórias, pois a depender do tribunal, casos idênticos recebem tratamento diferente, com valores díspares. Revela-se nesse cenário a insegurança jurídica, tão odiosa pela sociedade.

¹⁴CAVALIERI, op. cit., p. 111.

Ainda que não seja possível estabelecer objetivamente uma tabela de valores na aferição do *quantum* indenizatório, é possível estabelecer aspectos a serem valorados pelo magistrado. Sugere-se a adoção dos 10 aspectos abordados a seguir, como forma de aperfeiçoar o critério do arbitramento.

O primeiro aspecto é a extensão do dano, que é medida considerando o bem ou interesse jurídico lesado. Avalia-se nesse aspecto a gravidade do dano, sua duração, repercussão social e as pessoas atingidas direta e indiretamente.

O segundo aspecto trata dos legitimados a indenização. Ainda que a indenização tenha que ser individual, levando em consideração o dano que cada legitimado sofreu, não há como admitir indenizações com valores sem limite em prol da compensação almejada. Nesse sentido, conforme já relatado no presente trabalho, o E. STJ entende que há de se considerar o limite de 500 salários mínimos por grupo de família diante do dano moral por ricochete. Dessa forma, os números de legitimados devem ser considerados no arbítrio da pena, observando o limite estabelecido pela jurisprudência.

Os impactos nas vítimas representam o terceiro aspecto. Cada vítima terá uma reação própria diante do evento danoso, e serão as mais diversas reações, como trauma, depressão, histeria, indiferença e distúrbios mentais. Esse impacto deve ser quantificado em respeito à individualização da pena e da indenização.

Questões de idade, consequências pessoais e profissionais, custos com tratamento médico para recuperação do trauma, planos destruídos e sonhos que nunca mais poderão se realizar devem ser alegados e provados pela vítima para a devida majoração da compensação.

O quarto aspecto trata das Especificidades. Diante do caso concreto o julgador pode se deparar com situações esdrúxulas ou excepcionais. É pensar no filho que morre em acidente de avião e deixa o pai idoso que sofre de Alzheimer sozinho em unidade de saúde especializada e particular, paga pelo filho. Em razão da doença, esse pai pode não ter noção da perda do filho, mas

para manter sua dignidade, com seu tratamento, as despesas com a internação precisarão ser pagas mensalmente. Quem pagara essas despesas em não havendo mais ninguém da família? Em nome da justiça, espera-se que a Cia. aérea.

A Função Compensatória é o quinto aspecto. Compensar tem o sentido de amenizar o dano sofrido pela vítima. Não há equivalência perfeita com a extensão do dano, já que há danos irreparáveis; no entanto, busca-se amenizar os impactos sofridos pela vítima com recursos financeiros. A justa indenização norteia-se por um juízo de ponderação, formulado pelo julgador, entre a dor suportada pelos familiares e a capacidade econômica de ambas as partes.

Como sexto aspecto tem-se a função punitiva. Literalmente consiste em punir o agente pela ofensa cometida. A punição pecuniária mostra-se como medida eficaz diante de particulares, mas nem sempre diante de pessoas jurídicas, que reiteram práticas abusivas diante de consumidores. Para essas, o magistrado pode valorar o valor do dano, deixando claro que o Estado não admite injustiças.

A função de desestímulo representa o sétimo aspecto. Essa função é de suma importância. Caso pudesse escolher, a vítima do dano moral preferiria não sofrê-lo a ter que ser compensado. O valor do dano moral deve ser tal que iniba o ofensor de praticar novas condutas danosas. O ofensor precisa se sentir intimidado, receoso de nova condenação, por ter sentido a força da justiça.

O oitavo aspecto é a conduta do ofensor. Por meio da dilação probatória deve-se avaliar se o ofensor agiu de forma culposa ou dolosa no cometimento do evento danoso. A depender do resultado, diante de danos semelhantes, o ofensor que agiu com dolo deve ser punido com mais rigor diante do que agiu com culpa. Isso não significa diminuir a compensação financeira devida a vítima, mas valorá-la diante de condutas dolosas. Nesse diapasão, o ofensor que agiu de modo a reduzir o dano, mostrando-se solidário e arrependido, pode ter sua condenação atenuada.

A capacidade econômica do ofensor é tratada como nono aspecto. Essa capacidade segue a mesma linha de raciocínio da conduta. Tratando-se de grandes grupos econômicos a condenação

deve ser diretamente correspondente. Grandes companhias possuem padrões de qualidade e procedimentos operacionais que devem respeitar seus consumidores diretos e indiretos. Diante de pessoas físicas no polo passivo não se pode prolatar decisões semelhantes, uma vez que o dano moral não pode corresponder a enriquecimento do lesado e empobrecimento do lesionador. A observância da razoabilidade e da proporcionalidade são indispensáveis nesse contexto.

E como décimo aspecto, tem-se a comparação com casos semelhantes. A pesquisa nos tribunais superiores de como as matérias semelhantes tem sido tratadas serve como balizador eficaz. Não há vinculação, em razão do livre convencimento motivado, mas em respeito à segurança jurídica, situações semelhantes devem ser julgadas nacionalmente de forma semelhante.

Com a adoção desses aspectos, que são sugestivos, o julgador irá prolatar decisões fundamentadas, e o critério do arbitramento se mostra otimizado, apto a resultar em decisões isonômicas, em respeito à segurança jurídica. Tais aspectos devem ser correlacionados aos critérios gerais, como o prudente arbítrio, o bom senso, a equidade, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Em nome do livre arbítrio motivado do magistrado, para cada critério o julgador definirá um valor correspondente, e a somatória revelará o *quantum* devido. Há que se observar alguns parâmetros, como o teto de 500 salários mínimos, podendo excepcionalmente ser afastado, e o mínimo correspondente a valores já consolidados nos tribunais.

CONCLUSÃO

O estudo aqui apresentado não tem a pretensão de esgotar as discussões sobre o dano moral por afeição. Tal modalidade de dano que integra a seara da responsabilidade civil está abundantemente presente no cotidiano da sociedade brasileira, e ao mesmo tempo, carente de regulamentação específica.

Tal realidade exige do interprete da lei especial atenção das relações afetivas que demandam pela responsabilidade civil. O sentimento de busca pela justiça, em razão dos danos suportados, que leva uma pessoa ao judiciário, tem na compensação pecuniária uma das vertentes mais eficazes. Tal sentimento não pode ser frustrado por ausência de norma legal.

Para se evitar a insegurança jurídica, conclui-se que o magistrado diante de demanda envolvendo dano moral por afeição há que analisar o rol de legitimados sem presunção relativa ou absoluta de danos. Ascendente, descendentes, colaterais e amigos podem ser legitimados, desde que comprovem os fatos que dão ensejo ao ato lesivo decorrente da conduta irregular do ofensor e o nexa causal com o dano suportado. Admitir presunção *juris tantum* de dano moral deturpa tal instrumento.

A ausência de presunção não se confunde com situações em que há nítido dano. Não há fatos ou danos a serem comprovados diante de uma criança de 05 anos que perde o pai em acidente aéreo. No entanto, há que comprovar os danos suportados pelo filho de 40 anos que perde o pai de 70 anos em acidente aéreo, sendo que eles não se viam, nem falavam a 20 anos em razão de incompatibilidades pessoais.

O *quantum* indenizatório apresenta-se como matéria conflituosa. Dessa forma, tomando por base o limite superior jurisprudencial reconhecido de 500 salários mínimos, a ser ultrapassado em hipóteses excepcionais, não há se aplicar valores iguais para pessoas em situações diferentes. Os critérios apresentados no desenvolvimento do presente trabalho visam auxiliar o magistrado, com vistas a alcançar a isonomia material.

Por fim, ainda que se busque manter o equilíbrio de forma a evitar o enriquecimento de uma parte em detrimento do empobrecimento da outra, quando a demanda envolve dano por ricochete em função da morte de uma pessoa, o magistrado não deve esquecer-se de levar em consideração as especificidades do caso e a sensibilidade pela dor humana, o que motivadamente pode levar a valor superior ao dito como teto pela jurisprudência do E. STJ.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03/08/2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp: 730178/MG. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201501468355>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.127.913/RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201300763250>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1341355/SC. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201201845071>. Acesso em: 01 set. 2015.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Programa de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos*. 3. ed. Bahia: Jus Podivm, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: Volume único*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.