

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Sérgio Covatti Crespi

DAS TEORIAS QUANTIFICADORAS DO DANO MORAL NO
DIREITO BRASILEIRO

Passo Fundo
2012

Sérgio Covatti Crespi

DAS TEORIAS QUANTIFICADORAS DO DANO MORAL NO
DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel de Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Dr. Janaína Rigo Santin.

Passo Fundo
2012

Aos meus pais, Wilson José Crespi e Mari
Ângela Covatti Crespi, que me ensinaram o valor
do caráter, do justo e do correto e, pelo altruísmo
inestimável, renunciando de seus sonhos para que
eu pudesse seguir os meus.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo apoio incondicional e pela compreensão para comigo em todos os momentos dessa jornada acadêmica.

À minha namorada, Anna Paula Trento Gautério, pela ajuda prestada, pelos conselhos e pela paciência.

À minha professora orientadora, Dr. Janaína Rigo Santin, por todo o auxílio, pelo conhecimento transmitido e o tempo e atenção disponibilizadas.

A todas as pessoas que de alguma forma contribuíram para a minha formação pessoal e profissional.

"Quem luta com monstros deve velar por que, ao fazê-lo, não se transforme também em monstro. E se tu olhares, durante muito tempo, para um abismo, o abismo também olha para dentro de ti."

Friedrich Nietzsche

RESUMO

O legislador constituinte previu a indenização ampla e irrestrita do dano moral, porém olvidou-se de determinar critérios legais para a sua quantificação. O objetivo desta pesquisa é justamente suprir a lacuna legislativa deixada, averiguando qual das teorias existentes na doutrina e na jurisprudência que melhor correspondem aos anseios sociais e jurídicos quanto à quantificação do dano moral. Mais do que isso, é analisar os aspectos positivos e negativos da teoria da compensação, da teoria do desestímulo e da teoria do tabelamento, bem como as consequências e a eficácia de suas aplicações no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, farar-se-á uma abordagem indutiva e dedutiva do tema com a finalidade de melhor desvelar as suas nuances, pesquisando jurisprudências nos mais importantes Tribunais do país, bem como verificando doutrinas da área do direito civil. Dessa forma, foi possível concluir que a melhor das teorias quantificadoras do dano moral é, pois, uma mescla dos aspectos positivos das três teorias, abrangendo o caráter compensatório, punitivo e exemplificador, partindo de um valor previamente tabelado em lei, do qual o juiz poderá variar conforme as circunstâncias do caso concreto e o seu prudente arbítrio, sempre tendo em mente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Palavras-chave: Compensatória. Dano moral. Desestímulo. Quantificação. Tabelamento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 CONTEXTO HISTÓRICO: EVOLUÇÃO DO DANO MORAL E DE SUA FORMA DE REPARAÇÃO NA HISTÓRIA	11
1.1 - Dano moral e sua reparação na antiguidade	12
1.2 – A história do dano moral e sua reparação no Brasil pré-Constituição Federal de 1988..	20
1.3 - Dano moral e sua reparação no Brasil pós Constituição Federal de 1988: conceito e caracterização	27
2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL, SEUS ELEMENTOS E A RELAÇÃO COM A CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL	34
2.1 – Da Responsabilidade civil e suas espécies	35
2.2 – Breves considerações acerca dos elementos da responsabilidade civil e do dever de indenizar	40
2.3 – Do combate à teoria da irreparabilidade do dano moral no direito brasileiro.....	48
3 DAS TEORIAS QUANTIFICADORAS DA INDENIZAÇÃO DOS DANOS MORAIS	56
3.1 – Teoria do tabelamento	57
3.2 – Teoria do <i>punitive damage</i>	65
3.3 – Teoria compensatória do dano moral	78
CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS	92

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da origem humana a sociedade vive em conflito. As relações sociais são demasiadamente frágeis e qualquer dissabor tem o condão de despertar os instintos mais primitivos da espécie humana.

Por isso, o direito foi criado. Para regular a convivência buscando a ordem e a paz. A solução dos problemas não deve ser calcada na vingança privada e no exercício arbitrário das próprias razões, mas sim pautada por um juiz imparcial e prudente, que analisará o caso concreto e decidirá de quem é o direito.

Ao magistrado foi dada a jurisdição, poder-dever do Estado de aplicar o direito ao caso buscando a sua solução, sempre ouvindo as partes envolvidas, evitando assim que o conflito seja resolvido por meios bárbaros que lesariam a ordem social.

Porém, o juiz deve exercê-la nos limites da lei, buscando o seu fim. Vale dizer que usurpar a lei resulta em consequências tão danosas quanto afastar a aplicação jurisdicional e fazer uso da força para resolver o conflito. O juiz sem parâmetros legais e critérios prudentes é a força bruta e primitiva fardada pelo Estado, é um tirano togado.

O Estado de Direito somente pode existir quando o magistrado aplica o direito na solução do conflito de acordo com a lei, baseado na legislação criada pelo próprio povo através de seus representantes. De fato, haverá sempre certa discricionariedade na interpretação da lei, mas essa nunca deve fugir das garantias constitucionais e da busca pela ordem e pelo convívio pacífico.

É nesse contexto que surge a problemática da presente monografia. O legislador é humano e como tal passível de erros e incongruências. Quando da formação do ordenamento jurídico atual, os parlamentares olvidaram-se de abordar alguns assuntos de grande relevância social, não os tipificando e regulando-os em lei, dentre eles, a quantificação do dano moral.

A quantificação do dano moral no direito brasileiro não possui parâmetros legais explícitos, deixando a mercê do juiz a discricionariedade para auferir o quantum indenizatório. Foi omissivo o Poder Legislativo, quando afirmou a existência do dano moral, mas não previu parâmetros legais para a sua quantificação.

A lacuna legal deixada pelo Poder Legislativo, que não foi competente para criar regulamentos normativos acerca do tema, gera graves consequências na prática jurídica. Em razão da falta de normas reguladoras da quantificação do dano moral a doutrina e a jurisprudência tentam buscar meios para regular a matéria, criando inúmeras teorias, dentre as quais são relevantes as que vêm tendo aplicação no ordenamento jurídico pátrio, tais como a teoria da compensação, a teoria do dano punitivo e a teoria do tabelamento, essa última em desuso.

A doutrina e a jurisprudência parecem caminhar de forma desnorteada em relação à quantificação do dano moral, não havendo um consenso. Por vezes, adotam a teoria da compensação, por outras aplicam a teoria do dano punitivo. A que tudo indica não há um regramento coerente para quantificar o dano moral e cada magistrado o faz de acordo com sua própria convicção, gerando insegurança jurídica no seio social e uma incongruência na prestação jurisdicional.

A análise das principais teorias quantificadoras do dano moral faz-se necessária para buscar a que melhor responda aos anseios da sociedade e que traga a segurança jurídica desejada. É de fato relevante para a sociedade haja vista que a lacuna legislativa não pode mais prosperar, é preciso que o Poder Judiciário supra-a de forma eficaz e coerente, de forma que prevaleça a coesão e não mais a incoerência, a sociedade não pode ficar a mercê da caneta, é preciso elucidar parâmetros doutrinários e jurisprudências que versem sobre apenas uma teoria, gerando mais segurança, balizando a atuação do magistrado e tranquilizando a sociedade, para que não se tenha duas visões completamente diferentes para o mesmo caso.

A lei é garantia para os cidadãos e na sua ausência cabe à doutrina e a jurisprudência suprir essa lacuna e resguardar essa garantia. Não haverá segurança enquanto prevalecer à incerteza na quantificação do dano moral, o juiz não pode ora aplicar um fundamento ora aplicar outro, é preciso que se delimite a fundamentação da quantificação, que o parâmetro seja o mesmo para todos os casos, por mais que o valor resultante, em cada caso, seja diferente.

Dessa forma, a monografia justifica-se, pois, frente à inexistência de regramento legal para quantificar o dano moral e a inúmeras teorias que vem sendo criadas e aplicadas no dia-a-dia forense de critérios diferenciados, resta saber qual delas é a que deve prevalecer no ordenamento jurídico pátrio, qual a que melhor responde aos anseios sociais e jurídicos, capaz de trazer a tão procurada segurança jurídica na prestação do direito.

A fim de buscar a solução do problema, serão adotados métodos de pesquisa múltiplos, dentre eles, se mostram mais pertinentes os métodos de pesquisa nos mais variados acervos bibliográficos e doutrinários, especialmente na área do direito civil, encontrados na biblioteca da Universidade de Passo Fundo, como as obras: “Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil”, dos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Filho Pamplona, “Dano moral e sua reparação”, do autor Augusto Zenun, entre outros. Ainda, serão utilizadas doutrinas do acervo pessoal do pesquisador tal como a obra “Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum”, do autor Nehemias Domingos de Melo. Bem como, será realizada pesquisa em sites de Tribunais Federais e Estaduais com conferência jurisprudencial sobre o assunto e em acervos eletrônicos diversos como, por exemplo, o site do CONPEDI.

O tema escolhido exige, por sua complexidade, uma dinâmica nos métodos de abordagem para que se possa abarcar todas as situações e deduções decorrentes. Assim, a abordagem será feita utilizando o método indutivo e dedutivo de pesquisa, aquele se baseia na generalização de propriedades comuns a certos números de casos, até agora observados, a todas as ocorrências de fatos similares que se verificam no futuro e este é a argumentação que torna explícitas verdades particulares contidas em verdades universais¹. Indutivo no que tange a pesquisa de jurisprudências, isto é, no deslinde da monografia será realizada a pesquisa nos mais diversos sites dos Tribunais, visando um enfoque prático e jurisprudencial, e de acordo com a realidade atual da sociedade e das decisões dos Tribunais, haja vista que para obtermos uma melhor noção dos critérios utilizados para a quantificação do dano moral é preciso ter conhecimento dos procedimentos usados no cotidiano por quem têm o dever de promover o enfrentamento dessa problemática, aproveitando da experiência desses profissionais e de seus julgados para desenvolver reflexões acerca dos parâmetros e das teorias utilizadas para quantificar o dano moral.

No que tange ao método dedutivo, serão consultados vários autores da área do direito civil, atendendo uma necessidade técnica, tendo por escopo desenvolver o trabalho a partir do conhecimento e reflexão dos principais autores da área supramencionada, além de, a partir dessas informações, fazer algumas reflexões sobre o tema, sempre buscando meios mais eficazes e condizentes com os atuais anseios sociais no que diz respeito ao tema da monografia, valendo deste método para analisar, sobre uma ótica crítica, as teorias que se propõem a quantificar o dano extrapatrimonial e os seus respectivos critérios de avaliação, se estes cumprem o seu propósito.

¹ CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p. 33-34.

O capítulo inicial traz uma abordagem histórica do dano moral, com o escopo de evidenciar a sua origem no contexto histórico mundial e posteriormente no direito brasileiro, em especial sobre a sua quantificação. Tratando da evolução do instituto desde a sua origem remota, as evoluções e agregações sofridas pela influência de outros sistemas jurídicos, até o momento atual e sua configuração nos moldes do sistema jurídico pátrio. Bem como, as controvérsias e discussões sobre as quais passou ao longo do tempo que contribuíram para a sua atual configuração.

O segundo capítulo da monografia discorre acerca dos pressupostos para a existência do dano moral e para a sua quantificação, de acordo com os ditames legais vigentes no Brasil. Sobre as espécies de responsabilidade civil, seus elementos e a relação que possuem com o dano moral e com a sua mensuração, mostrando as particularidades que influenciam no quantum indenizatório de cada espécie de responsabilidade civil e, criando o campo fértil para as explicações sobre as teorias quantificadoras do dano imaterial do terceiro capítulo.

O último capítulo é o cerne do trabalho. Trata das teorias existentes que visam quantificar o dano moral, sendo elas: a teoria da compensação, a teoria do dano punitivo e a teoria do tabelamento. Analisando uma por uma, abordando as suas vantagens e desvantagens com o intuito de evidenciar qual delas teria a melhor aplicabilidade no cotidiano forense. Ainda, são verificadas as decisões dos principais Tribunais do país, demonstrando a preferência da jurisprudência por uma ou por outra das teorias explicadas, para que, no final, se possa concluir sobre qual delas é a mais apta a preencher a lacuna legislativa e quantificar o dano moral com maior congruência e segurança.

1 CONTEXTO HISTÓRICO: EVOLUÇÃO DO DANO MORAL E DE SUA FORMA DE REPARAÇÃO NA HISTÓRIA

O surgimento do dano moral e de sua reparação tem origem controversa na doutrina brasileira. A previsão do dano imaterial e de sua quantificação remonta a Antiguidade, ao surgimento das primeiras civilizações nas quais já podia se observar as primeiras disposições legais que visam tutelar a matéria.

A evolução do instituto ganhou corpo conforme a sociedade foi tornando-se mais civilizada. Da precária previsão no Código de Hamurabi, baseado na vingança privada, passando pela codificação de Manu, calcada no ressarcimento pecuniário do dano e ganhando grande corpo material e processual no direito romano.

O surgimento do dano moral e de sua reparação no direito brasileiro ocorreu tardiamente, não havendo disposições quando das Codificações Imperiais e Coloniais. Somente com o advento de legislações esparsas, posteriores a proclamação da República, foi que o instituto começou a ganhar forma em nosso ordenamento pátrio, ainda que sobre muita divergência doutrinária e jurisprudencial que persistiram durante longa data permeando a aplicação do Código Civil de 1916 até meados da década de 70.²

A controvérsia somente cessou quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 sendo ratificado no Código Civil de 2002 que previam, de forma expressa a previsão do dano moral e de sua reparação colocando fim a toda e qualquer controvérsia sobre o instituto e adotando a doutrina majoritária acerca do tema.³

Apesar da previsão legal para a reparação e configuração do dano moral, a lei não abordava a forma de quantificação do dano extrapatrimonial sofrido, deixando, mais uma vez, uma lacuna em nosso ordenamento cabendo à doutrina e jurisprudência criarem critérios e formas para tutelar e dar mais segurança à quantificação do dano imaterial.

Nesse sentido, diversas teorias surgiram e vem sendo aplicadas para aferir e restituir o dano moral sofrido, porém nenhuma delas é aplicada de forma pacífica o que gera grande insegurança de modo que se faz necessário analisar as teorias existentes e, se possível, abordar novas ideias pra suprir esta deficiência trazendo mais qualidade nas decisões, uniformizando-as, e colocando um ponto final nas discussões deste cunho.

² REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 17-23.

³ SHARP JUNIOR, Ronald A. **Dano moral**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Destaque, 2001, p. 1-5.

1.1 - Dano moral e sua reparação na antiguidade

Nos primórdios da humanidade a autotutela imperava como o instrumento apto e usual para a solução dos conflitos provenientes das relações humanas. O homem mais forte sobrepujava o mais fraco através do uso da força bruta, ou então o grupo social mais evoluído e em maior número impunham sua vontade contra as tribos menos favorecidas e frágeis.

Não havia um Estado estruturado para conter a imposição da vontade do mais forte sobre o mais fraco, não havia garantia de justiça, nem resposta proporcional ao agravo sofrido, imperando, pois, a autotutela na solução dos conflitos privados.⁴

Sobre autotutela, insta trazer a colação o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover: “Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão.”⁵

Neste contexto remoto e antigo da história humana o dano moral já se fazia presente, bem como a dificuldade para avaliar a sua extensão e proporcionar a sua quantificação. Em um primeiro momento não havia codificações tipificando a espécie e conceituando-a sendo a sua proteção e restituição baseada no mencionado instituto da autotutela. Ou seja, caso houvesse um dano moral, aquele que sofreu com a dor psíquica ou pessoa próxima a esta faria a vingança privada por meio da imposição da força, lesando igualmente ou de forma mais danosa o ofensor ou, ainda, tomando posse de bens que compunham a propriedade do ofensor e de sua tribo.⁶

Nesse sentido, Nehemias Domingos de Melo ensina que:

É preciso rememorar que nos primórdios da civilização o homem se defendia das agressões sofridas, fossem morais ou físicas, com suas próprias forças, com as quais reprimia as ameaças, sendo em muitos casos auxiliado pelo grupo do qual fazia parte. Com isso, a cada agressão sofrida, movia-se o sentimento de vingança pessoal para satisfação da dor sofrida.⁷

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Medeiros, 2009, p. 26-28.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Medeiros, 2009, p. 27.

⁶ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3-6.

⁷ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3.

A ideia de direito era calcada na moral coletiva, no instinto humano que determinava o que era certo e o que era errado, o que era justo e o que era injusto. Dessa forma, se um indivíduo ofendesse, ainda que moralmente, um membro de outra tribo, esta se vingaria daquele usando da força, muitas vezes de maneira desproporcional ao dano sofrido, valendo-se da autotutela para a satisfação do dano moral.

Nesse prisma, no surgir da humanidade não havia um parâmetro para a fixação do *quantum* indenizatório para ressarcir o dano extrapatrimonial, existindo apenas uma vingança privada dirigida ao ofensor como forma de satisfazer a moral do indivíduo ou de sua tribo.

A sociedade evoluiu, passando a se tornar mais organizada e civilizada, assim como os institutos jurídicos que passaram da arcaica autotutela para a autocomposição e para a arbitragem e, em momento posterior, para jurisdição, ainda que precária. Nesse novo horizonte da civilização humana passou o Estado a exercer a tarefa de distribuir a justiça colocando-se no lugar do ofendido e do ofensor de forma imparcial, ou ainda de forma indireta através de um pretor ou por meio de arbítrios, que eram pessoas indicadas por ambas as partes nas quais ambos confiavam e que detinham a função de mediar à questão em conflito.⁸

Frutos dessa transformação surgiram ao redor do mundo antigo os primeiros registros de legislações que visavam tratar e regulamentar o dano moral e a sua indenização. O primeiro código a tratar sobre o assunto foi o Código de Hamurabi.⁹

O referido código é originário da Mesopotâmia, promulgado pelo Rei Hamurabi, que viveu entre 1792-1750 a.C. descoberto por uma expedição francesa, o código traz 282 dispositivos dentre os quais fica evidente a tentativa, ainda que de forma insípida, de regulamentar o dano moral.¹⁰

Conforme os ensinamentos de Nehemias Domingos de Melo, o código de Hamurabi previa duas formas de reparação do dano, sendo as ofensas pessoais reparadas mediante ofensa igual a ser dirigida ao ofensor, e também a possibilidade de reparação pecuniária do dano sofrido.¹¹

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Medeiros, 2009, p. 27-28.

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99-100.

¹¹ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3.

É visível a pretensa regulamentação quando se observa o disposto nos parágrafos 197 e 200 do Código de Hamurabi¹² que tratam da reparação do dano mediante ofensa igual dirigida ao ofensor:

§ 197. Se quebrou o osso de um awilum: quebrarão o seu osso.

§ 200. Se um awilum arrancou um dente de um awilum igual a ele: arrancarão o seu dente.¹³

Notável a ideia de que não se trata de receber uma indenização pecuniária pelo dano sofrido, mas sim de renovar a moral abalada pelo dano, com outro dano idêntico, em uma espécie de vingança pessoal com o intuito de satisfazer o ego pessoal da vítima ao ver o seu ofensor sofrer.

Bem como, ao analisar os parágrafos 209, 211 e 212 do referido código, que tratam de reparação pecuniária para o dano moral sofrido:

§ 209. Se um awilum ferir o filho de um outro awilum e, em consequência disso, lhe sobrevier um aborto, pagar-lhe-á dez ciclos de prata pelo aborto.

§ 211. Se pela agressão fez a filha de um Muskenun expelir o (fruto) de seu seio: pesará cinco ciclos de prata.

§ 212. Se essa mulher morrer, ele pesará meia mina de prata.¹⁴

Observa-se que ainda que precárias e bárbaras as formas de compensar o dano moral sofrido pela vítima, estas lhe traziam um alento, pois a vítima sentia no sofrimento de seu ofensor um sentimento de satisfação pessoal, de conforto e de justiça. E, pela forma de restituição pecuniária, a amenização do sofrimento pelas regalias trazidas com a indenização.

Não obstante, as indenizações ainda detinham traços punitivos ligados ao direito penal e não somente ao direito civil da reparação do dano propriamente dita, baseados no clássico axioma “olho por olho dente por dente” que consubstanciava a lei do talião. A punibilidade da medida servia para evitar a repetição do ato ilícito e minimizar o sofrimento da vítima,

¹² HAMURABI, Código. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/hamurabi.htm>>. Acesso em: 12 maio. 2012.

¹³ HAMURABI, Código. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/hamurabi.htm>>. Acesso em: 12 maio. 2012

¹⁴ HAMURABI, Código. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/hamurabi.htm>>. Acesso em: 12 maio. 2012

causando a todos os que presenciavam a aplicação da lei o temor da punibilidade e a imposição de respeito às normas.¹⁵

Cumprido dizer que, as medidas do código de Hamurabi visavam impedir a autotutela e resguardar certos direitos, inclusive, como visto, os direitos personalíssimos calcados na moral e na honra do indivíduo, dando ao ofendido uma compensação para os danos extrapatrimoniais sofridos.

Nesse entendimento manifesta-se Wilson de Melo da Silva:

[...] estabelecendo uma exceção ao direito de vindita, ordenava, em favor da vítima, o pagamento de uma indenização, o que denuncia um começo da ideia de que resultou modernamente a chamada teoria da compensação econômica, satisfatória dos danos extrapatrimoniais.¹⁶

Mais evidente se torna esta compensação e a regulamentação dos danos morais no presente código quando observamos o parágrafo 127, que preconizava: “Se um homem livre estendeu o dedo contra uma sacerdotisa, ou contra a esposa de um outro e não comprovou, arrastarão ele diante do juiz e raspar-lhe-ão a metade do seu cabelo”.¹⁷

Trata-se de compensação moral prevista por injúria e difamação da família. Augusto Zenun comenta o referido dispositivo, afirmando que é uma hipótese de indenização por danos morais:

[...] aí está uma pena de reparação do dano moral, que não se refere a dinheiro ou a qualquer outra coisa econômica, donde se conclui, de maneira clara e insofismável, que àquela época já se reconhecia o dano moral, cuja reparação nada tinha de pecúnia.¹⁸

Dessa forma, é cristalino que o Código de Hamurabi trouxe a ideia de dano moral e previu modalidades de sua reparação, de forma pecuniária e também por medidas alternativas extrapatrimoniais.

¹⁵ SILVA, Américo Luís. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 65-71.

¹⁶ MELO SILVA, Wilson de. **O dano moral e sua reparação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.6.

¹⁷ HAMURABI, Código. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/hamurabi.htm>>. Acesso em: 12 maio. 2012.

¹⁸ ZENUN, Augusto. **Dano moral e a sua reparação**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 6.

Por consequência, no código de Hamurabi não havia uma preocupação em quantificar o dano moral sofrido. Resumia-se a legislação a determinar as hipóteses em que ocorreria a reparação pecuniária, com valores previamente definidos na codificação, e as hipóteses em que o mal sofrido pela vítima seria infringido ao ofensor de forma idêntica.¹⁹

Porém, o código de Hamurabi não foi o único na antiguidade a trazer dispositivos que tratavam do dano moral e de sua reparação. O código de Manu, a mais antiga codificação da Índia, calcada em dogmas hinduístas, também previa a reparação pela ocorrência de dano moral.

O código de Manu difere do Código de Hamurabi na medida em que este tinha como prioridade o ressarcimento da vítima através de uma lesão igual provocada contra o ofensor; enquanto que aquele previa uma reparação de caráter exclusivamente pecuniário, mostrando assim um avanço no que tange a reparação do dano moral.²⁰

Augusto Zenun discorda da ideia de que o dano moral estava presente no código de Manu, afirmando que o código possuía um espírito miserável, criado para satisfazer a vontade da casta sacerdotal que era ambiciosa, vil egoísta, visando favorecer a escravidão.²¹

Contudo, a doutrina majoritária afirma que o código de Manu realmente representou um avanço no que diz respeito à indenização do dano moral, trazendo ainda passagens do código em que é nítida a congruência da afirmação, como ocorre em trechos da obra de Américo Luís Martins da Silva que comenta acerca da previsão da reparação do dano moral no código de Manu e esclarece:

[...] descumprir a palavra empenhada ou as cláusulas de um contrato equivalia, para o contratante inadimplente, além do pagamento da indenização em virtude dos prejuízos materiais a que tivesse causado à outra parte, também a sujeição à pena de desterro (expatriação, deportação, degredo ou exílio).²²

Percebe-se que a indenização ia além do dano material sofrido pelo contratante vítima do inadimplemento da outra parte, sendo aplicada a este, também, uma pena pela atitude de má-fé que gerou prejuízos materiais e morais a qual consubstanciava em ser desagregado de

¹⁹ZENUN, Augusto. **Dano moral e a sua reparação**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 6

²⁰GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.

²¹ZENUN, Augusto. **Dano moral e a sua reparação**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 6.

²²SILVA, Américo Luís. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

seu meio social. Era possível que apenas o pagamento da indenização em razão do descumprimento fosse suficiente para a reparação do dano material, mas o código previa a pena de desterro para satisfazer o dano moral sofrido pela vítima.

O autor segue dizendo que existiam vários outros dispositivos que demonstravam de forma mais nítida a reparação do dano moral. Como, por exemplo, no § 224 do Livro VIII, que autoriza ao rei impor pesada multa àquele que desse, em casamento “uma donzela com defeito”, sem antes ter alertado o interessado, bem como no § 225 que previa que a pessoa que declarasse, por maldade, não ser virgem uma jovem, estava sujeito ao pagamento de valor pecuniário.²³

Não houve avanços relevantes em relação à quantificação do dano moral no código de Manu que apenas passou a reparar pecuniariamente os danos sofridos e não mais pela lei do talião.

Após esse avanço histórico pelo qual passou o dano imaterial, que evoluiu de vingança privada nos primórdios dos tempos calcada pela autotutela para uma “vingança na medida certa” prevista no código de Hamurabi e desaguou em uma restituição pecuniária no código de Manu, chega-se a Roma onde o instituto do dano moral e a sua quantificação começam a ganhar contornos mais nítidos e definidos, com a criação de codificações que vão lapidando o instituto até torná-lo mais condizente com uma sociedade civilizada.

Foi na Roma antiga que surgiram muitos dos preceitos conhecidos até hoje no direito, entre os quais, o de “dar a cada um o que é seu”, “viver honestamente” e “não lesar outrem”. Para os romanos todo o ato que tivesse como consequência prejuízo ao patrimônio do indivíduo ou a sua honra deveria ser reparado, pois a fama honesta era considerada pelos romanos como um patrimônio, sendo um direito personalíssimo do qual a sua infração configuraria indenização por danos morais.²⁴

Ensina sobre o tema o douto doutrinador, anteriormente citado, Américo Luís Martins da Silva afirmando que para o estudo da responsabilidade civil no direito romano tem que se ter em mente três períodos distintos. O primeiro período é o da *Lei das XII Tábuas* no ano de 452 a.C, o segundo período é a partir de 286 a.C com a vigência da *Lex Aquilia* e o terceiro período que se iniciou em 528/534 a.C, com a vigência da *Legislação Justiniana*.²⁵

²³ _____. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

²⁵ SILVA, Américo Luís. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 73.

No primeiro período, Lei das XII Tábuas, já se contemplava a indenização por danos morais. Cabe destacar dois dispositivos, entre muitos, da Lei das XII Tábuas que reforçam o defendido pelo autor no trecho supra:

§ 2º. Se alguém causa um dano premeditadamente que o repare.

§ 9º. Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses.

Nota-se que o dever de indenizar não excluía o dano moral, não se questionando a que título o dano era cometido, mas apenas se o mesmo de fato ocorreu, gerando assim a possibilidade de sua reparação.²⁶

A legislação romana distinguiu os delitos públicos dos delitos privados, fazendo uma diferenciação entre punição e restituição, sendo que nos delitos considerados públicos a pena econômica era revertida em prol do Império, enquanto que nos crimes privados a pena em pecúnia era revertida em favor da própria vítima.²⁷

Dentre as espécies de delito privados estabelecidos pelos romanos estava o *damnum iniuria datum*, que nada mais é do que o dano causado pela injúria.²⁸

Com o advento do segundo e do terceiro período (*Lex Aquilia* e *Legislação Justiniana*), a defesa da honra e a reparação do dano moral tornou-se ainda mais intensa.

Como informa Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o cidadão romano que se sentisse vitimado por injúria, poderia entrar com ação pretoriana para buscar a reparação do dano através de uma soma em dinheiro, prudentemente arbitrada pelo juiz, que analisaria de forma contundente todas as circunstâncias do fato.²⁹

A ação chamada *actio injuriarum aestimatoria* é criação da época da Legislação Justiniana e confere a vítima da injúria a faculdade de comparecer frente ao pretor, mediante juramento, e estimar o dano moral sofrido, sendo um verdadeiro arbitramento, uma vez que o pretor ao analisar as circunstâncias do fato e o valor atribuído pela vítima poderá fixar o quantum devido com base no valor estimado pelo ofendido ou atribuir-lhe valor diverso mais

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 4, 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

²⁸ SILVA, Américo Luís. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pg 73.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104

condizente. Trata-se de intervenção do Estado-juiz que poderia delimitar o quantum devido não deixando ao mero arbítrio da vítima, buscando assim uma reparação mais justa para o ofendido e para o ofensor.³⁰

De forma inequívoca demonstra-se a tutela do dano moral no direito romano, tanto na forma extrajudicial quanto na judicial, podendo o cidadão valer-se, inclusive, de ação para pleitear a reparação do dano extrapatrimonial.

Aduz Augusto Zenun que:

[...] a cada ofensa moral correspondia uma reparação em soma de dinheiro, que o juiz aplicava, a seu critério, ao ofensor, em favor do ofendido, reparação essa que não era de quantia maior, mas que desse para aliviar o dano ou minorá-lo, prudentemente.³¹

O avanço no campo da quantificação do dano moral no direito romano foi grandioso, uma vez que o *quantum* indenizatório passou a ser arbitrado pelo juiz, observando as particularidades do caso e a extensão do dano moral, podendo ser estimado pela própria vítima que influenciaria no montante final estabelecido.

Pelo exposto, é pertinente ressaltar que a noção de dano moral e a sua reparação como temos hoje perpassa, principalmente, pela história do direito Mesopotâmio, Indiano e em especial pelo direito Romano, ordenamentos esses que fortemente colaboraram para a evolução do instituto do dano moral, perpassando desde a vingança perpetrada pela máxima da lei do Talião, até a ideia de uma reparação do dano moral calcada exclusivamente no patrimônio do ofensor, baseada em critérios definidos, e arbitrado pelo juiz, preceitos esses que irão nortear as legislações vindouras.

³⁰ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 5.

³¹ ZENUN, Augusto. **Dano moral e a sua reparação**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 9.

1.2 – A história do dano moral e sua reparação no Brasil pré-Constituição Federal de 1988

Para a melhor compreensão do dano moral e de sua quantificação nos dias atuais, é necessário analisar o desenvolvimento do instituto no direito brasileiro antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

No Brasil o conceito de dano moral também sofreu uma evolução com o passar dos anos. Em um primeiro momento, no Brasil Colônia sob a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, não existia qualquer regulamentação expressa em relação à reparação do dano moral, operando-se um verdadeiro retrocesso legislativo em comparação com as regulamentações da antiguidade.³²

Com o advento da Constituição do Império, por expressa determinação dessa, o Código Criminal de 1830 fundiu-se para um código criminal e civil, prevendo reparação natural quando possível, ou a indenização plena. Entretanto, a reparação do dano era restrita ao prejuízo patrimonial, não existindo determinação quanto ao dano moral propriamente dito, sendo a reparação do dano patrimonial condicionada à condenação criminal do ofensor para posterior ressarcimento civil.³³

É o que se entende dos ensinamentos do citado doutrinador Américo Luís Martins da Silva: “Todavia, ali não se aludia à reparação do dano moral, apenas deixava claro que, nos casos de responsabilidade delitual, a indenização deveria ser plena”.³⁴

Nesse sentido, o direito brasileiro não havia previsto o conceito e a reparação do dano moral em sua legislação colonial e imperial, quem dirá falar em quantificação indenizatória do dano moral.

O surgimento do dano moral propriamente dito é assunto que causa divergência na doutrina, afirmando alguns autores que a primeira previsão de reparação por dano moral decorre da Lei nº 2.861 de 1912, que regulava a responsabilidade civil das estradas de ferro do Brasil prevendo a reparação por dano moral de forma clara; enquanto que outros afirmam, sem nem ao menos mencionar a referida lei, que o surgimento do conceito de dano moral e de sua reparação teve origem apenas no Código Civil de 1916; e, ainda, há aqueles, mais

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 4, 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

³⁴ SILVA, Américo Luís. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 155.

radicais, que afirmam que o surgimento da reparação do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro apenas ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Em defesa da existência do dano moral anterior ao Código Civil, previstos na Lei nº 2.861 de 1912, Américo Luís Martins da Silva comenta o artigo 21 da mencionada Lei, e afirma:

Como se vê, o transcrito art. 21 da Lei 2.861, de 07.12.1912, ordena que, “no caso de lesão corpórea ou deformidade, além das perdas e danos, das despesas do tratamento e dos lucros cessantes” (danos materiais), o juiz deve arbitrar “uma indenização conveniente”. Segundo Romão Côrtes de Lacerda, tal indenização conveniente se refere à dor causada à vítima, sem reflexo em seu patrimônio, ou seja, danos morais impostos em virtude de acidente em estradas de ferro.³⁵

Mais uma vez fica a cargo do juiz o trabalho para a fixação do *quantum* indenizatório, sendo por este arbitrado de forma contundente com o dano moral sofrido.

Ademais, importante salientar, como se extrai da leitura acima, que não era mera faculdade do juiz arbitrar o dano moral, mas sim um dever. Ocorrendo a lesão corpórea ou deformidade era dever do juiz arbitrar uma indenização conveniente, além das perdas e danos provenientes do acidente.

Nota-se que a configuração do dano moral estava atrelada à apuração do dano material, bem como que a dificuldade e a falta de parâmetros para mensurar e quantificar o dano moral provém desde antes do Código Civil de 1916, fato esse que está presente em nosso atual Código Civil, conforme será abordado em tempo oportuno.

Nesse norte, outro aspecto importante do artigo 21 da Lei 2.861/1912 é que ele previa a responsabilidade objetiva do transportador, não havendo necessidade de apurar a culpa no caso concreto, bastando que houvesse a lesão ou deformidade.³⁶

Com a publicação do Código Civil de 1916 a controvérsia sobre a indenização do dano moral ganhou força, isso porque autores e jurisprudência da época divergiam em relação à previsão do dano moral e de sua reparação no texto legal.

³⁵ SILVA, Américo Luís. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 160.

³⁶ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 15.

O autor do projeto que resultou no Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, defendia a existência da reparação do dano moral que, em seu entendimento, estaria prevista no artigo 76, porém, outros autores de igual renome afirmavam que esse dispositivo dizia respeito à norma de caráter processual e estaria deslocado no Código Civil não podendo dar a ele esta interpretação.³⁷

Insta trazer a colação o referido dispositivo do Código Civil de 1916 que era assim redigido: “Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.”³⁸

A par da controvérsia existente em razão do artigo 76 do Código Civil de 1916, existiam outras previsões no código que também, em tese, autorizavam a indenização por danos morais, como aduz Clóvis Beviláqua:

Além dos casos especialmente capitulados no Código Civil, como de *damno moral* resarcível outros existem que ele remete para o arbitramento, no artigo 1.553, que se refere, irrecusavelmente, a qualquer modalidade de *damno*, seja patrimonial ou meramente pessoal(...). Ao contrário, a irreparabilidade do *damno moral* aparece no Código como exceção, imposta por considerações de ordem ética e mental. A reparação é a regra para o *Damno*, seja moral, seja material. A irreparabilidade é exceção.³⁹

Percebe-se pelo exposto, levando em consideração as palavras do mestre Clóvis Beviláqua, com autoridade de quem foi o autor do projeto do Código Civil de 1916, que o dano moral e a sua indenização já eram tutelados pelo direito antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Muito embora, boa parte da doutrina criticava a ideia da previsão do ressarcimento do dano extrapatrimonial no referido texto legal, uma vez que a previsão do Código Civil de 1916 não aborda a questão de forma expressa, bem como que o referido dispositivo diz respeito às regras de ordem meramente processuais e não de direito material em si, sendo condição para o exercício do direito de ação e não uma tutela de direito material, por estar disposto no capítulo que regulamentava o procedimento.⁴⁰

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106-108.

³⁸ BRASIL, Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 06 maio. 2012.

³⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do brasil**. 5 ed. São Paulo: Francisco Alves, 1943, p. 319.

⁴⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do brasil**. 5 ed. São Paulo: Francisco Alves, 1943, p. 319.

Com base no exposto, a jurisprudência passou a negar inúmeros pedidos de reparação por dano moral, em consonância com a doutrina majoritária da época. De fato não havia entendimento pacífico quanto ao cabimento e a indenização do dano moral na vigência do Código Civil de 1916.

No que tange ao reconhecimento do dano moral a jurisprudência brasileira dividiu-se em três momentos distintos. Em um primeiro momento era contrária ao reconhecimento do dano moral puro, sendo a negativa total; após passou a aceitar a indenização desde que condicionada a certos eventos; e no final, passou a ter maior aceitação, mas nunca de forma plena e pacífica.⁴¹

Muito embora, desde antes do Código Civil de 1916 era possível verificar jurisprudências favoráveis ao reconhecimento do dano moral e sua reparação como demonstra Augusto Zenun, citando em sua obra a decisão do magistrado Raul de Souza Martins, datada de 1911:

A reparação do dano moral, não há dúvida, é tão justamente devida como a do dano material. As condições morais do indivíduo não podem deixar de merecer uma proteção jurídica igual a sua condição material, e quem por um ato ilícito a diminui deve necessariamente ser obrigado à reparação.⁴²

A doutrina brasileira, por sua vez, dividia-se em três correntes distintas: os adeptos da teoria negativista, defendida por autores como Savigny, Gabba, Massin e Cavagnari, os seguidores da teoria eclética e os defensores da teoria positivista, sustentada por doutrinadores como Ripert, Ferrini, Bruggi, Minozzi, Carnelutti e Savatier.⁴³

Os membros da teoria negativista justificavam a não indenização do dano moral pela falta de um efeito penoso durável do dano, pela incerteza de se haver violado um direito, pela indeterminação do número de pessoas lesadas, pela impossibilidade de quantificar o dano moral e a imoralidade de compensar o sofrimento emocional com dinheiro, entre outros fatores. Os adeptos da teoria eclética, por sua vez, aceitavam a reparação do dano moral em

⁴¹ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17.

⁴² ZENUN, Augusto. **Dano moral e a sua reparação**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 78.

⁴³ ZENUN, Augusto. **Dano moral e a sua reparação**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 75-79.

três situações: quando estes fossem causa eficiente de dano material; quando o mesmo tivesse origem em delito criminal; ou nos casos em que a lei expressamente determinasse.⁴⁴

E, por fim, os seguidores da corrente positivista que defendiam que não havia restrições ao direito de indenizar o dano moral, sendo este pleno e ocasionando o total ressarcimento do dano extrapatrimonial sofrido, teoria essa que foi ganhando grande número de adeptos a ponto de culminar na previsão constitucional da tutela do dano moral na Constituição Federal de 1988, que será posteriormente abordada.⁴⁵

Nehemias Domingos de Melo advoga dizendo que Ávio Brasil, doutrinador adepto da corrente positivista, foi o primeiro a criar um sistema de regras para a quantificação do dano moral, estabelecendo-o, de forma aqui resumida, da seguinte maneira: que a satisfação pecuniária do dano não produza o enriquecimento sem causa à custa da pobreza alheia; a equivalência na indenização de casos semelhantes, levando em conta a repercussão pública, o meio social, e a posição social das partes envolvidas; levando em conta se houve, além do dano, perda de órgão ou membro que resultem em prejuízo de ordem estética ou provável diminuição da atividade, podendo ser elevado o dano conforme o sexo da vítima, a idade e a extensão do mesmo.⁴⁶

A par da posição doutrinária e jurisprudencial da época e de sua evolução com o passar dos anos, a lei também começava a sofrer alterações no sentido de recepcionar o dano moral e a sua indenização.

Com a criação do Código Brasileiro de Telecomunicações, em 27 de agosto de 1962, passou a ter previsão expressa à reparação por danos morais no direito brasileiro, de forma insofismável, bem como previsão de sua quantificação, pormenorizando a forma como o juiz deveria proceder no caso concreto.⁴⁷

Assim previa o artigo 81, caput, da Lei nº 4.117/62:

⁴⁴ ZENUN, Augusto. **Dano moral e a sua reparação**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 75-79.

⁴⁵ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 19-21.

⁴⁶ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20.

⁴⁷ SILVA, Américo Luís. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 206-209.

Independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por êste solidariamente, o ofensor, a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para êle.⁴⁸

O disposto supramencionado resultou em uma verdadeira vitória aos adeptos da reparação do dano moral, estava positivado o salvo-conduto para as ações de natureza extrapatrimoniais. Ainda, afastou a necessidade de uma multa criminal previamente estipulada na qual se embasava o cálculo do dano moral e em consonância com o artigo 84 do aludido texto legal, trouxe um inovador parâmetro para a quantificação do dano moral⁴⁹, dizendo que:

Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.⁵⁰

Tratava-se da primeira previsão legal de parâmetros para a fixação do valor do dano moral. Dessa forma, o juiz passou a ter critérios no momento de quantificar a indenização pelo dano extrapatrimonial, não decorrendo de um mero arbitramento, inteiramente, subjetivo, mas sim calcado em bases fáticas e características pessoais dos agentes envolvidos e da extensão do dano causado.

Preceito que passaria a nortear a atuação do juiz estendendo-se por analogia a outros casos não abrangidos pelo Código Brasileiro de Telecomunicações.

Entretanto, o Decreto-lei nº 236 de 1967, por meio de seu artigo 3º, revogou de forma expressa os artigos mencionados do Código Brasileiro de Telecomunicação, os quais foram substituídos por novos dispositivos legais que não abordavam a questão da reparação e a quantificação do dano moral.⁵¹

⁴⁸ BRASIL, Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962. Instituí o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 07 maio. 2012.

⁴⁹ SILVA, Américo Luís. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 206-209.

⁵⁰ BRASIL, Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962. Instituí o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 07 maio. 2012.

⁵¹ SILVA, Américo Luís. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 209.

Não menos relevante para a história do dano moral no direito brasileiro e de sua reparação, surge a Lei da Imprensa de 1967 que foi criada com o intuito de regular a manifestação do pensamento, de informações e a sua vinculação nos meio de comunicação.

Assim como o Código Brasileiro de Telecomunicação, a Lei da Imprensa previa expressamente a possibilidade de reparação do dano moral causado a outrem no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da vinculação de informações, porém de forma mais coesa e condizente com a realidade social. Nesse sentido, o posicionamento de Américo Luís Martins da Silva:

Como se vê, na Lei de Imprensa houve um avanço em relação ao Código Brasileiro de Comunicações (Lei 4.117, de 27.08.1962), que tratou da reparabilidade dos danos morais puros, pois na Lei 5.250, de 09.02.1967, contemplou-se tal reparação de maneira mais profunda, procurando regulamentar a questão com maior grau de acerto.⁵²

A verdade é que ambos os textos legais cumpriram papel fundamental na formação da jurisprudência brasileira, criando parâmetros de fixação do *quantum* indenizatório e norteando a atuação do juiz, preceitos esses que até pouco tempo ainda influenciavam o judiciário brasileiro.

Nesse diapasão, colabora o estudo realizado por Américo Luís Martins da Silva sobre a evolução da jurisprudência brasileira em que aduz que a interpretação dos Tribunais somente mudou por forte influência dos dispositivos antes citados, quando da III Conferência Nacional dos Desembargadores do Brasil, realizada em dezembro de 1965, na qual ficou reconhecida e passou-se a considerar que o dano moral deveria ser ressarcido também nas hipóteses de puro dano moral, desvinculando-o da relação com o dano material.⁵³

As inúmeras discussões travadas sobre a existência de previsão da reparação do dano moral no Código Civil de 1916, os inúmeros dispositivos legais que surgiram prevendo a espécie e trazendo parâmetros para a mesma culminaram na previsão constitucional da Constituição Federal de 1988, que colocou fim a toda e qualquer discussão acerca deste direito.

⁵² SILVA, Américo Luís. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 218.

⁵³ SILVA, Américo Luís. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 235.

1.3 - Dano moral e sua reparação no Brasil pós Constituição Federal de 1988: conceito e caracterização

Não se pode por preço à dignidade da pessoa humana, da mesma forma que não se devem tarifar os direitos personalíssimos decorrentes desse princípio fundamental que foi elevado a fundamento da República Federativa do Brasil quando da sua posituação no artigo 1º da Constituição Federal pelo poder constituinte originário.

Decorrem da dignidade da pessoa humana os direitos personalíssimos referentes à moral do homem, dentre os quais podem ser citados: o direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, ao decoro, à privacidade, dentre outros.

Acerca do assunto, insta trazer a colocação os dizeres de Carlos Alberto Bittar:

Consideram-se como da personalidade os direitos que são reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.⁵⁴

Esses direitos são vinculados à própria existência humana, assim como o princípio que lhes dão origem, não necessitando de previsão legal para existirem, fazem parte da consciência popular independentemente de reconhecimento estatal. Sendo, por si só, naturalmente existentes.⁵⁵

De tal forma que são considerados como direitos inatos, cabendo ao Estado apenas dar a proteção que lhes é devida, reconhecendo a sua importância e essencialidade para a existência humana. Exercem papel fundamental para a configuração da personalidade da pessoa, sendo que a ausência dos direitos de personalidade faz com que todos os demais direitos subjetivos percam a sua razão de ser para com a pessoa que não mais existiria da mesma forma.⁵⁶

O princípio da dignidade da pessoa humana é, pois, o maior fundamento constitucional que possibilita a indenização por lesões de danos extrapatrimoniais, sendo que qualquer

⁵⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 1.

⁵⁵ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 20.

⁵⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 6-7.

desrespeito à dignidade da pessoa humana resultará na possibilidade de indenização a título de dano moral.⁵⁷

O supracitado princípio e a moral possuem laços íntimos, como demonstra os ensinamentos de Janaína Rigo Santin:

Coisas, bens, têm um preço, enquanto o homem tem dignidade, um valor intrínseco e moral. No momento em que se atribui um preço ao homem, ele passa a ser visto como um objeto, vindo a perder a sua dignidade, sua essência enquanto humano, bem como sua moralidade.⁵⁸

Prossegue a autora afirmando que a dignidade da pessoa humana não diz respeito às características pessoais do sujeito, dos bens materiais que possui, do cargo que exerce, seu poderio social, sua idade, seu gênero e outros elementos externos que o caracterizam no meio social, de forma que não pode se mensurar o valor da dignidade e muito menos aduzir que um indivíduo possui mais do que outro.⁵⁹

Vale dizer que cumpre ao Estado proteger esse princípio e efetivá-lo por meio da promulgação de leis e ações políticas que tenham como objetivo satisfazer as necessidades básicas do ser humano para que lhe seja proporcionada uma existência digna e moralmente aceitável, bem como deve a sociedade fiscalizar e atuar em conjunto com o Estado buscando a maior efetivação dessas medidas.⁶⁰

Nessa esteira, Janaína Rigo Santin afirma que “a dignidade da pessoa humana é um limite e também uma tarefa estatal. Pertence a cada indivíduo isoladamente, não podendo ser alienada, violada ou perdida.”⁶¹ De modo que, uma vez lesado a dignidade da pessoa humana, através da violação dos direitos de personalidade, nasce o dano moral e o dever de repará-lo.

⁵⁷ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 24.

⁵⁸ SANTIN, Janaína Rigo. **O estatuto do idoso: inovações no reconhecimento da dignidade na velhice**. Disponível em: <<http://www.fag.edu.br/professores/gspreussler/Direitos%20Humanos/Estatuto%20do%20Idoso%20e%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

⁵⁹ SANTIN, Janaína Rigo. **O estatuto do idoso: inovações no reconhecimento da dignidade na velhice**. Disponível em: <<http://www.fag.edu.br/professores/gspreussler/Direitos%20Humanos/Estatuto%20do%20Idoso%20e%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

⁶⁰ SANTIN, Janaína Rigo. **O estatuto do idoso: inovações no reconhecimento da dignidade na velhice**. Disponível em: <<http://www.fag.edu.br/professores/gspreussler/Direitos%20Humanos/Estatuto%20do%20Idoso%20e%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

⁶¹ SANTIN, Janaína Rigo. **O estatuto do idoso: inovações no reconhecimento da dignidade na velhice**. Disponível em: <<http://www.fag.edu.br/professores/gspreussler/Direitos%20Humanos/Estatuto%20do%20Idoso%20e%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

Calcado no supramencionado princípio, a Constituição Federal colocou fim a discussão jurisprudencial e doutrinária acerca da possibilidade de configuração do dano moral ao prever de forma expressa, e dando força de direito fundamental, que a violação aos direitos personalíssimos, ainda que em caráter imaterial resultassem em indenização pecuniária. E o fez em seu artigo 5º, incisos V⁶² e X⁶³ do referida Carta Magna.

André Gustavo de Andrade, colaborando com o entendimento colacionado aduz que:

Um dos grandes avanços proporcionados pela vigente Constituição Federal foi a consagração definitiva do direito à indenização por dano moral. Os incisos V e X do art. 5º da Carta Constitucional incluíram, no rol dos direitos fundamentais, o direito à indenização pelo dano decorrente de violação da esfera moral da pessoa.⁶⁴

Nesse sentido, todas as pessoas têm direito à reparação do dano imaterial sofrido, seja adulto ou criança, portadora de doença mental ou em estado vegetativo, não importa. Os direitos fundamentais estabelecem igualdade entre todos e estende a aplicação deste direito a todo o ser humano.⁶⁵

O legislador constitucional originário estava atento ao avanço doutrinário e jurisprudencial brasileiro de tal forma que positivou o dano moral na Constituição Federal afastando, de uma vez por todas, todo e qualquer argumento desfavorável à configuração e restituição do dano extrapatrimonial.

Por consequência dos preceitos promulgados e com base na dignidade da pessoa humana é passível concluir que não há limitação ao dever de indenizar decorrente do dano moral, sendo a reparação ampla e definitiva. Ademais, não existe um rol taxativo de direitos personalíssimos, na medida em que toda a violação que afete este instituto ou que venha contra a dignidade da pessoa humana pode ocasionar o dever de reparar o dano extrapatrimonial.⁶⁶

⁶² “V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

⁶³ “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”.

⁶⁴ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 7.

⁶⁵ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 28-29.

⁶⁶ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 22.

A ideia passou a ser recepcionada por leis infraconstitucionais posteriores à Carta Maior, tais como o Código de Defesa do Consumidor que seguindo a lógica do texto constitucional também previu a reparação de forma ilimitada, ampla, total e irrestrita, não se subordinando a nenhuma forma de tarifamento ou limitação.⁶⁷

Sobre as previsões expressas de proteção dos direitos personalíssimos e a possibilidade de dano moral no Código de Defesa do Consumidor, insta aludir o seguinte trecho doutrinário:

[...] o legislador não só inseriu entre os direitos básicos do consumidor o direito ao ressarcimento integral de seus prejuízos (materiais ou morais)[...]. Também consignou formas pela qual o consumidor possa defender a sua honra, proibindo cobranças vexatórias (art. 42), bem como assegurou a possibilidade de repetição de indébito em dobro nos casos de cobrança indevida ou excessiva (art. 42, parágrafo único), cuidou também de oferecer proteção contra a publicidade enganosa, métodos comerciais desleais e práticas abusivas[...].⁶⁸

O código civil de 2002 seguiu a tendência constitucional no que diz respeito à reparação do dano moral. Dando grande relevância à questão da moralidade, de modo que a conduta imoral gera o dever de reparar tanto na formação de um contrato, que tenha por objeto algo imoral aos preceitos legais e sociais, quanto na ocorrência do dano moral por ventura de ato ilícito em qualquer relação social.⁶⁹

É evidente que a codificação civil do novo milênio tem o intuito de formar uma sociedade mais justa e moral, prevenindo atitudes que quebrem com a confiança social e gerem imoralidade. É o que se observa, por exemplo, nos artigos 883 e 1.638 da supracitada legislação, entre outros que abordam o assunto.

A previsão da tutela e reparação do dano moral está expressamente prevista no Código Civil conforme o disposto no artigo 186, que está assim redigido:

⁶⁷ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 25.

⁶⁸ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 25.

⁶⁹ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 31-33.

Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.⁷⁰

Cessa toda e qualquer discussão acerca da reparação por dano moral, acolhendo a jurisprudência e a doutrina de forma uníssona que toda a violação a direitos personalíssimos gera o dever de indenização, que não se consuma apenas no dano material, mas também abarca o dano moral, ainda que esse ocorra de forma única e exclusiva.

Sendo pacífico o entendimento de que a reparação do dano moral está positivada no ordenamento jurídico brasileiro e é protegida a sua reparação, de forma ampla. Devem ser analisados os pressupostos para tal indenização, bem como o próprio conceito de dano moral trazido pelo Código Civil atual, em consonância com a Constituição Federal, além do posicionamento doutrinário.

Em relação ao conceito do dano moral, Maria Helena Diniz leciona que: “O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 STJ), provocada pelo fato lesivo.”⁷¹ Entende a autora, que o dano moral tem natureza pessoal, não necessariamente advindo da lesão de uma faculdade moral, podendo ser provocado por um dano material que gera consequências na psique do indivíduo.

Ainda, no dano moral não é indispensável à presença de sentimento desagradável, como dor e tristeza como ocorre com as pessoas jurídicas, na qual o dano moral é constatado com a perda de mercado em decorrência do fato ilícito que gerou o dano.⁷²

Nehemias Domingos de Melo, citando em sua obra os ensinamentos de Wilson Melo da Silva, aduz:

[...] os danos morais são definidos como sendo as lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.⁷³

⁷⁰ BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Instituí o Código Civil. Disponível em: ≤ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18 maio. 2012.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

⁷² MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

⁷³ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6.

O dano moral nada mais é do que uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana, não se restringindo apenas a dor, sofrimento, angústia, sua proteção engloba todos os direitos personalíssimos, até mesmo os meramente de ordem ética (plenamente subjetivos), sendo um dano de caráter imaterial e não patrimonial. Assim sendo, é insuscetível de valoração pecuniária, devendo ser apenas compensado com a imposição ao causador do dano o dever de satisfazê-lo.⁷⁴

Os danos morais podem atingir a própria pessoa, sendo denominado de dano moral direto, atingindo os direitos personalíssimos da vítima sem que haja um interposto como, por exemplo, nos crimes contra a honra (art. 953 do CC). Ou podem ser de forma indireta, também chamado de danos morais por ricochete, atingindo a pessoa de forma reflexa e não diretamente como, por exemplo, a morte de um familiar por consequência de um ato ilícito de outrem (art. 948 do CC).⁷⁵

Os danos morais, ainda, são classificados em subjetivos, necessitando da prova de sua configuração e dano para que haja o dever de reparação. Ou objetivos, que são aqueles presumidos, *in re ipsa*, bastando que ocorra o fato para que configure o dano moral.⁷⁶

Não há critérios objetivos definidos em lei para a caracterização do dano moral, restando ao operador do direito a tarefa de buscar na jurisprudência e na doutrina parâmetros para verificar a ocorrência do dano imaterial.

Nesse ponto, é necessário cauto e bom-senso de modo que não pode um mero desabor cotidiano levar a configuração do dano moral. Nossa sociedade é complexa e possui relações sociais das mais variadas que nos proporcionam diversas sensações, algumas boas e outra nem tanto, não se pode tomar por base toda e qualquer desilusão ou aborrecimento para a caracterização do dano moral. Para que esse se configure é necessário levar em conta a figura do homem médio da sociedade, bem como observar se restam feridos os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, de cunho personalíssimo.

Ademais, como dito, desde o direito romano os direitos de personalidade, tais como a honra, são considerados como patrimônio da pessoa e sendo lesado esse patrimônio subjetivo e privado nasce o dever de indenizar e o direito de ser ressarcido pelo prejuízo moral sofrido.

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 85-86.

⁷⁵ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 71-77.

⁷⁶ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 66-68.

É possível configurar o dano moral através de trechos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

Derivam, portanto, de práticas atentatórias à personalidade humana [...] ⁷⁷. Traduzem-se em um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida [...] ⁷⁸ [...] capaz de gerar alterações psíquicas ou prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral do ofendido [...] ⁷⁹.

Diante do exposto, os danos morais caracterizam-se quando do ato ilícito que lesam direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, mais propriamente os direitos personalíssimos, ocorrendo na esfera da subjetividade, no íntimo do indivíduo, causando-lhe um abalo em sua psique de modo a desestruturá-lo emocionalmente.

Entendido a história do surgimento do dano moral nas mais diversas civilizações e compreendido o conceito, bem como a sua caracterização resta enfrentar a problemática cerne do presente trabalho que trata da reparação do dano imaterial, mais precisamente das teorias utilizadas para auferir o *quantum* indenizatório.

O Código Civil de 2002 não trouxe dispositivos que tratam da quantificação do dano moral limitando-se em seu artigo 927 a afirmar que aquele que causa dano a outrem, ficará obrigado a repará-lo.

Não há fixação de parâmetros claros e objetivos para apurar a quantificação do dano moral. De modo que imperam dúvidas sobre os critérios aplicáveis para a sua reparação. A doutrina e a jurisprudência brasileira, amparados em direito comparado, visam trazer formas mais pertinentes e adequadas para o arbitramento do dano moral sofrido.

As teorias adotadas de forma implícita pelo Código Civil, bem como as demais teorias aplicadas na jurisprudência e defendidas pela doutrina, serão analisadas no presente trabalho, buscando evidenciar qual delas é a que melhor responde aos anseios do direito brasileiro.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 4.236-SP**. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 16 ago. 2012.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 67.754-SP**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 16 ago. 2012.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 116.381-RJ**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 16 ago. 2012.

2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL, SEUS ELEMENTOS E A RELAÇÃO COM A CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL

Como visto a evolução do dano moral e de sua quantificação ocorreu de forma gradual, transpassando de uma vingança coletiva para privada sob os ditames da Lei do Talião. Após esse período o direito romano trouxe um novo panorama estabelecendo as diretrizes da responsabilidade civil, criando uma forma pecuniária de indenização tendo por base a quantificação do valor do dano sofrido.

Porém, para que se possa entender a atual conjuntura da quantificação do dano moral no direito brasileiro e analisar as principais teorias pertinentes ao tema faz-se necessário estudar os pressupostos da responsabilidade civil, em especial as espécies de responsabilidade civil e os seus elementos caracterizadores.

Para uma melhor compreensão da quantificação operada em relação ao dano moral, é essencial que se leve em conta a sua configuração no atual ordenamento jurídico, de modo que possam ser respondidas incógnitas que são inerentes ao assunto, como por exemplo, quando nasce o dano moral? Quais os seus elementos caracterizadores? Como se opera o dever de indenizar na responsabilidade decorrente da ocorrência do dano não patrimonial?

Esses e outros questionamentos são indispensáveis para a compreensão das teorias quantificadoras do dano moral, bem como para verificar qual delas é a que melhor responde aos anseios jurídicos e sociais da atualidade.

Para tanto, nesse capítulo será estudado o conceito de responsabilidade civil em seu sentido amplo, bem como as espécies doutrinariamente aceitas fazendo-se alusão à responsabilidade subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual, direta e indireta. Bem como, os elementos que configuram a responsabilidade civil: ato ilícito, nexo causal, dano e, em certos casos, a conduta culposa.

Por fim, será tratado acerca da configuração do dano moral propriamente dito segundo os ditames da responsabilidade civil, anteriormente abordados, fazendo a ligação com as teorias quantificadoras do dano extrapatrimonial e os elementos caracterizados do dever de reparar. Analisando, também, a teoria da irreparabilidade do dano moral, preparando o terreno para o estudo e análise das teorias que tentam mensurar o dano moral, que serão esmiuçadas no capítulo final do presente trabalho.

2.1 – Da Responsabilidade civil e suas espécies

A responsabilidade civil é inerente à estrutura da sociedade moderna. Esta se organiza socialmente em torno de regras jurídicas e consuetudinárias de convívio que todos devem observar para que possamos coabitar de forma ordeira e pacífica. Quando alguém descumpre essas regras e ocasiona prejuízo a outrem nasce o dever de indenizar.

Sendo assim, a responsabilidade civil é um fenômeno jurídico que decorre da própria convivência conflituosa do ser humano em sociedade, sendo em sua essência, um conceito uno e incindível.⁸⁰

De fato quando em um ordenamento jurídico são estipulas regras de conduta, essas se consubstanciam em deveres que podem ser positivos no sentido de estabelecerem a realização de determinada ação como dar e fazer, mas também podem ser negativos exigindo do indivíduo uma postura de omissão, isto é, um não fazer ou o dever de tolerar determinadas ações contra a sua pessoa e o seu patrimônio. Pode-se dizer que existe um dever geral de não lesar a ninguém, herança do longínquo direito Romano.⁸¹

Toda a vez que um dever imposto pela ordem jurídica é violado ocorre um ato ilícito que, gerando dano a terceiro, resulta na obrigação de indenizar. Ensina Sérgio Cavalieri Filho que há um dever jurídico originário (ou primário) cuja não observância gera um dever jurídico sucessivo (ou secundário) que nada mais é do que o dever de reparar o dano decorrente da violação do dever originário.⁸²

É nesse contexto que nasce a responsabilidade civil. A doutrina tem certa dificuldade em conceituá-la em face de ser um tema amplo, extenso e complexo, que aborda inúmeras situações fáticas do cotidiano. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho trazem o seguinte conceito:

[...] a noção jurídica de responsabilidade pressupõem a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).⁸³

⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1.

⁸² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 2.

⁸³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

Por outro lado, Maria Helena Diniz traz um conceito mais abrangente e completo acerca da responsabilidade civil:

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou de animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.⁸⁴

Percebe-se que o dever de indenizar pode não ser originário da conduta daquele que terá a obrigação de reparar o dano, como ocorre, por exemplo, com os pais que responderão pela conduta ilícita e danosa de seus filhos menores no que tange ao dever de reparar, pois esses têm o dever legal de cuidado e guarda daqueles. Bem como, o dever de indenizar não decorre somente da conduta humana propriamente dita, podendo vir a ser ocasionada por comportamento de um animal ou pelo fato prejudicial decorrente de alguma coisa.

Para Sérgio Cavalieri Filho a responsabilidade civil é a dever que o sujeito tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico, sendo uma obrigação sucessiva que nasce para recompor o prejuízo decorrente da quebra de um dever jurídico originário.⁸⁵ Vários são os deveres jurídicos originários impostos aos indivíduos podendo-os decorrer da lei ou da vontade das partes expressa por meio de um contrato.

Em que pese o conceito da doutrina, toda a ideia de responsabilidade civil está calcada na configuração do dano, isto é, no prejuízo decorrente da conduta do agente a um terceiro, pois não se pode falar em obrigação de indenizar sem que haja ocorrido um dano de ordem civil ou penal, é, pois, pressuposto de qualquer espécie de responsabilidade civil.⁸⁶

Pela complexidade e abrangência do tema a doutrina divide as espécies de responsabilidade civil em relação ao fato gerador, ao fundamento e ao agente. Quanto ao fato gerador a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual. Em razão dos fundamentos a responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva e, por fim, em relação ao agente a responsabilidade poderá ser direta ou indireta.⁸⁷

Abordando a responsabilidade civil quanto ao fato gerador essa se divide em responsabilidade contratual ou extracontratual. A responsabilidade contratual é aquela que

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 2.

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 8-13.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147.

ocorre quando há uma violação de uma obrigação imposta em um negócio jurídico; enquanto que a responsabilidade extracontratual é aquela que decorre diretamente da lei ou de preceitos gerais do direito.⁸⁸

Nota-se que na responsabilidade contratual já há um pré-acordo de vontades entre as partes, existe uma obrigação bilateral ou unilateral vinculando-as, e o descumprimento ou inadimplemento deste é que gera o dever de indenizar; enquanto que na responsabilidade extracontratual ou *aquiliana* o dever nasce da lei, sendo que as partes não possuem um vínculo pretérito.⁸⁹

Em ambas as formas mencionadas há a violação a um dever jurídico pré-existente decorrente da lei ou dos preceitos gerais do Direito (extracontratual), ou da vontade das partes firmadas em um negócio jurídico (contratual). Nesse norte leciona Sérgio Cavalieri Filho ao dizer que:

Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado *ilícito* contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos. Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o *ilícito é extracontratual*, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.⁹⁰

Insta trazer a colação os ensinamentos de Maria Helena Diniz sobre o tema:

a) responsabilidade contratual, se oriunda de inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar.⁹¹

A autora segue a linha lógica de raciocínio, conceituando e diferenciado a responsabilidade extracontratual, também chamada de *aquiliana*, afirmando que não há vínculo prévio entre as partes, nem relação jurídica preexistente. Afirma que tal espécie de responsabilidade é decorrente do ato ilícito, do inadimplemento normativo, isto é, a não

⁸⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, vol. 2, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 274.

⁸⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, vol. 2, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 274-275.

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145-146.

observância da lei que gera prejuízo a outrem e que não necessariamente detinha qualquer relação com o causador do dano.⁹²

No que diz respeito à responsabilidade civil classificada pelo fundamento tem-se, como visto, a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. A primeira é aquela que decorre de dano ocasionado em função de ato doloso ou culposos.⁹³ Nesse caso, a prova da culpa do agente será um pré-requisito para a reparação do dano, tem que haver uma ação ou omissão prejudicial à terceiro, normalmente decorrente de uma imprudência, negligência ou imperícia. Esse é o entendimento sedimentado no artigo 186 do Código Civil de 2002, já mencionado nesta obra.

Verifica-se a exigência de uma ação ou omissão voluntária, isto é, culposa, direcionada a um fim, que cause dano a outrem, mesmo que exclusivamente moral.

Sobre a responsabilidade civil subjetiva afirma Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuque sua culpa nocet*.”⁹⁴

Já a responsabilidade objetiva, por sua vez, não se baseia em culpa, não exigindo a sua ocorrência para a configuração do dever de reparar. Explica a douta professora Maria Helena Diniz:

[...] fundada no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens (RF, 284:274; RT, 579:135, 611:275, 620:197). É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar.⁹⁵

Essa espécie de responsabilidade é baseada no risco, se o agente assume a produção do risco recebendo algo em troca tem o dever de reparar o dano que eventualmente possa ser ocasionado. A noção de risco funda-se na própria atividade exercida pelo agente sendo

⁹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

⁹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56.

⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

inerente a esta, podendo-se dizer que é previsível a possibilidade de acontecer um evento danoso no decorrer da prestação do serviço.⁹⁶

O Código Civil vigente positivou a teoria da responsabilidade objetiva em seu artigo 927, § único, ao estabelecer que:

Artigo 927, § único - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.⁹⁷

Sérgio Cavalieri Filho acrescenta ao estudo o fato de que a responsabilidade subjetiva necessita da prova da culpa do agente, pois aquele que sofre o dano precisa demonstrar que o ato ilícito foi fruto de culpa lato sensu. Na responsabilidade objetiva, por sua vez, como se extrai da leitura do artigo supracitado, este nada elucida acerca da incidência de culpa. Não havendo assim a exigência de sua prova no caso concreto, nem ao menos há a necessidade de auferir quanto à presença do elemento volitivo de praticar o dano, bastando que a conduta daquele que causou o prejuízo seja tipificada na norma, ou seja, apenas exige a verificação da materialidade ou exterioridade da conduta ou do fato, em relação à desconformidade com o dever originário proposto pelo direito.⁹⁸

Dessa forma, pode se dizer que o direito brasileiro detém uma forma dual de responsabilidade civil no que tange ao fundamento: a teoria subjetiva baseada na culpa; e a teoria objetiva baseada no risco da atividade.⁹⁹

Cabe, ainda, fazer referência a espécie de responsabilidade decorrente do agente, que pode ser direta ou indireta. Com muita propriedade, de forma simples e didática, lesiona Maria Helena Diniz acerca do tema:

a) direta, se proveniente da própria pessoa imputada – o agente responderá, então, por ato próprio; *b) indireta* ou complexa, se promana de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda.¹⁰⁰

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

⁹⁷ BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 de julho. 2012.

⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 13-17.

⁹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57-58.

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

Como já visto, a responsabilidade em relação ao agente será direta quando o dever de indenizar recair sobre a mesma pessoa que ocasionou o dano; e indireta quando o dever de reparar se tornar responsabilidade de terceiro que não ocasionou o dano por ato próprio, mas que estava em posição de responsável pela coisa, animal ou pessoa incapaz.¹⁰¹

A divisão da responsabilidade civil nas espécies supramencionadas visa atender não apenas uma questão didática no ensino da matéria, mas também visa englobar as várias hipóteses de responsabilização decorrentes dos possíveis comportamentos sociais que poderão gerar danos à terceiro.

Nessa senda, entende-se que a responsabilidade civil coexiste com a sociedade civil, desde o surgimento desta, aquela já estava presente. Não há como falar em organização social e respeito às normas de convívio sem que haja uma teoria geral das responsabilidades para normatizar as diversas relações interpessoais que ocorrem no dia-a-dia e principalmente nos atos ilícitos que são cotidianamente configurados, gerando prejuízos que devem ser reparados, visando manter a ordem e o equilíbrio social, bem como o sentimento de justiça.

2.2 – Breves considerações acerca dos elementos da responsabilidade civil e do dever de indenizar

Cumprir dizer que o presente trabalho não tem o objetivo de esmiuçar a responsabilidade civil e os seus elementos, mas sim explorar as formas que a doutrina e a jurisprudência vêm utilizando para quantificar o dano moral. Contudo, para que se possa adentrar nas teorias pertinentes ao assunto é preciso abordar os elementos da responsabilidade civil, de forma breve, principalmente no que tange ao dano moral, para que seja possível situar-se no tema proposto.

Nesse sentido, visto as espécies e o conceito de responsabilidade civil cabe elucidar acerca dos elementos caracterizadores da mesma.

A doutrina majoritária aponta três elementos essenciais e indispensáveis para a ocorrência da responsabilidade civil, sendo eles: a conduta, o dano e o nexo causal¹⁰². Acerca do tema alguns doutrinadores como Roberto Senise e Sérgio Cavalieri Filho dedicam amplo

¹⁰¹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, vol. 2, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 277.

¹⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 4, 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34-37.

espaço para a discussão do ato ilícito, quase que o tratando como um elemento autônomo. Entretanto, a doutrina prevalecente o inclui quando do estudo do elemento da conduta humana.

No mesmo norte, há corrente doutrinária que afirma que a culpa não se caracteriza como elemento da responsabilidade civil, pois não possui um caráter de generalidade em relação a todas as suas espécies, não servindo, por exemplo, para a responsabilidade quanto ao risco (objetiva). Assim sendo, devido ao seu caráter accidental, a culpa não pode ser considerada, em todas as hipóteses, como um pressuposto do dever de indenizar.¹⁰³

Sobre o assunto, analisando o artigo 186 do Código Civil, os eméritos doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho aduzem que:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os *elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil* são apenas três: *a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade*[...].¹⁰⁴

Os três elementos precisam estar conjuntamente presentes no caso concreto para que reste configurado o dever de indenizar. É necessário que o agente tenha uma conduta comissiva ou omissiva que ocasione um ato ilícito, isto é, que desrespeite preceitos legais ou gerais do direito, ou então descumpra obrigação imposta por negócio jurídico. Sua conduta poderá ser dolosa quando tinha a intenção de ocasionar o dano; ou culposa quando agiu com negligência, imprudência ou imperícia no manejo adequado da situação fática. Ainda, em certos casos, como será visto em momento oportuno, segundo a teoria da responsabilidade subjetiva, é necessário que se prove a sua culpa.¹⁰⁵

Contudo, a conduta pode gerar um ato ilícito ainda que não tenha vontade ou consciência de ocasionar nenhum mal, mesmo que não tenha dolo ou culpa estrito sensu, sendo a configuração do ato ilícito independente do conceito de culpa, como ocorre na responsabilidade civil objetiva. Nesse sentido advoga Sérgio Cavalieri Filho:

¹⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66-67.

¹⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66-67.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 4, 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39-40 e 296-299.

Em sede de responsabilidade civil objetiva, cujo campo de incidência é hoje vastíssimo, só tem guarida o ato ilícito *lato sensu*, assim entendido como a mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, decorrente de violação de dever jurídico preexistente.¹⁰⁶

Ademais, para restar configurada a obrigação de indenizar não basta que haja uma conduta contrária à lei (*lato sensu*) ou ao contrato, é necessário que este ato ilícito gere consequências prejudiciais para outrem, ocasione prejuízo, dano que poderá ser de ordem patrimonial ou exclusivamente moral.¹⁰⁷

Por fim, como último elemento para a confecção da responsabilidade civil é exigido um nexo causal entre a conduta do agente e o dano ocasionado ao terceiro. Nessa ordem, é necessário que a conduta do indivíduo seja o estopim causador do dano, que tenha ligação direta com o prejuízo causado. Caso o dano subsista sem o nexo com o fato ilícito praticado pelo agente não haverá responsabilidade civil, pois não há como responsabilizar o agente se a sua conduta não foi aquela que deu causa ao dano.¹⁰⁸

Como elucidado, todos esses três elementos devem estar presentes e interligados, uma vez que a não verificação de um deles importará na não existência do dever jurídico de reparar o dano, excluindo-se a responsabilidade civil do caso concreto. Razão pela qual serão a seguir analisados os elementos do dever de indenizar de forma individual, buscando verificar as suas particularidades.

A conduta é o primeiro elemento da responsabilidade civil a ser analisado. Trata-se de elemento fundamental sem o qual não há como falar em responsabilidade civil em qualquer ordenamento jurídico haja vista que por mais que subsista o dano causado, se esse for derivado de fato fortuito ou força maior, sem que tenha relação de ação ou omissão voluntária humana, não haverá dever de reparar o sinistro. De modo que ficam excluídos do dever de reparação as condutas humanas provenientes de coação absoluta, atos de mero reflexo, ataques epiléticos, sonambulismo e outras formas afins.¹⁰⁹

A ideia de conduta humana recai no sentido de voluntariedade da ação ou omissão. A decisão de realizar ou deixar de realizar determinada conduta geradora de dano deve partir do próprio agente, por sua liberalidade e convicção íntima. Podendo não se reconhecer de

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

¹⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

¹⁰⁸ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80-81.

¹⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56-57.

responsabilidade civil quando a conduta é resultado de ato involuntário, de mero reflexo, ou, como relacionado, decorrente de caso fortuito ou força maior sobre os quais o agente não tinha o controle e nem poderia evitar, bem como não eram a ele previsíveis.

Afirma Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que:

O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.

Não obstante, se a conduta, apesar de involuntária, for fruto de culpa estrito senso (imprudência, negligência ou imperícia) restará configurado o dever de indenizar o dano. De tal sorte que persistirá a responsabilidade civil ainda que não haja culpa, mas desde que se tenha o elemento volitivo da conduta. Sobre o tema é pertinente à colocação de Maria Helena Diniz:

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos.¹¹⁰

Cumprir afirmar que, a necessidade de conduta voluntária é pressuposto tanto para a responsabilidade subjetiva quanto para a objetiva, haja vista que se traduz na consciência daquilo que se está fazendo e não na vontade de ocasionar ou não o dano.¹¹¹

De acordo com o artigo 932, inciso I do Código Civil e seguindo os ensinamentos da responsabilidade civil indireta, nem sempre o dever de indenizar recairá sobre a pessoa que efetuou a conduta voluntária causadora do ato ilícito danoso. É como ocorre no caso dos responsáveis legais, que responderão pela conduta voluntária dos incapazes sobre os quais tiverem o dever de guarda ou cuidado.¹¹²

¹¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56-57.

¹¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

¹¹² LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, vol. 2, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 281.

No que diz respeito às formas de conduta elas podem ser de duas orientações: as condutas positivas que resultam em uma ação, e as condutas negativas que são decorrentes de uma omissão.

Acerca do assunto, colaciona Maria Helena Diniz que:

O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.¹¹³

Assim, a conduta que enseja em responsabilidade civil pode se exteriorizar através de uma ação ou então de uma omissão, culposa ou não, desde que está conduta gere uma consequência danosa a outrem. Vale dizer que tanto o dolo quanto a culpa geram a responsabilidade civil, entretanto, a conduta dolosa não causa um agravamento da condenação que é limitada ao dano ocasionado.¹¹⁴

Visto o primeiro elemento da responsabilidade civil faz-se necessário analisar o seu segundo elemento, o dano.

Para a doutrina o dano é considerado o elemento mais importante na aferição do dever de indenizar. Isso, pois, pode-se haver uma conduta ilícita que não gere prejuízo e com isso não haverá responsabilidade civil. Nessa esteira vêm os ensinamentos de Rui Stoco que afirma:

Importa, contudo, deixar esclarecido e acentuado que o dano é um dos elementos fundamentais e irretiráveis da responsabilidade, ou seja, elemento essencial à configuração da responsabilidade civil e o que suscita menos controvérsias. É unânime na doutrina que pode haver ato ilícito sem dano, mas não pode haver responsabilidade sem a efetiva ocorrência de um dano.¹¹⁵

Pensamento este que é corroborado por Sérgio Cavalieri Filho, outro exímio doutrinador do tema:

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56.

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 1, 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 561-570.

¹¹⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1392-1393.

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.¹¹⁶

Assim sendo, é fundamental traçar um conceito de dano tendo em vista a sua importância para a configuração da obrigação de indenizar.

Como se extrai da doutrina o dano é um prejuízo causado no patrimônio do indivíduo que pode ser de ordem material ou imaterial, afetando seus direitos de personalidade. Pressupõem uma diminuição de seus bens, daquilo que antes tinham, sendo que a reparação do dano visa voltar ao status quo ante, ou então, quando não for possível, amenizar o prejuízo causado.

Advoga Nehemias Domingos de Melo ao conceituar o dano moral:

Nesse sentido, dano é a agressão ou a violação de qualquer direito, material ou imaterial que, provocado com dolo ou culpa pelo agente (responsabilidade subjetiva) ou em razão da atividade desenvolvida (responsabilidade objetiva), cause a outrem, independentemente de sua vontade, uma diminuição de valor de um bem juridicamente protegido, seja de valor pecuniário, seja de valor moral ou até mesmo de valor afetivo.¹¹⁷

Do exposto pode se extrair que existem dois tipos de dano conhecidos pela doutrina majoritária: o dano patrimonial e o dano moral, ambos indenizáveis quando de sua ocorrência. Bem como, apenas o dano causado a um bem juridicamente protegido é que pode configurar no dever de reparar, vale dizer que o dano provocado contra um bem ilícito que não está sobre o manto de proteção estatal não tem o condão de gerar responsabilidade civil, haja vista o caráter ilícito do bem que sofreu a depreciação.¹¹⁸

Para encerrar as considerações pertinentes acerca do dano como elemento caracterizador da responsabilidade civil cabe traçar uma diferenciação entre o dano material e o moral.

Embora, muito já tenha sido tratado sobre o dano moral no primeiro capítulo, é oportuno relembrar, comparando-o com o dano patrimonial. E para que tal fim possa ser

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70.

¹¹⁷ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 55.

¹¹⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1394-1395.

atingido, insta trazer a colação os ensinamentos de Clayton Reis que com propriedade difere esses dois tipos de dano:

[...] podemos concluir que os danos patrimoniais referem-se aos prejuízos verificados em nossos bens materiais, que resultam na sua reparação, mediante a reposição do bem perdido. [...] Todavia, quando se tratar de danos extrapatrimoniais, estaremos diante de um prejuízo insuscetível de reposição, já que o conceito de reparabilidade não se aplica aos bens imateriais.¹¹⁹

O autor segue dizendo que os danos patrimoniais seriam aqueles que atingem os bens e objetos que tem natureza corpórea ou material e, como consequência, seriam suscetíveis de imediata avaliação e reparação; enquanto que os danos extrapatrimoniais não seriam possíveis de avaliação e reparação imediata enquanto são prejuízos nas aspirações individuais de uma pessoa ou então em seu estado de espírito.¹²⁰

Importante salutar que o dano moral não comporta o lucro cessante, mas apenas o dano emergente. Por óbvio, o dano imaterial, pela sua natureza, consubstancia-se em um prejuízo direto a um direito de personalidade, que não tem o condão de gerar para a vítima um lucro futuro, não há privação de qualquer oportunidade pecuniária decorrente da violação de um direito de personalidade, devendo ser reparado apenas o dano sofrido. Cumpre ressaltar que o dano emergente trata-se do prejuízo que a vítima efetivamente perdeu; enquanto que o lucro cessante é o prejuízo que impede um lucro futuro do qual se tinha fundadas esperanças de auferir, e que razoavelmente deixou de obter.¹²¹

Ainda, no dano material a responsabilidade civil exige a comprovação da ocorrência do dano – que existe na medida de sua extensão, devendo ser possível, certo e aferível. No que concerne ao dano moral que, como visto, é aquele que afeta a personalidade da pessoa, ofendendo de alguma forma a sua moral e dignidade, a doutrina afirma que se trata de comprovação *in re ipsa*, isto é, por força dos próprios fatos, admitindo a jurisprudência, inclusive, a sua presunção em certos casos.¹²²

¹¹⁹ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 7-8.

¹²⁰ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 8-14.

¹²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 2, 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 317.

¹²² Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255>. Acesso em: 03 ago. 2012.

Encerrada a discussão a respeito da conduta e do dano resta analisar o último elemento da responsabilidade civil, o nexo causal. Para tanto é necessário, além de explicar breves considerações sobre o assunto, traçar um conceito de nexo causal.

De fato, conceituar nexo causal é uma tarefa árdua, tendo em vista que não se trata de um instituto exclusivamente jurídico, mas sim decorrente das próprias leis naturais. Entende a doutrina, como sendo “o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.”¹²³

O nexo causal liga a conduta do agente ao dano causado, é a correlação entre um e outro. Pode ser que a conduta do agente, apesar de ilícita não tenha ocasionado o dano no caso concreto, sendo assim inexistente o nexo causal entre a ação ou omissão do agente e o prejuízo, não podendo se falar, portanto, em dever de indenizar.¹²⁴

Dessa forma, o nexo de causalidade também possui um caráter essencial nos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, sem ele não há dever de reparar, mesmo que subsista o dano.

Nesse sentido, manifesta-se Rui Stoco ao afirmar que:

Não basta que o agente haja procedido *contra jus*, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”. Não basta, ainda, que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar. É necessário, além da ocorrência dos dois elementos precedentes, que se estabeleça uma *relação de causalidade* entre a injuricidade da ação e o mal causado[...].¹²⁵

Da mesma forma como ocorre no direito penal, somente é possível responsabilizar alguém quando a sua conduta é responsável de forma direta ou imediata pelo prejuízo.¹²⁶

Conclui-se, pelas exposições acima, que o nexo causal é indispensável, exigindo-se que o prejuízo causado ao terceiro tenha sido fruto da conduta do agente, e que se tenha uma ligação de causa e efeito entre elas.

¹²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 47.

¹²⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 176.

¹²⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 176.

¹²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134-135.

Assim, encerra-se o estudo dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil. Lembrando que o objetivo era traçar breves considerações sobre o assunto apenas para que fosse possível criar o contexto no qual serão analisadas as teorias pertinentes à quantificação do dano moral.

Visto o conceito de responsabilidade civil e suas espécies, bem como os elementos necessários para a sua configuração faz-se necessário, agora, tratar, em particular, da confecção do dano moral de acordo com os itens anteriormente vistos, para então, analisar a sua quantificação.

2.3 – Do combate à teoria da irreparabilidade do dano moral no direito brasileiro

Uma vez tratado sobre a responsabilidade civil, suas espécies e seus elementos caracterizadores é chegada a hora de voltarmos ao estudo do dano moral. Para tanto, será abordado no presente tópico os pontos mais relevantes acerca do tema para que se possa traçar um raciocínio lógico e um entendimento esquematizado, perpassando da origem histórica, até o momento atual do dano moral sob a influência das teorias da responsabilidade civil dando fechamento ao seu estudo e o pontapé inicial para análise das teorias quantificadoras.

Apesar de o conceito e caracterização do dano moral ter sido objetos de debates no primeiro capítulo deste trabalho, muitos outros aspectos relacionados ao dano imaterial não foram abordados, propositalmente, sendo oportuno agora tecer algumas considerações acerca desses tópicos, em especial quanto à teoria da irreparabilidade dos danos imateriais.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o conceito e caracterização do dano extrapatrimonial foram anteriormente analisados sob uma ótica histórica, não se aprofundando quanto à sua fixação, restringindo-se as elucidações a contextualizar historicamente o leitor.

Desse modo, serão a seguir analisado as entranhas da fixação do dano moral no direito brasileiro, visando sanar qualquer dúvida que ainda prospere, fazendo a ligação com a sua atual fase de liquidação para então abordar as teorias quantificadoras do dano moral.

Foi visto que o dano moral diz respeito a uma lesão aos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, mais propriamente aos direitos personalíssimos do indivíduo, ocorrendo na esfera de seu íntimo, causando um abalo em sua psique que o desestrutura

emocionalmente. Ainda, os danos imateriais, *a priori*, não são passíveis de aferição quando da violação de um direito personalíssimo que desencadeia na consumação do dano moral.¹²⁷

De fato, o dano extrapatrimonial atinge o patrimônio moral da pessoa, não produzindo efeitos materiais, contudo, acarreta uma violação de direitos de personalidade ocasionando o sofrimento emocional, perturbação à esfera ética ou ideal do sujeito, à sua paz de espírito, e seus valores morais. Dessabores e constrangimentos, angústia e mal-estar, sentimentos penosos que tornam a vida insuportável e que merecem ser amenizados.¹²⁸

Lembrado o conceito de dano moral, cumpre relacionar o assunto com a responsabilidade civil vista no tópico anterior.

A caracterização do dano moral não difere do dano material, segue os mesmos padrões. Segundo a teoria da responsabilidade civil, todo o sujeito que através de sua conduta acabe ferindo direitos de personalidade de outrem (entendendo-se como todos aqueles decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana), dando causa a um dano moral, deverá reparar esse dano.

Entendimento este positivado na redação dos artigos 186 e 927 do Código Civil, já citados nesta obra. Da leitura dos respectivos artigos extrai-se a ideia de que aquele que cometer um ato ilícito, oriundo de uma conduta contrária à lei, fica obrigado a repará-lo, caso ocasione prejuízo material ou, ainda, exclusivamente moral a terceiro. Dispensando assim, o mesmo regramento do dano material ao dano moral.

Nessa senda, já foi afirmado, quando da análise da caracterização da responsabilidade civil e o estudo de seus elementos, mas é apropriado frisar, que o dano poderia ser de ordem material ou moral, dando em ambos os casos o mesmo tratamento e consequências jurídicas.

Nota-se que não se trata de reparação propriamente dita, pois, devido ao caráter imaterial do dano que não produz efeitos no patrimônio material não é possível repará-lo, sendo apenas dada uma espécie de punição ao agente para que amenize a dor causada, isto é, uma forma de compensação pela mal praticado.¹²⁹

Nesse sentido, ensina Humberto Theodoro Júnior:

¹²⁷ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 7-38.

¹²⁸ SHARP JUNIOR, Ronald A. **Dano moral**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Destaque, 2001, p. 5.

¹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118-121.

A esfera íntima da personalidade, todavia, não admite esse tipo de recomposição. O mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio é irreversível. A reparação, destarte, assume o feitiço apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral. Atribui-se um valor à reparação, com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e coibir a reincidência do agente na prática de tal ofensa, mas não como eliminação mesma do dano moral.¹³⁰

Portanto, a configuração do dano moral respeita as normas e elementos da responsabilidade civil, da mesma forma que aferição do dano material, sendo a única diferença existente em relação à materialidade do dano, que passa de um prejuízo material para uma perda estritamente moral.

Superado o conceito de dano moral e a sua caracterização que foram exaustivamente tratados nesta obra, partimos para o assunto mais polêmico no que tange ao dano extrapatrimonial, qual seja, a sua fixação.

Não obstante hoje seja amplamente aceito na doutrina e na jurisprudência a reparação do dano moral, antigamente foi travada uma dura batalha para que essa espécie de dano pudesse ser compensada, somente tendo fim com o advento da Constituição Federal de 1988 que, como visto, previu expressamente em seu artigo 5º, incisos V e X a reparação do dano imaterial.¹³¹

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 vigorava a chamada teoria da irreparabilidade do dano moral, pela qual não seria possível indenizar os danos extrapatrimoniais, pois não seria possível quantificar pecuniariamente o valor de um bem imaterial. Afirmavam os juristas que seria impossível mensurar a dor, base da responsabilidade por dano moral, bem como que seria imoral estipular um preço para o sofrimento alheio¹³².

A antiga doutrina elencava, além dos itens anteriormente mencionados, uma série de outros argumentos que visam afastar a reparação do dano imaterial, entre os quais podem-se citar: a falta de um efeito penoso durável, a incerteza nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado, a dificuldade de descobrir a existência da dor, a indeterminação do número de pessoas lesadas, a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro, a

¹³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**, 7. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 3.

¹³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109.

¹³² LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, vol. 2, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 298.

imoralidade de compensar uma dor com dinheiro, o ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz, e a impossibilidade jurídica de admitir-se tal reparação.¹³³

Argumentos esses que não mais prosperam no ordenamento jurídico brasileiro pelos fatos e razões que serão a seguir expostos.

O primeiro argumento trazido pela antiga doutrina era de que o dano moral não poderia ser indenizável, pois não possuía um efeito penoso durável. Rezavam os juristas que por ser um fato que afeta temporariamente a moral intelectual do indivíduo não se tratava de um dano, mas sim de uma mera ofensa.¹³⁴

Contudo, essa colocação não prospera. Sabe-se que a questão de maior ou menor duração do dano é irrelevante, influenciando somente em relação ao valor da indenização e não no que tange a sua configuração ou ao dever de repará-lo¹³⁵. Destarte, um dano é sempre um prejuízo, ainda que temporário e deve ser compensado.

Ademais, existem danos materiais que também se mostram efêmeros, sem efeitos duráveis de longo prazo, tal como ocorre em uma pequena lesão decorrente de uma agressão física que pode ser facilmente remediada em poucos dias, bem como há danos morais que perduram por toda a vida, como a dor pela morte de um ente querido.¹³⁶

O segundo apontamento é em relação à incerteza de um verdadeiro direito violado e de um dano real. Quanto ao tema é mais rentável trazer os ensinamentos de Maria Helena Diniz, parafraseando Chironi:

[...] a causa do prejuízo é uma só, pouco importando que o bem violado seja material ou não. O dano moral não é a abstrata lesão do direito, mas de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo, constituindo-se no efeito não patrimonial da lesão jurídica. O dano moral decorre de uma violação do direito extrapatrimonial, mas o fato dos efeitos do direito violado serem imateriais não implica a inexistência da violação e do direito lesado.¹³⁷

¹³³ ZULMIRA PIRES DE LIMA apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109-110.

¹³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110-111.

¹³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110-111.

¹³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110-111.

¹³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

Nesse sentido, o fato de o direito não ser tangível não significa que não haja violação de direito e dever de reparar o dano. O dano divide-se em material e moral e do direito violado pode decorrer ambos os danos. Não se trata da lesão de um direito em abstrato, mas sim da lesão de um direito em concreto que gera um dano de espécie abstrata.¹³⁸

Ainda, a já ultrapassada doutrina afirmava que não seria possível a reparação do dano moral em face da dificuldade de descobrir a existência do dano. Aduziam que somente o ofendido poderia saber da existência real do dano moral, pois esse se operava em seu íntimo, gerando incerteza para o juiz quanto a sua verdadeira ocorrência, sujeitando o judiciário a estelionatários e pessoas dissimuladas, que visavam faturar de forma fácil e leviana.¹³⁹

Embora, hoje já são reconhecidas circunstâncias em que o dano moral é presumido como, por exemplo, nos casos de atrasos de voo, inclusão indevida no cadastro de inadimplentes, entre outros, nos quais o Superior Tribunal de Justiça se manifestou, através de vários acórdãos, reconhecendo como hipóteses de dano moral presumido.¹⁴⁰

É factível que possa ocorrer à tentativa de ludibriar o judiciário acerca da ocorrência do dano moral, contudo, esse argumento não pode ser usado para impedir o ressarcimento do dano, mas sim, apenas servirá para exigir do magistrado a fundamentação adequada, com base nas provas produzidas no processo (nos casos em que não se admite presunção) e, ainda, para que não se admita os casos em que se verifique tratar de um mero descontentamento não suficiente de ocasionar um dano extrapatrimonial.¹⁴¹

Outro argumento trazido era de que a indeterminação do número de pessoas lesadas impediria a obrigação de reparar o dano imaterial uma vez que a dor de uma pessoa seria transmitida para os seus mais próximos em uma cadeia sem fim, bem como no que diz respeito às situações envolvendo um número indeterminado e desconhecidos de pessoas (dano moral coletivo). Sobre o tema Roberto Senise Lisboa critica a ultrapassada posição da doutrina, afirmando que:

¹³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 111.

¹³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

¹⁴⁰ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255>. Acesso em: 07 ago. 2012.

¹⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

[...] se pode concordar quando o dano extrapatrimonial é de natureza transindividual (individual homogêneo, coletivo ou difuso), sem que isso implique impossibilidade da indenização, pois a finalidade da reparação por danos morais é, convém repetir, a apenação do autor do prejuízo e o seu desestímulo em reincidir na conduta danosa (assim, torna-se perfeitamente cabível a indenização por danos morais coletivos e difusos, conforme preceitua o art. 1º, da Lei 7.347, de 1985).¹⁴²

Trata-se de discussão acerca da legitimidade para pleitear a indenização por danos morais. Nota-se que toda a pessoa que for lesada se torna legitimado passivo para pleitear a reparação, independentemente de quantos forem devendo o juiz verificar no caso concreto as violações que realmente legitimem tal pretensão, nos moldes anteriormente vistos.¹⁴³

Continuam os adeptos da teoria da irreparabilidade do dano moral, trazendo razões para justificar a sua posição, tendo como próximo ponto o fato de ser impossível uma rigorosa avaliação em dinheiro do prejuízo sofrido.

Nesse sentido, a doutrina moderna afirma que não se trata de estipular um preço para a dor sofrida, mas sim de buscar uma forma de amenizá-la. Sendo que da mesma forma que um dano material pode gerar dificuldades quando de sua valoração como, por exemplo, a destruição de uma obra de arte; o dano moral também não exige uma atribuição objetiva e exata. É, antes, uma compensação pelo prejuízo e não uma reparação propriamente dita.¹⁴⁴

Na esteira desse ensinamento afirma Maria Helena Diniz que:

O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenuar, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando o seu futuro, superando o *déficit* acarretado pelo dano. Não se pergunta: Quanto vale a dor dos pais que perdem o filho? Quanto valem os desgostos sofridos pela pessoa injustamente caluniada?, porque não se pode avaliar economicamente valores dessa natureza. Todavia, nada obsta a que se dê reparação pecuniária a quem foi lesado nessa zona de valores a fim de que ele possa atenuar alguns prejuízos irreparáveis que sofreu.¹⁴⁵

Seguem os argumentos, tendo como próximo à falácia de que seria imoral compensar uma dor com pecúnia. A alegação não prospera, uma vez que incumbe ao poder judiciário a decisão de compensação do dano imaterial e de sua verificação, de forma que não pode ser

¹⁴² LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, vol. 2, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 299.

¹⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

¹⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114-115.

¹⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112-113.

considerado como um ato imoral a busca pela reparação de um direito violado de forma legítima e não defesa em lei.¹⁴⁶

Seria imoral deixar de indenizar o prejuízo, beneficiando o seu causador e prejudicando ainda mais a vítima. Não há que falar em imoralidade, pois o que se busca é atenuar o sofrimento e não vender um bem moral.¹⁴⁷

A sétima objeção à indenização dos danos extrapatrimoniais diz respeito ao amplo poder conferido ao juiz no arbítrio do *quantum* indenizatório. Há que se ter em mente que o juiz não é uma pessoa imprudente ou ingênua, é, pois, alguém dotado de grande saber jurídico que certamente não se deixará influenciar por fatores que não tenham adequação com o caso.

O próprio Código Civil atribui ao juiz à função de arbitrar a indenização, como se desprende da leitura dos artigos 475-C a 475-H¹⁴⁸, bem como é intrínseco a atuação judicial certa margem de discricionariedade, permitida pela lei e na medida desta, na atuação do juiz nos processos judiciais ainda que não de cunho indenizatório como, por exemplo, na valoração das provas de um processo ou na aplicação da regra da ponderação.

Não obstante, ainda, existe a possibilidade de recursos caso a parte vencida não se resigne com o *quantum* fixado pelo juiz. Assim sendo, o juiz não arbitra a reparação a seu bel-prazer, mas sim com base em diretrizes normativas, na doutrina e na jurisprudência, que regem a sua atuação e a limitam.¹⁴⁹

Como nono argumento a doutrina retrógada traz a impossibilidade jurídica da reparação. Tal afirmação é totalmente equivocada e desprovida de base jurídica, perdendo toda a sua tenacidade quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 que prevê expressamente a reparação do dano moral.

Maria Helena Diniz enriquece o assunto pondo um ponto final quanto a este argumento:

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114-115.

¹⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115-116.

¹⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

¹⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

Tal objeção não tem nenhum fundamento, pois os bens morais também são jurídicos, logo sua violação deverá ser reparada. Se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é evidente que esse interesse é indenizável, mesmo que o bem moral não se exprima em dinheiro.¹⁵⁰

Por último, a autora supracitada traz ainda um décimo enfrentamento, mais moderno na doutrina, mas de igual forma ineficaz, o enriquecimento sem causa.

Por todo o exposto no presente trabalho, e visando evitar tautologia, fica afastada a afirmação de que a indenização do dano moral causaria enriquecimento sem causa, haja vista que não se trata de enriquecer o patrimônio da vítima, mas sim de repará-lo, compensá-lo pelo prejuízo sofrido ao bem moral, amenizando o sofrimento do sujeito passivo.¹⁵¹

Não se pode conceber que o dinheiro recebido por uma mãe em virtude da perda de um filho configure enriquecimento sem causa. A causa reside na própria perda de seu ente que vai muito além de qualquer valor pecuniário, de tal sorte que esse resume se em uma tentativa de amenizar o sofrimento causado por aquele.

Portanto, na nova ordem jurídica pós-constituição, resta afastada a teoria da irreparabilidade do dano moral. É uníssono na doutrina e na jurisprudência a reparação do dano extrapatrimonial, sendo amplamente verificado na prática forense.

Todavia, surge uma nova problemática na teoria do dano moral que é justamente em relação a sua quantificação. Ponto nodal do presente trabalho, que a seguir analisará as teorias que visam quantificar o dano moral da forma mais justa e coerente com os atuais ditames jurídicos, abordando tanto aquelas teorias já consagradas pela doutrina quanto as que surgem com a alvorada um novo horizonte jurídico.

Fazendo a análise e o enfrentamento de cada uma delas, buscando a que se mostre mais adequada aos anseios sociais e jurídicos, ou, então, evidenciar acerca de uma nova modalidade de quantificação, ainda tímida na doutrina brasileira.

¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

¹⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

3 DAS TEORIAS QUANTIFICADORAS DA INDENIZAÇÃO DOS DANOS MORAIS

A quebra de um paradigma traz consigo uma nova verdade. Delimita outra era jurídica que fatalmente resultará em uma nova dúvida.

Assim como o mundo gira em seu próprio eixo, a tendência da doutrina jurídica parece ter um fim semelhante. De fato, quando uma divergência é finalmente solucionada, a resposta obtida, decorrente do processo evolutivo de interpretação e estudos, traz uma nova divergência. É um ciclo de incógnitas em que, por mais que às vezes possa-se solucionar uma, outra virá para tomar o seu lugar.

Com o dano moral não é diferente. A doutrina travou um enfrentamento de décadas acerca da possibilidade de indenizar o dano moral e quais seriam os limites de sua configuração e, finalmente, quando pacificou o entendimento desprendido no capítulo anterior, do qual podia se extrair certa tranquilidade, eis que surge um novo paradigma: a problemática do quantum indenizatório do dano moral.

Aceitar a existência do dano moral e a sua independência do dano material é uma coisa; quantificá-lo e indenizá-lo de forma justa é outra bem diferente.

Frente ao exposto, a doutrina e a jurisprudência passaram a se debruçar sobre essa nova divergência, que é justamente o cerne do presente estudo, acerca das formas de quantificar o dano moral.

Por não haver diretrizes legais e por se tratar de uma questão extremamente subjetiva, a quantificação do dano moral gerou muita polêmica no seio acadêmico. De tal forma que foram criadas inúmeras teorias para tentar regradar a matéria.

Entre as principais teorias que ganharam corpo na doutrina nacional e foram reproduzidas pelos Tribunais, trata-se de três teorias principais que tentam indenizar e mensurar o dano imaterial, as quais serão analisadas nas páginas que seguem para que se possa tomar um posicionamento e definir qual delas é a que melhor cumpre a sua função.

3.1 – Teoria do tabelamento

Das teorias criadas para quantificar o dano moral analisar-se-á, primeiramente, a teoria do tabelamento do dano moral.

É insofismável que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos V e X, adotou o princípio da reparação integral pelo meio do qual visa buscar o status quo ante do ofendido quando da reparação de um dano moral.

Nesse sentido, não há limitações legais predeterminadas para a fixação do valor da indenização pelos danos imateriais, uma vez que as codificações pré-constituição que tratam sobre o tarifamento do dano moral não foram recepcionadas e, qualquer lei pós-constituição que pretenda tabelar a quantificação do dano imaterial estará eivada de inconstitucionalidade.¹⁵²

Entre as leis que não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 que tratavam da tarifação do dano moral vale destacar a Lei de Imprensa e a Convenção de Varsóvia. Em relação à Lei de Imprensa, o entendimento é pacífico no Superior Tribunal de Justiça, o qual editou a súmula nº 281, que possui o seguinte teor: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.¹⁵³

Em relação à Convenção de Varsóvia, da qual o Brasil é signatário, prevê, como regra, o tabelamento da indenização por danos extrapatrimoniais em caso de extravio de bagagem em aeroportos. O Supremo Tribunal Federal manifestou-se quanto ao tarifamento nesse caso, no Recurso Extraordinário nº 172.720 – RJ, em voto proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio de Mello, da seguinte forma:

O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais, não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do art. 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.¹⁵⁴

¹⁵² SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Obrigações, abordagem didática**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 253.

¹⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 92-93.

¹⁵⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 172.720-RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 de fev. de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 30 ago. 2012.

De fato, a Carta Magna não previu limites para a fixação do dano moral, afirmando que o mesmo seria reparado em sua integralidade, de forma que não será possível o tabelamento da indenização do dano imaterial, seja por leis anteriores a Constituições e, por consequência, não recepcionadas por esta, ou por leis posteriores que estarão viciadas de inconstitucionalidade.

Corroborando com o explanado, Luiz Antonio Scavone Junior afirma que:

Após a Constituição Federal de 1988, não há mais falar-se em qualquer tarifação da indenização por danos morais, quer decorrente do Código Civil, quer decorrente de legislação extravagante[...] nos termos do art. 5º, incisos V e X, não há limitação para a reparação dos danos morais.¹⁵⁵

Entretanto, apesar desse posicionamento jurisprudencial e doutrinário contrário à teoria do tabelamento, existem vários projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados e no Senado Federal que procuram estabelecer parâmetros mínimos e máximos na indenização do dano imaterial.

O projeto de lei nº 150/99 que tramitou no Senado Federal, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares tinha como objetivo estabelecer um limite máximo para a reparação. De acordo com a proposta do parlamentar a indenização para os danos morais seguiria o padrão de: em caso de dano moral tido como de categoria leve a indenização estaria limitada a R\$ 20.000,00 mil reais; em sendo considerado médio, o valor partiria de R\$ 20.000,00 mil reais até o teto limite de R\$ 90.000,00 mil reais; e, por fim, em se tratando de dano moral grave a indenização poderia atingir o teto máximo de R\$ 180.000,00 mil reais.¹⁵⁶

Apesar da tentativa do Senador, o projeto de lei nº 150/99 pecou quando não previu a correção monetária em relação aos aspectos inflacionários, o que acarretaria, com o passar do tempo, em valores irrisórios. Esse projeto, porém, foi arquivado em 2007.

Outro projeto de lei (PL nº 334/2008), também em trâmite no Senado Federal, de autoria do Senador Valter Pereira, visa estabelecer limites mínimos e máximos para a quantificação da indenização do dano moral, que seriam estabelecidos da seguinte forma: em caso de morte o valor varia entre R\$ 41.500,00 mil a R\$ 249.000,00 mil reais; em ocorrência

¹⁵⁵ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Obrigações, abordagem didática**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 253.

¹⁵⁶ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 99-100.

de lesão corporal os valores seriam de R\$ 4.100,00 mil a R\$ 124.500,00 mil reais; em se tratando de ofensa à liberdade: R\$ 8.300,00 a R\$ 83.000,00 mil reais, sendo ofensa de outro espécie os valores transitariam entre R\$ 8.300,00 mil a R\$ 124.500,00 mil reais; e, por fim, em caso de descumprimento de contrato o montante poderia ser fixado entre R\$ 4.100,00 mil a R\$ 83.000,00 mil reais.¹⁵⁷

Embora a intenção do legislador fosse louvável, buscando solucionar a problemática da quantificação do dano moral, ela não se mostra adequada. Não adentrando novamente no argumento de que ambos os projetos seriam inconstitucionais, conforme o disposto no art. 5º, incisos V e X da Carta Maior, os projetos fracassam pela evidência de que o intuito de seus criadores era simplesmente criar uma limitação legal para a reparação do dano moral, o que acarretaria em uma verdadeira “algema jurídica” para o juiz, desvirtuando, pois, a ideia inicial de criar uma forma mais simples de mensuração do dano imaterial.

Apesar de a teoria do tabelamento ser, em tese, inconstitucional, há juristas que a admitem e defendem a sua aplicação como a que melhor se adequa aos anseios jurídicos no que tange a tarefa de quantificar o dano extrapatrimonial, dentre os quais se pode citar Humberto Theodoro Júnior e Rui Stoco.

Assevera o primeiro que a tarifação do dano moral seria de extrema utilidade para evitar o excesso de subjetivismo dos julgadores, que acarreta a violação do princípio da isonomia quando da prestação jurisdicional ao caso concreto, sendo o melhor caminho a previsão legislativa de parâmetros e tarifas flexíveis para que as peculiaridades do caso concreto pudessem ser valorizadas pela decisão de forma mais contundente e apropriada, evitando decisões dispares e desproporcionais para casos idênticos.¹⁵⁸

Nesse sentido, o jurista entende que seria adequado à criação de uma espécie de tabela contendo os parâmetros e o valor do dano moral, podendo-a ser flexibilizada em cada caso, mas sempre tendo um ponto de referência, visando evitar a heterogeneidade das decisões judiciais. Alega que a diversidade de decisões em relação à quantificação do dano imaterial causa insegurança na sociedade e deixa à mercê dos humores e tendências dos magistrados, tornando o processo em uma verdadeira “loteria jurídica”.¹⁵⁹

¹⁵⁷ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 99-100.

¹⁵⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, nº 12, v. 12, jul./ago. 2001, p. 14.

¹⁵⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, nº 12, v. 12, jul./ago. 2001, p. 14.

Rui Stoco também defende a teoria do tabelamento, ou sistema fechado, ao dizer que o valor estabelecido em favor da vítima não encontra parâmetros objetivos, de pronto mensuráveis, não se balizando em prejuízos materializados, sendo um não-dano, e que o valor da indenização apenas serve para compensar o prejuízo de monta moral, e, dessa forma, seria em sua natureza convencionado.¹⁶⁰

E, concluí dizendo que:

Diante disso, o sistema tarifado melhor atende o fundamento da reparação do dano moral, desde que se estabeleçam critérios de individualização e margens mínimas e máximas mais dilargadas e consentâneas com a realidade de hoje, de modo que, diante do vazio da legislação, ao julgador e aplicador da lei se entreguem certa liberdade e discricionariedade na fixação do valor, que estará contido dentro dessas margens.¹⁶¹

Pela a ideia do autor a lei fixaria valores limites mínimos e máximos para a indenização e o magistrado atuaria dentro desses parâmetros fixando uma indenização *in abstracto*, e, posteriormente, de acordo com as circunstâncias do fato, majorando ou minorando o valor atribuído (podendo vir a duplicar ou triplicar o valor) segundo a presença de causas de aumento ou de diminuição pré-estabelecidas em lei, como, por exemplo: a gravidade objetiva do dano, a possibilidade do réu, a necessidade da vítima ou do ofendido, a intensidade do grau de dolo ou culpa, a intensidade da dor, sofrimento e outros sentimentos internos, a repercussão da ofensa, entre outros fatores. E, sendo os valores fixados em salários mínimos para que não perdessem o seu valor monetário com o passar dos anos.¹⁶²

Nota-se a proximidade com o Direito Penal que, ao estabelecer a dosimetria da pena ao condenado também parte de uma margem mínima e máxima previstas em lei, sendo em seguida verificadas as hipóteses legais de aumento e diminuição de pena, posteriormente as de majoração e minoração para, por fim, estabelecer a pena final, sempre observando os parâmetros e critérios estabelecidos em lei que limitam a subjetividade do julgador e dão eficácia ao princípio da isonomia e da individualização da pena.¹⁶³

¹⁶⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1929.

¹⁶¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1929-1930.

¹⁶² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1930.

¹⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 660-678.

Ainda, prossegue o civilista alegando que a teoria do tabelamento não seria de forma alguma inconstitucional, bem como que as leis posteriores a Constituição Federal de 1988 teriam sido recepcionadas pela nova ordem constitucional – que houve um equívoco interpretativo daqueles que afirmam que por ocasião de não haver parâmetros mínimos e máximos estipulados na Carta Maior não seria possível tabelamento ou limitações acerca da quantificação do dano moral.¹⁶⁴

Rui Stoco alude que não compete a Magna Carta estabelecer tais limites, mas sim às legislações infraconstitucionais, pois aquela é uma norma de princípios, que estabelece as regras superiores para que outras legislações infraconstitucionais editem regramentos. Na medida em que a Constituição garantiu ao lesado o direito de indenização também estabeleceu o direito de quantificação dessa indenização, apenas delegou os critérios ou valores para que outras normas o fixassem. A omissão da Carta Maior não pode ser interpretada como proibição, somente pode ser proibido aquilo que de forma expressa se declara como tal, por meio de lei, o que não se observa no caso em tela.¹⁶⁵

Como se verifica em outros escritos de nossa lavra, jamais concordamos com esse entendimento, pois a Constituição Federal também dispõem sobre questões de natureza penal sem, contudo, estabelecer penas e seus limites. E, nem por isso o Código Penal estaria revogado, apenas porque limitou o que a Carta Magna não fez. Esta, não se pode esquecer, é uma carta de princípios e não regulamento de si mesma.¹⁶⁶

Em que pese os argumentos supramencionados, a doutrina majoritária tem entendido pela inconstitucionalidade do tarifamento do dano moral, justamente, como dito, por limitar a atuação do juiz de sobremaneira que acarretaria na violação do princípio da isonomia no caso concreto. Não será possível dar a cada um o que é seu se a indenização está previamente tabelada, tolhendo o preceito constitucional que estabelece a reparação proporcional ao agravo de forma integral e sem limitações, bem como restringindo de forma bruta a análise

¹⁶⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1930.

¹⁶⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1930-1931.

¹⁶⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1930.

das circunstâncias fáticas do caso de modo a gerar uma indenização imperfeita e dispare com o dano sofrido.¹⁶⁷

Nesse mesmo entendimento vêm os dizeres do Ministro Cezar Peluso que quando era Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu acórdão manifestando-se contra o tabelamento da quantificação do dano moral pela Lei da Imprensa, da seguinte forma:

[...] tem que ser fixada caso por caso, segundo as condições das pessoas, sem limitações abstratas capazes de inutilizar o sentido reparatório, intrínseco à indenização.¹⁶⁸

A ideia do Ministro era que toda a limitação ao valor da indenização do dano imaterial é incompatível com a norma constitucional que assegura uma indenização irrestrita, não podendo haver qualquer forma de restrição prévia e abstrata, sendo as normas contrárias a esses ditames, tal como a Lei de Imprensa, inconstitucionais e não podendo ser recepcionada.¹⁶⁹

De fato, mesmo que a Lei de Imprensa houvesse sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, ela não seria aplicável ao Direito Civil. Por ser norma de ordem especial, seria aplicada para os casos nela previstos, sendo incompatível com as demais determinações relativas à indenização por danos morais previstas no Código Civil que prevê a ampla reparação do dano moral, não impondo qualquer forma de restrição.¹⁷⁰

Na mesma linha vêm as palavras de Sérgio Cavalieri Filho acerca do tema:

[...] submeteu a indenização por dano moral ao Direito Civil Comum, e não a qualquer lei especial. Isto quer dizer, muito objetivamente, que não se postula mais a reparação por violação dos direitos de personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior [...].¹⁷¹

¹⁶⁷ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 102.

¹⁶⁸ PELUSO apud MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 102.

¹⁶⁹ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 102-103.

¹⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118-119.

¹⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 92.

Outro autor que defende que a teoria do tabelamento do dano moral não tem aplicação no Brasil é Carlos Roberto Gonçalves, que crítica à ideia de tarifamento, expondo que:

O inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei.¹⁷²

Coaduna com a corrente majoritária dos doutrinadores pátrios que veem no tabelamento do dano moral uma forma de propagar a desigualdade jurídica, limitando a atuação do juiz, de modo a ocasionar injustiças, não aceitando o referido instituto.

Quando da análise da origem histórica do dano moral, foi dito que na Roma Antiga havia uma forma de tarifamento do dano moral, para quem realizasse uma ofensa física leve, como uma bofetada, estaria sujeito ao pagamento de uma determinada quantia prefixada em lei. Ocorre que, por força desse costume, havia um nobre romano chamado Nerácio, que adorava passear esbofetando os transeuntes, logo após vinha seguido por seu escravo que dava a cada um dos ofendidos uma moeda que correspondia a tarifa tabelada em lei.¹⁷³

Denota-se que o tabelamento do dano moral, no caso citado, gera injustiça uma vez que era vantajoso pagar uma quantia irrisória para ofender a moral alheia.

Pertencente ao rol de juristas que defende o não tabelamento do dano extrapatrimonial, o já citado Nehemias Domingos de Melo, seguindo os ensinamentos de Kant, colaciona que:

[...] a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada como mercadoria, nem pode ser objeto da realização de fins outros que não seja o próprio homem. As coisas têm preço, estas se podem tabelar; as pessoas têm dignidade, logo insuscetível de qualquer tabelamento frio e apriorístico por lei.¹⁷⁴

Depreende-se que o ordenamento jurídico brasileiro instituiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo que qualquer

¹⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 4, 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 379.

¹⁷³ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 103-104.

¹⁷⁴ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 104.

ofensa aos bens morais dos indivíduos deve ser reparada de forma integral e irrestrita, não podendo ser limitada por lei.¹⁷⁵

A jurisprudência atual adotou o defendido pelos autores supramencionados que são contrários ao tarifamento do dano imaterial e afastam a aplicabilidade das leis especiais que previam o tabelamento. Os Tribunais vêm excluindo qualquer possibilidade de limitação da quantificação, de modo a se posicionar conforme determinou a súmula nº 281 do STJ.

É o que se pode observar da análise do Recurso Especial nº 245465-MG, no qual foi negado o pedido de tabelamento do dano moral decorrente de morte de passageiro em acidente aéreo prevista no Código Brasileiro de Ar, segue a ementa transcrita:

A garantia de reparação do dano moral tem estatura constitucional. Assim, a aplicação de indenização tarifada prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica se refere a danos materiais, não excluindo aquela relativa a danos morais. Ademais, esta Corte também tem admitido a indenização por danos morais e afastado a limitação de tarifa prevista no Código Brasileiro do Ar, tendo em vista o disposto no Código de Defesa do Consumidor.¹⁷⁶

O mesmo pode ser observado em outro acordo proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que diz respeito a dano moral por atraso no voo (decorrentes de overbooking), no qual não foi aplicado o tarifamento do dano imaterial previsto na Convenção de Varsóvia:

RESPONSABILIDADE CIVIL. OVERBOOKING. VÔO INTERNACIONAL. NOVA CONEXÃO POR PAÍS CUJA PASSAGEIRA NÃO DETINHA VISTO DE ENTRADA. ATRASO DE, PELO MENOS, 36 HORAS DA CHEGADA EM RELAÇÃO A HORA PREVISTA. DANOS MORAIS.
A quantificação da indenização por danos morais, decorrente de atraso de vôo, deve pautar-se apenas pelas regras dispostas na legislação nacional, restando inaplicável a limitação tarifada prevista na Convenção de Varsóvia e em suas emendas vigentes, embora possam ser consideradas como mero parâmetro. Hipótese em que, contudo, a indenização por danos morais foi fixada em valor exorbitante. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.¹⁷⁷

¹⁷⁵ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 104.

¹⁷⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 245465-MG**. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, DF, 24 de maio. de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 30 ago. 2012.

¹⁷⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 628828-RJ**. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 20 de abril. de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 30 ago. 2012.

Em mais um acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, foi confirmado a não adoção da teoria do tabelamento, sendo negada a limitação do dano imaterial prevista na Lei de Imprensa, bem como resta evidenciada a não recepção das normas infraconstitucionais que previam tal limitação à indenização do dano moral, segue a ementa do julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. OFENSA VEICULADA PELA IMPRENSA. LIMITAÇÃO ESTABELECIDA NA LEI Nº 5.250, DE 9.2.1967. NÃO-RECEPÇÃO PELA CARTA POLÍTICA DE 1.988. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7-STJ.

A limitação estabelecida pela Lei de Imprensa quanto ao montante da indenização não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Admissibilidade da fixação do quantum indenizatório acima dos limites ali previstos.¹⁷⁸

Diante do exposto, não há qualquer dúvida de que tanto a doutrina majoritária, quanto a jurisprudência não adotam a teoria do tabelamento do dano moral, considerando-a inconstitucional, contrária aos ditames jurídicos, não sendo recepcionadas as disposições normativas anteriores a Constituição Federal de 1988 que visavam tarifar e limitar o dano extrapatrimonial. Não havendo, portanto, qualquer limitação legal no que tange a quantificação do dano imaterial no ordenamento jurídico pátrio, devendo-o ser reparado de forma integral e ampla, observado a peculiaridades do caso concreto, sempre de acordo com as circunstâncias do fato e o prudente arbítrio do juiz.

3.2 – Teoria do *punitive damage*

A angústia do magistrado e da doutrina brasileira em geral em não ter um instituto jurídico que colocasse fim na árdua tarefa de quantificar o dano moral fez com que os juristas mirassem o pensamento através dos oceanos, buscando em outros ordenamentos jurídicos pelo mundo uma solução mais contundente e eficaz para mensurar o *quantum* indenizatório. Foi no *common law* que a doutrina brasileira achou aquilo que tanto buscava na seara da quantificação do dano moral.

¹⁷⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 213188-SP**. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, DF, 21 de maio. de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 30 ago. 2012.

De origem na Europa Continental, possuindo íntimos laços com o Direito Romano e com o Direito Inglês, o sistema do *common law* baseia-se em precedentes judiciais e não na letra fria da lei. A característica desse sistema é a criação do direito pelo próprio juiz (judge-made law), orientado pela experiência e pela lógica, estabelecendo através dos julgados um conjunto de precedentes que vinculam casos futuros. Pode-se dizer que o sistema do *common law* é pragmático porque toma como critério de verdade o valor prático e exitoso, parte da análise de cada caso, com a aplicação de princípios e argumentação eloquente, não engessando o julgador a letra da lei, conferindo-lhe mais plasticidade para construir o direito e buscar soluções mais eficazes para cada caso.¹⁷⁹

Do sistema de Direito Inglês surgiu à teoria do *punitive damage*, sendo-a transportada para os Estados Unidos, local em que ganhou força na jurisprudência e evoluiu para o instituto que hoje se conhece e que foi, em partes, importado para o Brasil.¹⁸⁰

O intuito do dano punitivo, também denominado de *exemplar damages*, consiste em “punir o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros.”¹⁸¹

Corroborando com esse entendimento, insta trazer a colocação os dizeres de Linda Schlueter e Kenethe Redden que afirmam:

*Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future.*¹⁸²

De tal sorte que os danos punitivos atuam em virtude do interesse particular e também do interesse público, atuando como um mecanismo que protege os indivíduos,

¹⁷⁹ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 169-171.

¹⁸⁰ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 184.

¹⁸¹ KEETON apud ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 187.

¹⁸² SCHLUETER, apud ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 187. Tradução nossa: “Os danos punitivos são danos, que diferem dos danos compensatórios e nominais, direcionados contra uma pessoa para puni-lo por sua conduta ilícita e para evitar que ele e outros como ele reiterem condutas similares no futuro.”

principalmente nas relações de consumo e de práticas comerciais abusivas e fraudulentas que ofendem a boa-fé.¹⁸³

Questiona-se, porém, se o referido instituto teria aplicabilidade prática e constitucional no direito brasileiro, se seria compatível com o sistema jurídico pátrio.

No atual panorama jurídico a doutrina, em sua maioria, rechaça a possibilidade de incluir a teoria do dano punitivo na responsabilidade civil brasileira, não admitindo uma feição sancionatória para o dano moral, pois na esfera civil deve-se buscar única e exclusivamente a reparação do dano e não a punição do ofensor, esta seria reservada para à esfera penal e ambas não poderiam se confundir. Contudo, o paradigma reparatório tem se mostrado ineficaz e insuficiente para atender as funções da responsabilidade civil, não dando uma resposta satisfatória para a sociedade.¹⁸⁴

Esse fato pode ser observado, por exemplo, nas indenizações oriundas de atos ilícitos praticados por grandes empresas, tais como as de Telecomunicação. As indenizações reparatórias nesses casos são irrisórias frente ao grande patrimônio do ofensor e, deveras, são lucrativas, na medida em que o lucro proveniente dos atos ilícitos praticados, em contraposição com as indenizações por danos morais pagas, aponta para um balanço positivo. A que tudo indica, é mais vantajoso para a empresa lesar o consumidor e pagar uma pequena quantia a título de dano moral do que tomar providências para não lesar ninguém.

Poucos são os lesados que procuram o judiciário e quando o procuram são indenizados com valores a quem do que se deveria pagar, premiando a empresa ofensora, que continuará a agir de forma prejudicial, pois, a sua conduta ilícita é mais lucrativa do que agir de acordo com a lei. Faz-se necessário, portanto, a quebra do paradigma reparatório para que se possa frear a impunidade de tais práticas comerciais, visando punir a empresa transgressora de tal forma que lhe seja mais benéfico agir de acordo com a lei do que contra ela, estimulando uma conduta proba e leal.

De fato a indenização punitiva funcionaria como um instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade. Afirma André Gustavo Corrêa de Andrade que:

¹⁸³ LAGROW, Jhon Zenneth. BMW of north America, inc. v. Gore: **Due process protection against excessive punitive damages awards**, nota 25. Disponível em: <<http://www.nesl.edu/lawrev/vol32/1/LAGROW.HTM>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

¹⁸⁴ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 220.

Independentemente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral é aplicável em nosso ordenamento jurídico, porque retira seu fundamento diretamente de princípio constitucional. É no princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que ela encontra sua base lógico-jurídica.¹⁸⁵

O autor supramencionado prossegue esclarecendo que o operador do direito deve empregar todas as formas possíveis para cumprir com os princípios constitucionais e proteger os direitos decorrentes da Carta Maior, de forma que a aplicação da sanção na indenização dos danos morais se mostraria totalmente viável, tendo por escopo resguardar os direitos de personalidade e o direito de indenização por danos imateriais previstos no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal.¹⁸⁶ E conclui:

A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. [...] não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável.¹⁸⁷

Nesse sentido, por mais que não haja previsão legal expressa para os *punitives damages* no ordenamento jurídico pátrio, sua aplicação mostra-se perfeitamente possível para resguardar os direitos de personalidade e da dignidade da pessoa humana, visando otimizar a proteção à esses direitos constitucionais.

A teoria do desestímulo possui duas grandes finalidades: a punitiva propriamente dita, que tem um sentido de retribuição, e a preventiva. Ambas estão intimamente ligadas, sendo que a punição funciona como forma de prevenção e a prevenção ocorre por meio da punição.¹⁸⁸

Sobre os objetivos da indenização punitiva Maria Celina Bodin de Moraes ensina que:

¹⁸⁵ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 237.

¹⁸⁶ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 237-238.

¹⁸⁷ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 238.

¹⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistema civilista: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, RTCD, vol. 18, 2000, p. 46-52.

[...] a satisfação do dano extrapatrimonial visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir o comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo. Diz-se, então, que a reparação do dano extrapatrimonial possui uma dupla função, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima – ajudando-a a sublimar as aflições e tristezas decorrentes do dano injustificado -, e de um caráter punitivo, cujo objetivo é, em suma, impor uma penalidade exemplar ao ofensor [...].¹⁸⁹

Em um primeiro momento, cabe analisar a função punitiva (retributiva) dos *punitives damages*. Por ela, o cerne da questão indenizatória passa a ser a gravidade da conduta do ofensor e não o dano sofrido pela vítima como ocorre na teoria compensatória. Realizando um juízo de valor no que tange ao comportamento do ofensor e atribuindo uma sanção pecuniária que tem por finalidade operar a retribuição pelo prejuízo causado a outrem.¹⁹⁰

A ideia é trazer uma forma de justiça no âmbito da responsabilidade civil, de uma indenização mais justa e condizente com o caso concreto. Ocorre que, na atual conjuntura indenizatória, o juiz ao levar em consideração apenas o prejuízo sofrido pela vítima praticamente equipara casos distintos, olvida-se de analisar afundo a conduta do agente, o faz de modo superficial, quase sem influenciar no montante indenizatório.

De modo que fatos idênticos ou semelhantes, mas compostos por condutas totalmente diferentes são encarados pelo judiciário da mesma forma. Exemplificando: se o ofensor age com dolo em sua conduta visando lesionar terceiro, para o judiciário, o fato será indenizado quase que da mesma forma que o ofensor que lesou outrem de forma culposa, pois se leva mais em conta o dano causado do que a conduta danosa para a fixação do *quantum*.¹⁹¹

Gerando, assim, injustiça na prestação jurisdicional. Diante de lesões ocasionadas por condutas tão diferentes a resposta jurídica não pode ser a mesma. Colabora com o exposto os ensinamentos de André Gustavo Corrêa de Andrade, para quem:

A imposição de indenizações idênticas para danos iguais, mas causados por condutas tão distanciadas em termos de reprovabilidade, constitui afronta ao princípio constitucional da igualdade e ao senso comum de justiça.¹⁹²

¹⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistema civilista: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, RTCD, vol. 18, 2000, p. 47.

¹⁹⁰ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 240-241.

¹⁹¹ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 240-243.

¹⁹² ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 243.

Superada as explanações acerca da função punitiva faz-se necessário discorrer sobre a finalidade preventiva dos *punitives damages*. Também chamada de função dissuasória, essa modalidade de indenização mostra-se eficaz quando não é possível realizar justiça através da indenização compensatória.¹⁹³

É o que ocorre no exemplo abordado anteriormente em que a fixação da indenização nos moldes atuais para a empresa que gera prejuízos aos consumidores não se mostra suficiente para inibir a sua conduta, que acaba sendo inúmeras vezes reiteradas no seio social, por ser lucrativa.

A teoria compensatória de indenização dos danos morais é falha nesse sentido, não bastando apenas à compensação do dano causado, a mera transferência do prejuízo não bastará para inibir novas condutas danosas, bem como não restituirá a ordem social, pois, quando um ilícito opera na sociedade ele fere o senso comum e a justiça social, de forma que os cidadãos buscam uma punição que desestime o ofensor a atuar novamente, não se trata de um prejuízo meramente individual, mas sim de um dano social.¹⁹⁴

A doutrina, ainda que minoritária no que diz respeito ao dano punitivo, posiciona-se sobre o tema da seguinte maneira:

Objetiva, desse modo, restabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico, cujas regras devem ser obedecidas, se não pela consciência moral da importância do cumprimento do dever, ao menos pelo temor da imposição de sanções efetivamente desconfortáveis em caso de descumprimento.¹⁹⁵

Ademais, a doutrina aponta outras funções secundárias para a teoria do dano punitivo, tais como: a eliminação do lucro ilícito, a preservação da liberdade contratual, a manutenção do equilíbrio das relações de consumo e a defesa de contratantes que se encontram em posição de inferioridade.¹⁹⁶

¹⁹³ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 243-245.

¹⁹⁴ TARABORRELI, Alejandro Atilio; MAGRI, Eduardo Omar. **Acerca de los punitives damages. Análisis económico del instituto**. Disponível em: <http://www.biglieri.org/publicaciones/castellano/catedra/acerca_de_los_punitives_damages.htm>. Acesso em: 03 set. 2012.

¹⁹⁵ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 244-245.

¹⁹⁶ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 247-261.

As funções secundárias são decorrentes das funções primárias. A eliminação do lucro ilícito do ofensor e as demais funções decorrentes são uma forma de dissuadir a prática do ato prejudicial, evitando que este gere ativos ao ofensor; busca evitar a quebra de um contrato, tendo em mente que a sanção reparatória eventualmente concedida pode não ser, por si só, satisfatória de reprimir a quebra contratual em determinadas situações – são todas funções que tem por escopo evitar o lucro por parte do agente causador do dano moral, tentando inibir a reiteração da prática que resultou no dano.¹⁹⁷

A par das finalidades da teoria do desestímulo é mister verificar os pressupostos da indenização punitiva. Visando evitar tautologia não serão reprisados os requisitos da responsabilidade civil e do dever de indenizar, já verificados na presente obra. Assim sendo, serão debatidos apenas os pressupostos específicos acerca da indenização punitiva.

É necessário que haja um dano moral, bem como culpa grave do ofensor, como visto, a indenização punitiva baseia-se no comportamento do agente e não na extensão do dano em si, de modo que somente serão passíveis de indenização punitiva os danos morais ocasionados por conduta culposa grave ou dolo. Estando isentos os decorrentes de culpa leve, ou provenientes de responsabilidade objetiva.¹⁹⁸

Contudo, existe a possibilidade de aplicar a indenização punitiva em caso de culpa simples nos casos em que houver a obtenção de lucro com o ato ilícito, bem como é possível a sua configuração em certos casos de responsabilidade objetiva, desde que se prove a culpa grave (ou simples com obtenção de lucro) ou o dolo. Isso, pois, a ideia da teoria do desestímulo é justamente evitar a obtenção de benefícios econômicos decorrentes da ação ilícita.¹⁹⁹

Nesse norte apresentam-se os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho:

A indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita.²⁰⁰

¹⁹⁷ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 247-261.

¹⁹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistema civilista: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, RTCD, vol. 18, 2000, p. 57.

¹⁹⁹ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 269-272.

²⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 95.

Conclui-se que a indenização punitiva tem como requisitos, além daqueles inerentes a responsabilidade civil, outros três fatores: a ocorrência do dano moral, a conduta dolosa ou culposa grave do ofensor, e a obtenção de lucro econômico com a prática do ato ilícito. Não se cogitando de dano punitivo quando não há conduta dolosa ou culpa grave do agente, ou quando o ato ilícito não gere lucro ao ofensor, salvo nas exceções supramencionadas de culpa simples e responsabilidade objetiva.²⁰¹

Uma vez perfectibilizado o dano moral segundo os requisitos da teoria do desestímulo, é imperioso que se atribua critérios práticos para a fixação do valor da indenização punitiva.

Os critérios de quantificação do dano punitivo diferem das demais teorias que tratam do assunto, uma vez que ela não objetiva realizar a mera compensação do prejuízo sofrido, mas sim uma verdadeira punição ao ofensor. Assim sendo, o magistrado deve levar em consideração somente os fatores que contribuem para esse objetivo como, por exemplo, o grau de culpa ou a intensidade do dolo do agente, a extensão ou gravidade do dano, a situação econômica do ofensor, o lucro atual comprovado e o futuro presumido auferido com a conduta ilícita do agente, dentre outros fatores correlatos.²⁰²

Entende os doutrinadores que defendem a teoria do *punitive damage* que a aferição do dano deve ser efetuada de forma bipartida, isto é, primeiro verifica-se o montante referente ao dano efetivamente causado, valendo-se da modalidade compensatória, sem caráter punitivo. E, após, mensura-se o dano a título de sanção para o ofensor. O que na prática facilita questões jurídicas, como no caso dos contratos de seguro, em que a seguradora apenas irá responder pelo dano a título de compensação, devendo o referente ao dano punitivo ser cobrado apenas do sujeito causador do mesmo.²⁰³

Realizada a separação da quantificação do dano moral, passa-se a verificação do grau de culpa ou da intensidade do dolo do ofensor. Nesse momento, o dano em si exerce função secundária na atribuição do *quantum*, sendo o cerne da questão a forma como agiu o causador do prejuízo. De modo que uma conduta dolosa pesará mais do que uma conduta culposa, bem como em um grau de culpa e de prejuízos idênticos será atribuído um valor de indenização maior para o caso em que o agente tenha motivação mais reprovável – a culpa consciente

²⁰¹ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 261-272.

²⁰² ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 297-298.

²⁰³ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 299.

deve ser reprimida de forma mais severa do que a culpa inconsciente, mesmo que o dano ocasionado seja diferente.²⁰⁴

Uma vez valorado a conduta do provocador do dano, cumpre analisar as condições pessoais do agente, mais precisamente, o seu padrão de vida. Sobre esse critério de fixação da teoria do desestímulo manifesta-se Carlos Alberto Bittar:

[...] deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica [...].²⁰⁵

Ainda, as outras condições pessoais do ofensor que não dizem respeito a suas posses materiais também devem ser levadas em consideração. A conduta ilícita provocada por aquele que tem um dever legal de evitá-la, ou então, o ato cometido por pessoa de grande cultura, deve pesar mais no montante indenizatório do dano punitivo, tendo em vista a maior reprovabilidade da conduta. A sociedade espera mais de determinadas pessoas, devendo-as servir de exemplo para os demais e não praticar atos atentatórios ao bem comum.

Feita a valoração das condições pessoais do ofensor, cabe verificar a gravidade do dano. A conduta do agente é fundamental para a quantificação do dano punitivo, porém, deve ser verificada em conjunto com a gravidade do dano, pois, uma conduta culposa que atinge o bem vida é mais reprovável do que uma conduta dolosa que atinge a intimidade, o que resulta em dizer que a conduta do ofensor está ligada ao dano causado e ao bem afetado, quanto mais importante for o bem atingido mais reprovável será a conduta daquele que agiu contrário à lei.²⁰⁶

Por fim, o último critério que deve ser apreciado pelo magistrado é a obtenção de lucro com o ato ilícito por parte do agente causador. Leva-se em consideração não apenas o lucro direto obtido, mas também o lucro indireto (futuro). Cumpre ressaltar que a estimativa de

²⁰⁴ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 301.

²⁰⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**, p. 220.

²⁰⁶ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 307.

lucro depende de prova, ou de fortes indícios que demonstrem o valor obtido, podendo, em certos casos, valer-se o juiz da presunção se as circunstâncias do caso concreto permitirem.²⁰⁷

Apesar do exposto, a teoria do desestímulo não é aceita de forma integral no ordenamento jurídico, a doutrina majoritária aponta duras críticas contra esse instituto. Dentre elas pode-se citar: os excessos nas indenizações; o enriquecimento sem causa da vítima; o incentivo à “indústria do dano moral”; o estímulo ao sentimento de vingança; e a violação do princípio da legalidade penal.

Carlos Roberto Gonçalves repudia a indenização de escopo punitivo, aduzindo que o “caráter punitivo é puramente reflexo”, visando desestimular a conduta do ofensor, mas não pode ter como cerne principal punir o indivíduo. Deve-se buscar a compensação do dano que por si só já inibi a repetição da conduta danosa.²⁰⁸

O citado jurista manifesta-se em relação à violação do princípio da legalidade penal caso a teoria do *punitive damage* fosse aplicada de forma plena:

Já se foi o tempo em que as sanções civis e penais se confundiam. A sanção penal tem por fim a repressão do ato ilícito e não guarda relação com o valor do bem lesado. [...] se vê que o caráter sancionatório autônomo, nas condições mencionadas, tem todas as características da sanção penal. Enquanto tal, está sujeita ao princípio da legalidade das penas [...]. Enquanto garantia constitucional, o princípio da legalidade das penas não se aplica exclusivamente ao direito penal.²⁰⁹

E segue a crítica dizendo que a indenização punitiva não tem previsão legal no ordenamento jurídico e sendo uma sanção violaria o princípio da legalidade das penas, bem como que a indenização em valor superior ao dano sofrido importaria em enriquecimento ilícito da vítima, não permitido pelo ordenamento jurídico vigente.²¹⁰

Em igual posição manifesta-se Humberto Theodoro Junior, para quem:

²⁰⁷ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 308-309.

²⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 4, 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380-381.

²⁰⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 4, 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 381.

²¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 4, 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382.

Em nosso sistema constitucional só a lei pode instituir pena aplicável ao agente de ato dito ilícito. Se nenhuma norma legal cogita de instituir ou cominar pena para determinado ato lesivo, ao juiz civil somente toca impor ao agente o dever de indenizar o prejuízo acarretado à vítima. Nada mais.²¹¹

Aduz a doutrina, ainda, que o dano moral não pode ter caráter penal, pois diz respeito a uma conduta cometida apenas contra uma pessoa, e, portanto, não contra a sociedade. Cabendo à vítima pleitear a sua reparação, não podendo se cogitar que a sociedade como um todo tenha interesse nesse fato, ela não tem interesse em danos privados.²¹²

Sobre a teoria do dano punitivo como critério de indenização dos danos imateriais, Rui Stoco aponta que a reparação não poderá ser desproporcionalmente desproporcional, atuando como fonte de empobrecimento do ofensor e enriquecimento ilícito da vítima, nem podendo ser fixada em valor irrisório de modo que não atingiria o propósito de compensar o prejuízo e desestimular a conduta do ofensor. Para o autor, o dano moral não pode converter-se em fonte de enriquecimento ilícito, não podendo gerar riqueza desproporcional que não seria obtida por meio do trabalho, não podendo incentivar as pessoas a buscar nas ações judiciais uma alternativa rendosa desvirtuada do seu objetivo primário que é o de compensar e reparar o dano.²¹³

Por mais que a doutrina majoritária se mostre desfavorável à teoria do *punitive damage*, a jurisprudência vem adotando-a em seus julgados, ainda que em partes, e não nos exatos termos propostos pelo *common law*, mas evidenciando um avanço nessa seara e uma nova tendência jurídica na quantificação do dano moral.

É o que se extrai dos acórdãos proferidos pelo mais variados Tribunais do Brasil:

²¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**, 7. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 90.

²¹² MAZEAUD apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**, 7. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 79-80.

²¹³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1927-1928.

Logo, é certa a ocorrência de danos morais à apelada, devendo-se o quantum indenizatório ser justo, prudente e correto, coadunando-se com a aplicação da Teoria do Desestímulo ou The Punitive Damage, observando critérios de proporcionalidade e razoabilidade. O corolário dessa teoria é que o valor a indenizar deve exprimir caráter repressivo e pedagógico. Isto é, para que se compense efetivamente a vítima e, ao mesmo tempo, se tenha exemplarmente punido o injusto do ofensor, é necessário que a indenização por dano moral venha a pesar no seu bolso, servindo a ele e à sociedade, como um poderoso fator de desestímulo a novas práticas ilícitas.²¹⁴

Assim como no Norte do país, o Sul parece ter adotado a teoria em sua jurisprudência, conforme demonstra a ementa a seguir descrita:

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. TELEFONIA FIXA. SERVIÇOS “COMODIDADE IDENTIFICADOR DE CHAMADAS E FRANQUIA DE 600 MINUTOS” NÃO CONTRATADOS. DANO MORAL DECORRENTE DO CARÁTER ILÍCITO DA PRÁTICA ABUSIVA. QUANTUM MANTIDO. [...] Necessidade de inaugurar-se a doutrina da punitive damage e sua co-irmã, a exemplary damage, às vezes chamadas no direito pátrio, sem muito rigor científico, de teoria do desestímulo.[...] A ideia é punir-se com rigor o causador do dano, de forma pecuniária, destinando-se o montante indenitário diretamente à vítima. Em alguns casos, além da vítima, instituições de caridade podem ser premiadas com a punição do ofensor, ou, até mesmo o Fundo dos Direitos do Consumidor.[...] Na exemplary damage, a indenização por dano moral atende ao fim social de que trata a Lei de Introdução ao Código Civil, uma vez que, supostamente, influenciará como desestímulo.[...] A questão do enriquecimento ilícito da vítima. Ora, se este eventual enriquecimento ocorrer nada mais será do que mero desdobramento da punição do ofensor, algo, portanto, perfeitamente justo. Ainda mais que a indenização por dano moral não atua como repositório da perda, em face de seu caráter compensatório. Ou seja, não se está obrigado a apurar a indenização até o valor da recomposição do dano.²¹⁵

Contudo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça se mostra contrário à tendência jurisprudencial dos Tribunais Estaduais:

²¹⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Apelação Cível nº 2007.3.008604-5**. Relator: Des. Cláudio A. Montalvão Neves. Belém, PA, 11 de fev. de 2008. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br>> Acesso em: 09 set. 2012.

²¹⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Inominado nº 71003124823**. Relator: Fábio Vieira Heerdt. Porto Alegre, RS, 28 de jul. de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 09 set. 2012.

PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NOTÍCIA EM PERIÓDICO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. PROCURAÇÃO. JUNTADA AOS AUTOS DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE. ART. 254, DO CPC. INDENIZAÇÃO ARBITRADA PELO MAGISTRADO A PEDIDO DA PARTE. INTERESSE DE RECORRER. CUMULAÇÃO PEDIDO DE RESPOSTA COM INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE RESPOSTA EXTRAJUDICIAL. PRESSUPOSTO DESNECESSÁRIO. FORMATO. ARTIGO 30 DA LEI DE IMPRENSA. PRAZO DECADENCIAL. INEXISTÊNCIA. TARIFAÇÃO INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. REVISÃO DA OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ADEQUAÇÃO. POSSIBILIDADE.

12. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior, na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como para que sirva de desestímulo ao ofensor na repetição de ato ilícito. 13. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.²¹⁶

É notório que a jurisprudência vem aplicando o dano punitivo, contudo, o fazem de maneira não condizente com as prerrogativas desse instituto, atribuindo sanções pecuniárias irrisórias que não se distinguem da própria indenização por compensação, de modo que não haverá desestímulo da conduta ilícita do ofensor.

Ademais, em que pese os Tribunais Estaduais adotarem, em parte, a teoria do desestímulo, o Superior Tribunal de Justiça manifesta-se contrário à adoção desta forma de quantificação do dano moral, vez que não há previsão legal no ordenamento jurídico pátrio e por acarretar em enriquecimento sem causa da vítima. Usando-a de maneira restrita e, portanto, ferindo de morte sua eficácia e a sua finalidade.

²¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 401358-PB**. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, DF, 16 de março. de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 10 set. 2012.

3.3 – Teoria compensatória do dano moral

Em que pese à existência da teoria do tabelamento e da teoria do dano punitivo, a forma de mensuração do dano imaterial aceita tanto pela doutrina majoritária quanto pela jurisprudência dominante é a teoria da reparação compensatória ou integral dos danos morais, que será a seguir analisada.

A obrigação de indenizar pode ocorrer de duas formas: através da prestação *in natura*, quando o ofensor repõe exatamente aquilo que danificou, restituindo a coisa, consertando-a; ou por meio de uma indenização pecuniária equivalente ao dano causado. No que concerne aos danos morais à reparação somente poderá ser pecuniária, pela obviedade de não poder ser restituída o bem jurídico afetado ao *status quo ante*.²¹⁷

Não há como retirar do âmago mental a dor sofrida, a experiência traumatizante vivenciada, esses fatos acompanharão a vítima por toda a sua vida, sendo a única saída para amenizar o pesar à compensação pecuniária do dano sofrido.

Nesse sentido, a indenização por danos morais busca um lenitivo para a dor, visto que não importa a espécie de prejuízo sofrido, se de cunho material ou imaterial, jamais será possível retornar a situação anterior ao evento danoso. A indenização cumprirá a função de representar e substituir aquilo que foi ferido, mas nunca atuará como o que realmente se perdeu. Trata-se de reparar a dignidade da pessoa lesada e não a dor em si.²¹⁸

É necessário esquadrihar as funções da teoria compensatória de quantificação do dano moral para que se possa ter um melhor entendimento sobre a importância desse instituto e para fins de comparação com as demais teorias que visam o mesmo objetivo.

Acerca da natureza jurídica da reparação do dano moral segundo a teoria da compensação aduz Maria Helena Diniz que:

²¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**, vol. 2, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 411-414.

²¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salva. **Direito civil: responsabilidade civil**, vol. 4, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 332.

A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. Não se pode negar a sua função: *a) penal*, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando à diminuição de seu patrimônio [...]; e *b) satisfatória ou compensatória*, pois como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.²¹⁹

A fixação da indenização do dano moral possui, para a teoria da compensação, duas funções principais: uma de caráter penal e outra meramente compensatória.

Foi abordado na presente obra que a teoria do desestímulo possui uma função penal, porém, tem como cerne a punição do ofensor e como escopo secundário a reparação do dano; enquanto que a teoria da compensação tem por objetivo principal a compensação do dano sofrido e, de forma secundária, uma penalização do ofensor para inibir a repetição de conduta.

Tal repressão na teoria compensatória é mais demagoga do que efetiva, e verifica-se na prática que não produz o efeito desejado, uma vez que o valor empregado a título de penalização na indenização é quase ínfimo.²²⁰

Não obstante, existe posição que afirma que a teoria compensatória de fixação do *quantum debeatur* possui uma tríplice função, que além de compensar o agente passivo pelos prejuízos sofridos, e de punir o ofensor visando desestimular sua conduta, procura também servir de exemplo para a sociedade, evidenciando que o comportamento do ofensor não é aceitável, servindo de inibidor para toda a sociedade.²²¹

Sílvio Venosa aponta que, apesar de existir uma tríplice função, o caráter dissuasório e de exemplaridade social é delegado a um plano secundário, que dificilmente será realizado tendo em vista que para tanto seria necessário que a lei permitisse que o juiz publicasse a sentença em veículos de imprensa atingindo, assim, vários segmentos da sociedade. Sem essa atividade muitas pessoas se quer saberão da condenação e que aquela atitude causadora do dano não é bem vista pelo Poder Judiciário.²²²

Prevalece o entendimento que a indenização por danos imateriais baseia-se em um binômio punitivo-compensatório que objetiva desestimular a conduta do causador do prejuízo e compensar a vítima pelo dano sofrido.

²¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 125.

²²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**, 7. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 55.

²²¹ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 106.

²²² VENOSA, Sílvio de Salva. **Direito civil: responsabilidade civil**, vol. 4, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 340-341.

Cumpra dizer que, apesar de a principal função da teoria compensatória seja buscar a compensação do dano e a punição do ofensor, de forma reflexa e decorrente da aplicação dessa indenização haverá uma dissuasão social, que servirá como inibidora de condutas ilícitas, denotando, também, o caráter exemplaridade.²²³

Em que pese toda a discussão acerca do instituto da quantificação do dano moral, não há na lei nenhum parâmetro delineador da conduta do juiz para realizar esse encargo. De maneira que se usa da jurisprudência e da doutrina para suprir a lacuna legislativa.

Prevalece o entendimento de que é incumbência do juiz fixar o valor indenizatório do prejuízo extrapatrimonial, através de seu livre convencimento, arbitrando o valor que entende justo ao caso, aproximando-se do direito penal no qual é competência do magistrado criminal aferir e computar a pena do condenado.²²⁴

De fato, cabe ao magistrado avaliar o dano moral sofrido, mas não o faz de modo infundado e sem parâmetros. Deve realizar a mensuração de acordo com critérios subjetivos elencados pela doutrina e jurisprudência. Dentre os quais, aponta Clayton Reis, há que se levar em conta o comportamento do ofensor, antes e após a realização da conduta prejudicial, seu grau de culpa, bem como a suas características pessoais (posição social, cultural, política e etc...), ainda, deve ponderar em cada caso, por meio de seu prudente arbítrio, os elementos probatórios, as circunstâncias do fato, não se olvidando da extensão do dano e de sua repercussão no meio social, e das características da vítima e da sua colaboração para o evento danoso.²²⁵

Sérgio Cavalieri Filho traz à baila, com a propriedade de quem tem a função de quantificar o dano moral em seu dia-a-dia, que:

Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.²²⁶

²²³ MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 113-115.

²²⁴ REIS, Clayton. **Dano moral**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 92-99.

²²⁵ REIS, Clayton. **Dano moral**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 92-99.

²²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 91.

Tendo em mente que as legislações anteriores à Constituição Federal de 1988 que visavam estabelecer certos parâmetros e limites para a estipulação do dano, bem como estipulavam os seus valores mínimo e máximo através do tabelamento não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional, não resta outra saída ao magistrado senão a de quantificar o dano moral por meio do seu arbítrio, atentando para as particularidades de cada caso e de seus envolvidos.

Humberto Theodoro Júnior esclarece que o juiz exerce com exclusividade a tarefa de estipular o dano extrapatrimonial sofrido, é atividade indelegável:

Está, portanto, solidamente estabelecido na doutrina que, não apenas o poder de decidir sobre a existência e configuração do dano moral e do nexo causal entre ele e a conduta do agente, mas, também e sobretudo, a sua quantificação, correspondem a temas que somente podem ser confiados às mãos do julgador e ao seu prudente arbítrio.²²⁷

Colaborando com os ensinamentos de Clayton Reis acerca dos critérios a serem valorados quando da fixação do *quantum* indenizatório, Sérgio Cavalieri Filho aponta que o magistrado deverá verificar a reprovabilidade da conduta do agente, a intensidade e a duração do sofrimento causado à vítima, as condições sociais do ofendido, e demais circunstâncias específicas que se fizerem presentes. Expõe, porém, que ao analisar esses critérios, usando do prudente arbítrio, o juiz deve fazê-lo de modo a primar pela razoabilidade e proporcionalidade, são esses dois princípios que nortearão a atuação do juiz na fixação do dano moral.²²⁸

Nessa esteira manifesta-se outro doutrinador do cenário jurídico nacional:

[...] o magistrado, para que possa estabelecer, equitativamente, o *quantum* da indenização do dano moral segundo a gravidade da lesão, baseado na conduta culposa ou dolosa do agente, a situação econômica do lesante, as circunstâncias de fato, a situação individual e social da vítima ou dos lesados etc. Isto é assim porque se reclama na aplicação da norma o prudente arbítrio judicial.²²⁹

²²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**, 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 40-41.

²²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 93-94.

²²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155.

De modo que, a indenização por danos morais deve ser arbitrada de acordo com o prejuízo causado, visando compensá-lo, não podendo ir além e nem a quem do dano provocado. Não pode a indenização por danos imateriais ser exorbitante e servir de enriquecimento ilícito por parte da vítima, bem como não deve ser ínfima a ponto de não compensar o dano, deve existir uma justa medida pautada na razoabilidade e na proporcionalidade.²³⁰

Leciona Sílvio de Salva Venosa sobre o tema:

[...] é evidente que nunca atingiremos a perfeita equivalência entre a lesão e a indenização, por mais apurada e justa que seja a avaliação do magistrado, não importando também que existam ou não artigos de lei apontando parâmetros. Em cada caso, deve ser aferido o conceito de razoabilidade.²³¹

Nehemias Domingos de Melo, cujo conhecimento norteou a monografia proposta, expõe suas considerações acerca da razoabilidade e da proporcionalidade na quantificação do dano moral. Para o autor, esses dois critérios geram dificuldades de ordem prática tendo em vista que o razoável e proporcional para alguns magistrados pode não ser para outros, variando de acordo com a instrução pessoal de quem faz a análise, gerando insegurança jurídica na prestação jurisdicional e na uniformização das decisões.²³²

O grau de culpa do causador do dano tem fundamental importância no processo de valoração do dano, quanto mais reprovável a conduta maior será o *quantum* fixado – servindo a culpa concorrente como atenuante da responsabilidade e promovendo, conseqüentemente, a diminuição do valor condenatório. Ainda, a extensão do dano e a repercussão das ofensas no meio social serão analisadas, majorando ou minorando o valor fixado de modo que se a vítima detiver fama o valor de indenização será maior.²³³

A doutrina demonstra que a idade da vítima também deve ser levada em consideração. A indenização dada à pessoa de avançada idade poderá beneficiar seus herdeiros que não possuem relação com o dano, bem como presume que se trata de pessoa com maior experiência de vida e que já experimentou inúmeras emoções; contudo, o dano

²³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119-125.

²³¹ VENOSA, Sílvio de Salva. **Direito civil: responsabilidade civil**, vol. 4, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 339.

²³² MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97-98.

²³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 4, 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380.

causado ao jovem persistirá como um trauma por toda a sua vida adulta, devendo esse fator ser levado em consideração pelo magistrado quando da fixação do dano moral.²³⁴

Há, entretanto, aqueles que se insurgem em relação aos critérios quantificadores do dano moral utilizados pela teoria compensatória, para eles o dano imaterial deve ser reparado apenas até o limite de sua extensão, detendo função exclusivamente compensatória e nada mais.²³⁵

Afirmam que não se pode ter como critério as condições pessoas da vítima sob pena de valorar a dor do pobre de forma maior do que a dor do rico – sofrimento é sofrimento, independente da riqueza – ferindo o princípio da isonomia. Ademais, não deve ser levado em consideração o grau de culpa do agente, este nada interfere na extensão do dano, não influenciando para a sua compensação, o que resultaria em enriquecimento sem causa.²³⁶

O processo de quantificação do dano moral, segundo a teoria compensatória, resume-se à subjetividade do juiz que irá analisar e mensurar os fatores expostos, minorando ou majorando o valor de condenação, sempre pautado pela razoabilidade e proporcionalidade, fazendo uso de seu prudente arbítrio.

A jurisprudência majoritária adotou a teoria da compensação do dano moral, também chamada de reparação integral. Impera o binômio punitivo-compensatório nas decisões dos Tribunais, como pode ser observado nas atuais decisões dos acórdãos que seguem:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ATOS DOLOSOS. CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO DA REPARAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO INDEXADOR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 475-J DO CPC. VIOLAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano causado. 2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de ceifar as vidas das vítimas, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação.²³⁷

²³⁴ VENOSA, Sílvio de Salva. **Direito civil: responsabilidade civil**, vol. 4, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 344-345.

²³⁵ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, RTCD, vol. 12, 2000, p. 10-13.

²³⁶ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, RTCD, vol. 12, 2000, p. 10-13.

²³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1300187-MS**. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 28 de maio. de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 12 set. 2012.

Na supramencionada decisão do Superior Tribunal de Justiça pode-se constatar a aplicação da indenização por danos morais com caráter punitivo-pedagógico (de exemplaridade), bem como a função compensatória do dano sofrido pautada na razoabilidade e na proporcionalidade.

Ainda, constatam-se os critérios utilizados para a fixação do valor do dano extrapatrimonial, tais como: o bem jurídico lesado, as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, a reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano em si.

Os critérios são reproduzidos pelo Supremo Tribunal Federal, nos poucos acórdãos em que se manifesta sobre o tema:

EMENTA Ação originária. Fatos incontroversos. Dispensável a instrução probatória. Liberdade de expressão limitada pelos direitos à honra, à intimidade e à imagem, cuja violação gera dano moral. Pessoas públicas. Sujeição a críticas no desempenho das funções. Limites. Fixação do dano moral. Grau de reprovabilidade da conduta. Fixação dos honorários. Art. 20, § 3º, do CPC. 1. [...] A fixação do quantum indenizatório deve observar o grau de reprovabilidade da conduta. 5. A conduta do réu, embora reprovável, destinou-se a pessoa pública, que está sujeita a críticas relacionadas com a sua função, o que atenua o grau de reprovabilidade da conduta. 6. A extensão do dano é média, pois apesar de haver publicações das acusações feitas pelo réu, foi igualmente publicada, e com destaque (capa do jornal), matéria que inocenta o autor, o que minimizou o impacto das ofensas perante a sociedade. 7. O quantum fixado pela sentença (R\$ 6.000,00) é razoável e adequado.²³⁸

O Superior Tribunal de Justiça reafirma que não há parâmetros legais para mensurar o dano moral, devendo-o ser fixado de acordo com o arbítrio do juiz:

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação originária nº 1390-PB**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 12 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 13 set. 2012.

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ATO ILÍCITO - ATAQUE DE CACHORRO CONTRA CRIANÇA, EM VIA PÚBLICA - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - VALOR DA INDENIZAÇÃO - CASO DOS AUTOS - DESNECESSIDADE DE REVISÃO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

[...] No que se refere à verba indenizatória, não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da indenização, uma vez que não existem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, reiteradamente tem-se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestímule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.²³⁹

Dessa forma, embora, outras teorias de quantificação do dano moral venham ganhando espaço no cenário jurídico nacional, em especial a teoria do desestímulo, é pacífico na doutrina a aplicação da teoria compensatória do dano moral, atendendo as suas funções e seus critérios. Até o presente momento é a balizadora da árdua tarefa judicial de quantificar o dano moral e proceder com justiça.

É visível, também, que no anseio de buscar novas modalidades de quantificação do dano moral há uma mescla da teoria compensatória com a teoria do desestímulo que originou três funções específicas para o *quantum* indenizatório: compensar, punir e dissuadir as condutas danosas, servindo de exemplo para as demais pessoas no meio social. Bem como, por não haverem parâmetros legais, a doutrina e a jurisprudência cuidaram de traçar os critérios para fixar a indenização, baseado sempre no prudente arbítrio do juiz avaliando as situações do caso, as suas circunstâncias, o dano e sua extensão e as características dos envolvidos, pautado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

²³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 38057-SC**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 28 de maio. de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 12 set. 2012.

CONCLUSÃO

Não se pode mensurar o que não se tem conhecimento. Compreender o dano moral é fundamental para quantificá-lo. E para tanto, deve-se buscar a origem do instituto, sua evolução no decorrer da história humana.

Remonta-se às terras primitivas, no despertar da civilização, nas quais a lei da espada era superior à lei escrita. Nessa época já existia o dano moral, ainda que de maneira tímida, que era regulado pela autotutela e pelo senso de moral coletiva.

Nesse momento histórico não se cogitava em forma de quantificação do dano moral, apenas havendo uma espécie de retribuição coletiva pela moral ofendida.

Com a evolução da sociedade primitiva, surgiram as primeiras codificações que visavam quantificar e regular o dano imaterial. A primeira delas foi o Código de Hamurabi que previa uma forma de reparação idêntica ao dano sofrido, mas que não se traduzia em pecúnia, mas em outro dano dirigido ao ofensor, visando, através de uma vingança pessoal, satisfazer o ego da vítima, reparando assim a sua moral lesada. Era a Lei do Talião: “olho por olho e dente por dente”, retribuição do agravo sofrido na mesma medida.

Nota-se que não havia até então uma quantificação do dano propriamente dita, apenas tratava-se de reproduzir o prejuízo sofrido pela vítima na esfera pessoal do seu causador. E, nas raras previsões de reparação em pecúnia, essas eram tabeladas, com preços previamente delimitados.

O Código de Manu trouxe também alguns avanços no que concerne o dano moral. Possuindo um caráter menos vingativo e mais compensatório, prevendo maiores penas pecuniárias por ofensas aos direitos pessoais do que penas de caráter sancionatórios.

Contudo, foi na Roma que a quantificação do dano moral realmente ganhou forma. O primeiro grande avanço foi em diferenciar os delitos públicos dos privados, sendo que naqueles o valor da indenização era revertido ao Estado enquanto que nesses era convertido em prol do ofendido.

Ainda, o direito romano criou mecanismos processuais aptos à busca pelo ressarcimento do dano moral. Um cidadão que se sentisse injuriado, por exemplo, poderia fazer uso da *actio injuriarum aestimatoria* e pleitear frente a um pretor a indenização pela ofensa causada à sua honra.

Trata-se de indubitável forma de quantificação do dano moral, uma vez que o indivíduo deveria relatar ao pretor o fato ocorrido, demonstrando-o, e estipular o valor que achava justo para reparar o dano imaterial, sendo que o pretor, analisando as circunstâncias do caso concreto e o valor arbitrado pela vítima poderia mantê-lo ou então, arbitrar outro mais condizente com a situação real.

Notável o avanço da quantificação do dano moral, haja vista que o quantum indenizatório passou a ser fixado pelo Estado-juiz, através do pretor, e com participação da vítima, sendo mensurado com base nas circunstâncias trazidas ao pretor.

Os avanços vivenciados por esse instituto, contudo, parecem ter se perdido na história porquanto no Brasil Colônia não existia qualquer forma de regulamentação do dano moral e de sua quantificação. Configurando um verdadeiro retrocesso legislativo.

Apenas em meados de 1912, com a criação da Lei nº. 2.861 que regulava a responsabilidade civil das estradas de ferro é que, pela primeira vez, foi feita menção ao instituto do dano moral. Atribuiu-se ao juiz a tarefa de quantificar o dano moral sofrido, que ainda estava atrelado a configuração do dano material, no caso de lesões corpóreas ou de deformidade proveniente do trabalho em estrada de ferro.

Com a publicação do Código Civil de 1916 a controvérsia acerca da reparação do dano moral ganhou força, dividindo a doutrina e a jurisprudência. Enquanto alguns doutrinadores defendiam a indenização do dano moral; outros eram relutantes em aceitá-la, não havendo consenso no ordenamento jurídico.

Com o advento do Código Brasileiro de Telecomunicações, em 27 de agosto de 1962, passou a ter previsão expressa à reparação por danos morais no direito brasileiro, bem como definições concretas de como deveria proceder o magistrado em relação a sua quantificação. Foi à primeira legislação brasileira que versava sobre a quantificação do dano moral, sendo o estopim de outras legislações vindouras que trariam mais segurança ao instituto.

A Lei da Imprensa de 1967, também trouxe a ideia de reparação do dano moral, em sua forma pura, decorrente de manifestação de pensamento e informações nos canais midiáticos prevendo formas de reparação e quantificação do dano imaterial.

Em que pese a criação das leis supramencionadas, não havia entendimento pacificado nos Tribunais e na doutrina acerca da reparação do dano moral em outras situações não abarcadas pela referidas leis, sendo-os relutantes em mensurar e reparar o dano extrapatrimonial.

A controvérsia somente teve fim com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que previu, de forma expressa, a reparação autônoma do dano moral, alçando-o a qualidade de direito fundamental.

A Carta Maior estipulou que os direitos de personalidade oriundos da dignidade da pessoa humana quando lesados geram o dever de reparar, são direitos imateriais, calcados na moral humana, configurando o dano moral a não observância aos mencionados direitos. E, devendo-os ser integralmente reparados, de forma ampla e autônoma, mensurando o dano em cada caso concreto, pelo prudente arbítrio do juiz, não havendo limitações e tabelamentos.

O entendimento foi reproduzido nas codificações infraconstitucionais, chegando ao seu ápice jurídico na vigência do Código Civil de 2002. Mais do que reconhecer o dano moral e a sua reparação, colocando fim as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o Código Civil de 2002 deu a doutrina os aparatos para conceituá-lo e para buscar formas de quantificá-lo.

Entretanto, tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Código Civil de 2002 pecaram ao não prever parâmetros expressos para mensurar o dano moral o que gerou outra nova discórdia no sistema jurídico pátrio, em relação aos parâmetros para efetuar a quantificação do dano moral.

Frente a esse novo paradigma a doutrina e a jurisprudência buscaram teorias para suprir esta omissão legislativa e tentar mensurar o dano imaterial, preenchendo a lacuna legal. Três teorias tiveram um maior destaque no cenário da mensuração do dano moral: a teoria do tabelamento, a teoria do dano punitivo e a teoria compensatória.

A teoria do tabelamento, defendida por Rui Stoco entre outros, visa delimitar a atuação do magistrado, diminuindo a subjetividade quanto da quantificação do dano moral. A teoria propõe valores mínimos e máximos previamente estipulados em lei que devem servir de ponto de partida para o magistrado no processo de quantificação do dano moral.

A fixação do dano imaterial seguiria limites pré-estabelecidos em lei dos quais seriam majorados ou mantidos, e até mesmo diminuídos, quando da análise do caso concreto, das circunstâncias fáticas, do grau de culpa, da situação dos envolvidos entre outros fatores.

Cabendo ao magistrado arbitrar um valor indenizatório dentro dos parâmetros legais. Sendo que para cada tipo de dano moral haveria uma correspondente fixada em lei, quanto mais grave o dano maior o valor a ser pago.

A contrário sensu, a doutrina majoritária e a jurisprudência entenderam que a teoria do tabelamento seria inconstitucional, uma vez que a Constituição proibiu qualquer forma de limitação a quantificação do dano extrapatrimonial que deve ser reparado de forma ampla e integral. Essa tendência também é comprovada pelo fato de a Carta Magna não ter recepcionado as disposições normativas anteriores a sua criação que estipulavam o tarifamento do dano material.

Resta evidenciado que a teoria do tabelamento não é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, todavia, a sua adoção traria inúmeros benefícios no que tange ao processo de mensuração do dano moral. Com pequenas adaptações, a teoria do tabelamento poderia ser um hábil instrumento para quantificar o dano.

A segunda teoria invocada pela doutrina e pela jurisprudência para aferir o quantum indenizatório é a teoria do dano punitivo ou *punitive damage*. De origem no direito anglo-saxão, no sistema do *commom law*, a presente teoria visa não apenas reparar o dano moral sofrido, mas também fazer uso da indenização como uma punição ao ofensor e exemplo para a sociedade.

Detém caráter sancionatório, punitivo, exemplificativo e reparatório na medida em que busca desestimular as condutas causadoras de danos. Tem como principal intuito a punição e não a compensação do prejuízo, de tal sorte que pode extrapolar e muito a valor do dano efetivo.

Justifica-se pela falta de eficácia das demais teorias em desestimular e frear determinados comportamentos sociais lesivos a sociedade que geram mais lucro do que prejuízo, e que sem uma punição exemplar serão reiterados pelos seus causadores.

Em que pese às propriedades dessa teoria a doutrina se manifesta de forma contrária a sua adoção, pois não haveria previsão legal de tal punição. Ademais, o dano seria ocasionado contra o sujeito e não contra a sociedade de forma que não poderia ter caráter penal. Bem como, ao condenar o ofensor em valor superior ao dano estaria enriquecendo ilicitamente a vítima.

Apesar das críticas a teoria do dano punitivo vem ganhando aplicação nos Tribunais, ainda que não de forma plena, com certas adaptações, os magistrados vêm buscando punir o ofensor para desestimular sua conduta e dar exemplo à sociedade. Porém, é indubitável que as indenizações estipuladas a título punitivo são irrisórias, desvirtuando o ideal dessa teoria e viciando a sua aplicabilidade.

Por fim, a teoria que é aplicada no cotidiano jurídico é a teoria compensatória do dano moral. Por ela, visa-se buscar a reparação integral do prejuízo sofrido, nem a quem nem além dele, de forma a compensar o pesar experimentado.

De acordo com a teoria compensatória o magistrado deve levar em conta a extensão do dano sofrido, as circunstâncias, o dolo, as características dos envolvidos, além de outros fatores pertinentes ao caso e, arbitrar um dano que seja suficiente para reparar a dor vivenciada.

Não se pode ir além da compensação, sob pena de gerar enriquecimento ilícito e nem aquém dela. A teoria compensatória busca uma justa medida entre o agravo e a reparação. É a teoria majoritária da doutrina e da jurisprudência nacional.

Contudo, existe uma nova tendência nos Tribunais e na própria doutrina que, como dito, vem aplicando de forma tímida a teoria do desestímulo conjuntamente com a teoria reparatória, é uma forma insípida ainda, mas que poderá resultar em uma nova teoria.

De fato, o sistema legal precisa de uma nova teoria, bem como de uma nova lei regulamentadora.

Para que haja uma quantificação justa e eficiente sob o ponto de vista reparatório do dano e como fonte de desestímulo social de atos ilícitos faz-se necessário mesclar as três teorias analisadas.

Sem dúvidas a melhor teoria para a quantificação do dano moral é, senão outra, uma teoria híbrida originária da mescla das teorias aqui enfrentadas. Para que se possa quantificar com justiça o dano moral, devem estar presentes a teoria do tabelamento, a teoria do desestímulo e a teoria compensatória.

É necessário que o legislador trace parâmetros objetivos para a aferição do dano moral, criando uma tabela de valores pelos quais o magistrado irá se basear, tudo conforme a teoria do tabelamento ensina.

Ainda, é necessário que esses valores orientadores possam ser majorados ou minorados de acordo com o caso em concreto, usando do prudente arbítrio do juiz, e analisando todas as circunstâncias e demais critérios presentes na teoria da compensação, chegando-se em um valor que compense o dano sofrido pela vítima, partindo sempre do mínimo estipulado na lei.

Por fim, após a verificação do valor compensatório do dano imaterial usando as ditames legais e tabelares será necessário determinar um valor extra que sirva para inibir a reiteração de condutas por parte do ofensor, bem como de exemplo para a sociedade de que atitudes ilícitas e danosas não serão toleradas pelo o judiciário sem, contudo, promover enriquecimento ilícito.

Para tanto, o valor atribuído a título de dano punitivo será revertido para a própria sociedade e não para a vítima, a esta será apenas conferido o valor a título de dano compensatório. O valor do dano moral para efeitos de desestímulo deverá ser revertido para um Fundo Assistencial, distribuído entre entidades beneficentes situadas na comarca onde o processo tramitou, revertendo-o em prol de toda a sociedade.

Portanto, para que haja uma quantificação justa do dano moral todas as teorias, em seus pontos positivos, devem ser levadas em consideração no momento de fixar o *quantum* indenizatório.

Vale lembrar que qualquer que seja a teoria adotada, tudo indica que a peça fundamental na quantificação do dano moral é o prudente arbítrio do juiz. Podem ser criadas várias teorias, mas para que a indenização seja justa a valoração do caso deve também o ser, a atividade jurisdicional depende e sempre dependerá da atuação do juiz, cabe a ele, independe da teoria adotada ou da lei, buscar realizar a justiça no caso concreto tendo por base a proporcionalidade e a razoabilidade aliadas a sua prudência.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do brasil**. 5 ed. São Paulo: Francisco Alves, 1943.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Instituí o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18 maio. 2012.

BRASIL, Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 06 maio. 2012.

BRASIL, Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962. Instituí o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 07 maio. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 38057-SC**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 28 de maio. de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 12 set. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1300187-MS**. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 28 de maio. de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 12 set. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 213188-SP**. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, DF, 21 de maio. de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 245465-MG**. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, DF, 24 de maio. de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 401358-PB**. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, DF, 16 de março. de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 10 set. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 628828-RJ**. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 20 de abril. de 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 172.720-RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 de fev. de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Apelação Cível nº 2007.3.008604-5**. Relator: Des. Cláudio A. Montalvão Neves. Belém, PA, 11 de fev. de 2008. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br>> Acesso em: 09 set. 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Inominado nº 71003124823**. Relator: Fábio Vieira Heerdt. Porto Alegre, RS, 28 de jul. de 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 09 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 4.236-SP**. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 16 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação originária nº 1390-PB**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 12 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 13 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 116.381-RJ**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 16 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 67.754-SP**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 16 ago. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**, vol. 2, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 7, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Disponível em:

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255>.

Acesso em: 03 ago. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. vol III. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 4, 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Medeiros, 2009.

HAMURABI, Código. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/hamurabi.htm>>. Acesso em: 12 maio. 2012.

LAGROW, Jhon Zenneth. BMW of north America, inc. v. Gore: **Due process protection against excessive punitive damages awards**, nota 25. Disponível em: <<http://www.nesl.edu/lawrev/vol32/1/LAGROW.HTM>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, vol. 2, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO SILVA, Wilson de. **O dano moral e sua reparação**. 3ª .ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistema civilista: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, RTCD, vol. 18, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 1, 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 2, 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REIS, Clayton. **Dano moral**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SANTIN, Janaína Rigo. **O estatuto do idoso: inovações no reconhecimento da dignidade na velhice**. Disponível em: <<http://www.fag.edu.br/professores/gspreussler/Direitos%20Humanos/Estatuto%20do%20Idoso%20e%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Obrigações, abordagem didática**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, RTCD, vol. 12, 2000.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TARABORRELI, Alejandro Atilio; MAGRI, Eduardo Omar. **Acerca de los punitives damages. Análisis económico del instituto**. Disponível em: <http://www.biglieri.org/publicaciones/castellano/catedra/acerca_de_los_punitives_damages.htm>. Acesso em: 03 set. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**, 7. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, nº 12, v. 12, jul./ago. 2001.

VENOSA, Sílvio de Salva. **Direito civil: responsabilidade civil**, vol. 4, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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