

A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO: ATÉ QUANDO CONVIVER COM ESSA INDEFINIÇÃO?

Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcante da Rocha

Bacharela e Mestre em Direito Constitucional em Direito pela UFRN
Vice-coordenadora do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

A questão da quantificação do dano moral no direito brasileiro continua gerando debates que estão longe de uma uniformização acerca do tema. O que temos visto é uma insegurança muito grande e absurdos evidenciados pela disparidade quando da aplicação da verba compensatória do dano moral, chegando mesmo a ocasionar preconceitos por parte dos juristas que hodiernamente propagam a existência de uma chamada “indústria do dano moral”. Alguns passos no sentido de transpor essas barreiras foram dados, ressaltando-se a importância do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil nesse diapasão, bem como a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que aplicou o método bifásico para a quantificação do dano moral, e também uma leitura coerente e adequada ao nosso ordenamento jurídico da teoria dos chamados “*punitive damages*”.

Palavras-chaves: Quantificação do Dano Moral. Constitucionalização do Direito Civil. Método Bifásico. “Punitive Damages”.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo consiste em uma reflexão no intuito de lançar uma semente que nos permita aclarar o conceito do ressarcimento do dano material, bem como de caracterizá-lo e determinar seu *quantum*.

A responsabilidade, na concepção contemporânea, “é resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face do dever ou obrigação”.¹

Tem-se por fundamentos da reparação por danos morais, segundo ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira, que, “...a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos”.²

Pois bem, o que nos leva a escrever este artigo é justamente a discrepância de opiniões e conceitos acerca da aplicabilidade prática do dano moral, o que gera insegurança e até mesmo um certo desconforto dentro da Magistratura no momento de condenar alguém por dano moral.

O que se observa no cenário jurídico da atualidade é que o receio de se estimular a chamada “indústria do dano moral” e contribuir com o enriquecimento ilícito de alguém, tem, diariamente, dado azo às mais variadas injustiças.

Esse trabalho, portanto, procura esclarecer que é fundamental estabelecer critérios claros no tocante à quantificação do dano moral, especialmente como forma de fugir das armadilhas armadas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro e buscando uma efetiva compensação pelos danos imateriais sofridos por alguém.

2 DA NECESSÁRIA ADEQUADA CONCEITUAÇÃO DO DANO MORAL

Definir o que é dano moral mostrou-se um penoso trabalho dentro dos estudos da responsabilidade civil no Brasil. Justamente na dificuldade de conceituação reside o maior problema na tratativa do dano moral pelo

¹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev.e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, P.2.

² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, não paginado.



judiciário Brasileiro.

Concebido o dano como conceito único com correspondência à lesão de determinado direito ³, poder-se-ia julgar possível a definição de dano moral como qualquer lesão a direito desprovido de cunho patrimonial.

É, porém, uma definição imprecisa. Não pela existência de erros conceituais relacionados à citada noção, mas porque e devido à grande mudança observada em nosso ordenamento jurídico com o advento do texto constitucional de 1988 forçosamente deve se reconhecer que qualquer temática relacionada ao dano moral está muito distante da unanimidade ⁴, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Esta divergência em torno do tema vai desde sua aplicabilidade até sua conceituação, exigindo debate e detido exame da matéria.

Uma correta definição do que seja Dano Moral deixaria o aplicador do instituto completamente à vontade para quantificá-lo, sem qualquer temor acerca do malfadado enriquecimento ilícito. Nesse diapasão, veremos como a doutrina vem tratando o assunto.

O Ballentine's Law Dictionary conceitua o termo dano como: "The loss, hurt or harm which results from the injury consequente upon the illegal invasion of a legal right"; em português, "a perda, lesão ou prejuízo resultante de injúria conseqüente da invasão ilegal de um direito"¹. A conhecimento de J. M. Carvalho Santos e demais colaboradores em seu "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", como Arnaldo Medeiros da Fonseca, releva a transcrição *in verbis* da conceituação deste de dano moral, que ainda se faz atual:

"Dano moral, na esfera do direito, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico. Assim, por exemplo, envolvem danos morais as lesões a direitos políticos, a direitos personalíssimos ou inerentes à personalidade humana (como o direito à vida, à liberdade, à honra, ao nome, à liberdade de consciência ou de palavra), a direitos de família (resultantes da qualidade de esposo, de pai ou de parente), causadoras de sofrimento moral

³ DIAS, José de Aguiar. Obra citada. v. 2. p.737.

⁴ VIOLA, Rafael. **O Papel da Responsabilidade Civil na Tutela Coletiva**. In. FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo. p.393.



ou dor física, sem atenção aos seus possíveis reflexos no campo econômico.” (sic).

Nas palavras do Professor Arnoldo Wald:

Dano é a lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio ou na sua integridade física, constituindo, pois, uma lesão causada a um bem jurídico, que pode ser material ou imaterial. O dano moral é o causado a alguém num dos seus direitos de personalidade, sendo possível à cumulação da responsabilidade pelo dano material e pelo dano moral. (Curso de Direito Civil Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 407).

Verifica-se que a conceituação traz um espectro bastante abrangente da qual se excluem apenas as lesões materiais. O caráter subjetivo do dano moral se evidenciada, visto mesmo que o referido dano não pode ser observado por aqueles sujeitos que se relacionam com o lesado.

Para Carlos Alberto Bittar, “são morais os danos e atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade (como, v.g., a honra, a reputação e as manifestações do intelecto).” (Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais, Revista dos Tribunais, SP, 1993, p. 24).

Buscando harmonizar a conceituação de dano moral, a doutrina e a jurisprudência modernas vêm contribuindo sobremaneira, quando o restringe apenas àquelas situações em que realmente houve um ataque à dignidade da pessoa humana. No mesmo diapasão, afastou-se o grande erro de considerar as consequências do dano como elementos para sua configuração e não sua causa.

É comum os aspirantes de reparação por dano moral levantarem a dor, a angústia, enfim, o sofrimento que passaram em decorrência do ato ilícito. No entanto, todos esses sentimentos comuns à pessoa humana, na verdade, são consequências e não causa do abalo moral.

A propósito, o magistério de Maria Celina Bodin de Moraes (Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 131 destacado) deixa bem claro esse novo momento de evolução na conceituação do instituto ora estudado:



Além disso, ao definir o dano moral por meio da noção de sentimento humano, isto é, utilizando-se dos termos 'dor', 'espanto', 'emoção', 'vergonha', 'aflição espiritual', 'desgosto', 'injúria física ou moral', em geral qualquer sensação dolorosa experimentada pela pessoa, confundem-se o dano com a sua (eventual) consequência. Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas.

Ainda complementa a citada Jurista:

Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana, dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. (op cit, p 327)

É preciso recordar que a dignidade humana foi elevada a um dos princípios estruturantes do Estado brasileiro. Veja-se que na Constituição Federal de 1988 o legislador constituinte fez insculpir, já no artigo primeiro, dentre os fundamentos sobre os quais se assenta o Estado Democrático de Direito, a dignidade humana.

Destarte, se configura hodiernamente o direito subjetivo constitucional à dignidade, com representações indissociáveis na conceituação de dano moral, justamente porque os valores que compõem a dignidade humana são precisamente aqueles que se referem aos valores íntimos da pessoa, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à honra, ao bom nome e outros inerentes à dignidade humana que, em sendo violados, merecerão a compensação pela via da indenização por danos morais.

Em suma, em que pese o princípio que fundamenta o dever de indenizar se fundamentar no fato de que a todo o dano injusto deve corresponder um dever de reparação, quando a vítima reclama a reparação pecuniária de dano moral, não pretende que se estipule uma cotação para sua dor, mas, tão



somente, que se lhe assegure um meio de atenuar, mesmo que parcialmente, as sequelas da lesão jurídica. Na reparação dos danos morais, o dinheiro tem o condão de equivalência, como, ordinariamente, nos danos materiais, porém, simultaneamente, a função satisfatória e a de pena.

3 A CONTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E SUA INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Debatida por Pietro Perlingieri décadas antes da vigência de nosso atual ordenamento constitucional⁵, esta releitura dos institutos de direito privado pautada pelos ditames constitucionais acaba por engendrar verdadeiras metamorfoses em todo o campo civilista. Não mais, se mostra acertado fazer recair sobre a autonomia da vontade (ou autonomia privada) o atributo de parâmetro de validade ou a qualificação de dogma a ser seguido⁶. Abre-se margem para alterações nas mais diversas esferas relacionadas à área do direito civil, tanto no que tange ao prisma de observação do intérprete quanto em relação à definição do ponto a ser primordialmente relevado. Invertem-se as prioridades.

Com o fenômeno da constitucionalização, entre nós incontestavelmente, após a legislação constitucional de 1988, não mais se encontra respaldo à valorização do “ter” ante o “ser”. Estando o ordenamento jurídico brasileiro obrigatoriamente vinculado ao princípio republicano, ontológico, que possui como desdobramento mais lógico a dignidade da pessoa humana, é no sentido desta última que as decisões devem ser tomadas.

É a tomando como baliza que devem se dar as interpretações. Constitucionalizado o direito civil por seus intérpretes, este acaba, inafastavelmente, despatrimonializando-se e repersonificando-se⁷. Eleva-se o indivíduo à posição de destaque. À “pessoa humana” é dada a essencialidade do sistema,

⁵ É o exposto em NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2004. p.30.

⁶ FACHIN, Melina Girardi. PAULINI, Umberto. **Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil**. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo (org.). *Diálogos sobre direito civil*. v.2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33-34.



restando ao patrimônio, devidamente posto em plano inferior, atuar de modo instrumental á efetiva proteção do “ser”.

Exposta a relevância assumida pelo processo de constitucionalização, e pelo próprio texto constitucional de 1988, no direito civil, parece nítido que tal fenômeno veio a influir de modo determinante na temática da responsabilidade civil. Aqui, a variação decorrente da adoção dos preceitos constitucionais como premissas maiores acaba por se relacionar à própria natureza da matéria.

Tomados os institutos do campo da responsabilidade civil sob a luz das diretivas contidas na Constituição, altera-se a disciplina no que toca seus mais diversos aspectos, até mesmo, e porque, trata-se a responsabilização por danos em assunto composto em seu cerne por elementos de cunho vago e dotadas de indeterminação, o que proporciona dilatada margem criadora ao aplicador legal, o magistrado, permitindo que a inspiração constitucional se dê facilmente⁸.

Interpretada sob as demarcas do texto constitucional, e considerada a superioridade hierárquica deste último, tem-se como primeira e essencial consequência da constitucionalização do direito privado observada na esfera da responsabilidade civil, a modificação do próprio foco metodológico da temática, que passou por um processo evolutivo iniciado com a vingança privada até o momento atual em que nos é proibida a autotutela, deixando ao encargo do Estado essa função de perquirição judicial e definição da devida reparação⁹.

A luz de uma Carta Constitucional que coloca em posição de absoluto relevo a proteção do “ser”, a preservação do indivíduo, consequência lógica é que este mesmo indivíduo centralize os desígnios na responsabilidade civil. A par de se preocupar com a identificação daquele que ocasionou o dano, e sua penalização, qualquer teoria e aplicação da responsabilização civil estão voltadas para a figura da vítima¹⁰.

Diferentemente do que segue ocorrendo nas ciências penais, e do que por um período ocorreu na própria seara da responsabilidade civil, analisa-

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. In: Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito. Julho – dezembro 2006, nº 29. p. 239

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. ver. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006. p.5

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da Responsabilidade Civil brasileira**. Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC. Rio de Janeiro: Padma, vol.22, abril/junho 2005. p. 56-57.



da a matéria sob o influência da Constituição Federal de 1988, a vítima passa a ser o elemento central da relação. O texto constitucional, destarte, trouxe o eixo da responsabilidade civil para um parâmetro diametralmente oposto: punir o ofensor não é mais o foco principal, mas a satisfação dos danos do ofendido¹¹.

Modifica-se a perspectiva e, conseqüentemente, a própria função da responsabilidade civil dentro do mundo jurídico. O ressarcimento, reequilibrar o cenário econômico-jurídico afetado pelo dano, passa ser a sua função principal e não o caráter punitivo¹². Some-se a isso a tutela do indivíduo consagrada pela legislação constitucional, e é de se compreender que a vítima de um dano não deve ter embaraçado o seu ressarcimento.

Elegendo-se um sistema de responsabilidade civil concentrado não na figura do ofensor, mas do indivíduo ofendido pelo dano, aproxima-se de uma tentativa de não usar o Direito como meio de controle social, mas sim efetivamente de componente estruturante de uma sociedade verdadeiramente harmônica.

Esse novo modelo que se afigura tem como condão evitar que quaisquer lesões a aspectos da dignidade da pessoa humana deixem de ensejar ressarcimento por falta de previsão legal. Gustavo Tepedino deixa isso bem evidenciado ao dizer que “As previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações”¹³.

Nesse diapasão é fundamental a capacidade de identificar tantos tipos de dano quanto necessário se fizesse para garantir que a vítima do dano injusto lograsse a devida reparação¹⁴.

Em outra vertente, e também consequência da direção constitucional de reparação com base na cláusula geral de dignidade da pessoa humana, aperfeiçoa-se nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial debate sobre quais danos são de fatos inerentes à dignidade da pessoa humana e, portanto, merecedores da devida reparação.

Não se desconsidera aqui o fato de que, não raro, nos deparamos nos tribunais com demandas cujo objeto beira o ridículo, evidenciando-se

¹¹ VIOLA, Rafael. Obra Citada. p.384.

¹² DIAS, José de Aguiar. Obra citada. p.55

¹³ TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional. In. *Temas de Direito Civil*. p.37.

¹⁴ Idem. p.17.



que algumas são propostas com uma finalidade meramente pecuniária, o que entope nossos Tribunais de demandas sem nexo prejudicando ainda mais a já combalida celeridade processual, ainda atribuem ao princípio da dignidade da pessoa humana um sentido que, em vez de engrandecê-lo, é capaz de banalizá-lo.

Colocar na vala comum a proteção à tutela do indivíduo, buscando com isso um enriquecimento sem causa, é negar que sua utilização sirva de modo acertado àqueles que efetivamente vêem sua dignidade lesada.

Evidente que, dada a análise particular que é inseparável da indenização por dano moral, seria equivocado partir para um caminho que restringisse as possibilidades do magistrado ponderar as conjunturas e nuances do caso concreto. Entretanto, isto não pode ser obstáculo para que se considere, todavia, a necessidade premente de critérios mínimos a ajustarem a matéria. Apenas dessa forma o princípio normativo da dignidade da pessoa humana deixará de ser tratado com esta flexibilidade que apenas exaure seu verdadeiro conteúdo e acaba por macular sua função de cláusula geral de tutela da personalidade.

4 TENTATIVAS DE SOLUCIONAR O PROBLEMA

Um passo que deve servir ao julgador é entender a função compensatória do Dano Moral, cuja diretriz é a correta leitura do caput do artigo 944 do Código Civil.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Assim, como já mencionado, é a amplitude do dano moral, a lesão que atinge a dignidade da pessoa humana, ou seja, o dano que acomete os direitos decorrentes dessa ideia maior que dificulta a conceituação. Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos, como a privação ou diminuição daqueles bens que têm valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.

Ora, a sociedade tem uma pauta de valores em que sabemos quais desses entes morais quando atingidos, a extensão do dano é maior. A vida, lesão corporal, liberdade, intimidade, privacidade, honra, negativação de cadastro de crédito, e assim por diante.



O importante é ter isso definido, no sentido de evitarmos absurdo como numa história mítica, até que ponto é verdade não se sabe, o que importa é que virou lenda, de que na mesma sessão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a atribuição do mesmo valor de indenização para o caso de um cachorro que morreu no compartimento de bagagem por despressurização e para mãe que perdeu um filho em virtude de um racha, ambos danos mesurados em cinquenta salários mínimos.

Outra coisa que deve ser observada são as condições pessoais da vítima, deve ser observado como era sua vida e o espectro de atuação do dano. O antes e o depois, na tentativa, evidentemente impossível, de se chegar ao *restituto in integro*. Ou seja, dentro de singularidade de cada ser humano, cada um de nós recebe uma agressão de forma diferenciada e o Magistrado precisa observar isso no momento da liquidação do Dano Moral.

Por exemplo, uma mãe que entregou seu filho à responsabilidade do Estado desde o nascimento não pode receber o mesmo valor indenizatório de uma mãe que educou e criou seu filho e ele morre em um incidente em um Centro de Reabilitação Estatal. Na França em casos como o primeiro se dá uma indenização simbólica de um franco.

O Superior Tribunal de Justiça parece estar seguindo assentado naquilo que foi acima delineado ao determinar, no Recurso Especial 9959780 - ES, pagamento de 500 (quinhentos) salários mínimos, o equivalente a R\$ 272.500,00 (duzentos e setenta e dois mil e quinhentos reais), como compensação por danos morais à família de uma mulher morta em atropelamento. A decisão da Terceira Turma, unânime, adotou os critérios para arbitramento de valor propostos pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator do caso.

Ao analisar recurso apresentado pela família ao STJ, o ministro observou a desconformidade entre o valor indenizatório concedido pelo Tribunal de Justiça e aqueles montantes praticados pelo próprio STJ. Para o citado ministro o estabelecimento de critérios objetivos para o arbitramento do valor da reparação por danos extrapatrimoniais é “um dos problemas mais delicados da prática forense na atualidade”.

Paulo de Tarso Sanseverino baseou seu voto no chamado método bifásico, em que se coloca dois pilares fundamentais: o bem jurídico lesado e as circunstâncias relatadas no processo. Em concordância com a média dos valores estabelecidos em precedentes análogos, ponderando a morte da vítima após o atropelamento, o relator fixou a base da indenização em 400 (quatrocentos) salários mínimos. Após, ele adicionou 100 (cem) salários mínimos ao valor definitivo, sopesando os traços distintivos do caso em julgamento.



De acordo com o processo, o motorista estaria dirigindo em velocidade incompatível com a via. Ele teria atravessado a barreira eletrônica a 66 (sessenta e seis) km/h, velocidade acima da permitida para o local, de 40 (quarenta) km/h, e teria deixado de prestar socorro à vítima após o atropelamento. Ela tinha 43 (quarenta e três) anos e deixou o esposo e quatro filhos, sendo um deles judicialmente interdito.

Em suas explicações o Ministro deixou evidenciado que o objetivo do método bifásico é buscar um fio condutor entre o interesse jurídico lesado e as particularidades do caso, trazendo equidade ao arbitramento. Conforme o citado Ministro ele não duvida que este seria o método mais apropriado para a quantificação da compensação por danos morais em casos de morte: “Esse método bifásico é o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais”

Pelo método bifásico, estabelece-se inicialmente o valor básico da indenização, em conformidade com a jurisprudência sobre casos de lesão ao mesmo interesse jurídico. Garantindo-se, dessa forma, nas palavras do ministro “uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes”. O passo seguinte é analisar as particularidades do caso concreto, para se chegar ao montante definitivo da indenização, acertando o valor básico para mais ou para menos, tudo segundo as circunstâncias atenuantes ou agravantes notadas na situação em concreto.

Conforme o multicitado Ministro, “cada caso apresenta particularidades próprias e variáveis importantes, como a gravidade do fato em si, a culpabilidade do autor do dano, a intensidade do sofrimento das vítimas por ricochete (dano moral reflexo ou indireto), o número de autores e a situação sócio-econômica do responsável”. Devendo esses elementos ser considerados na definição do valor da indenização.

Sobre a busca de um critério mais ou menos equivalente de compensação do bem ou interesse jurídico lesado, ele afirmou que “é um critério importante, mas deve-se ter cuidado para que não conduza a um engessamento excessivo das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais, caracterizando um indesejado tarifamento judicial com rigidez semelhante ao tarifamento legal”.

Em outra linha de pensamento, se estabelece outra controvérsia em torno do tema em estudo, que reside em se saber se, na fixação do dano moral, deve ser levada em consideração apenas o aspecto compensatório do dano causado à vítima ou se, além da verba compensatória, o magistrado deverá também arbitrar um *plus*, a título de punição a ser paga pelo ofensor, quando do arbitramento da condenação.



O debate a respeito da indenização civil punitiva não é novo no meio acadêmico e também não é ponto pacífico nos Tribunais. Ao contrário, a sua aplicação aos casos concretos tem se dado de forma bastante divergente, sendo, portanto, questão tormentosa para os aplicadores do direito.

Existe, não se pode deixar de considerar, resistência da grande parte da doutrina e jurisprudência brasileira quanto à aquiescência da teoria dos *punitive damages* ou ainda *exemplary damages*, originária do direito norte-americano sob o argumento de que se trataria de enriquecimento sem causa, principalmente. Contudo, ainda que de forma contida, tem-se observado certo avanço da teoria dos *punitive damages* na doutrina hodierna, e os Tribunais também seguirão por este caminho.

Isso porque a sociedade atual valoriza um comportamento ético e por isso, é interesse geral limitar atitudes que colidam com esse interesse geral. Importante lembrar, que esse processo evolutivo de separação entre as funções ressarcitória e punitiva da responsabilidade civil, concretizou-se com o advento do Código Civil Francês, o qual, paradigma para inúmeras codificações modernas, definiu o ilícito civil separando-o por completo do ilícito penal.

Nesse contexto seria impensável vislumbrar uma função punitiva da responsabilidade civil, pois isto representaria um retrocesso aos estados mais primitivos da civilização, com contornos de vingança pessoal, na busca em infligir no ofensor sofrimento semelhante ao experimentado pela vítima, ressaltaram os irmãos MAZEAUD¹⁵:

Ce bénéfice vient apaise l'antique besoin de vengeance qui sommeille au fond du coeur de chaque victime. L'homme qui a souffert, n'est pas au fond du coeur de chaque victime. L'homme qui a souffert n'est pas satisfait par cela seul que disparaît sa souffrance; l'instinct le pousse à désirer que l'auteur de la faute souffre à son tour le même mal. L'idée est barbare; elle tient à tout ce qu'il y a de mauvais dans la nature humaine.

Acontece, entretanto, que o processo de despenalização da res-

¹⁵ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil:** delictual y contractual. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961. p. 378.



ponsabilidade civil, apontado na reserva da obrigação de indenizar ao mero ressarcimento dos danos causados pelo ofensor, não foi recebido em todos os ordenamentos jurídicos de forma harmônica, tendo os ordenamentos de tradição romano-germânica e anglo-saxônica concepções completamente distintas do assunto, o que, inevitavelmente, deu origem a inúmeras diferenças, especialmente no que diz respeito ao alcance da aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil.

O ordenamento jurídico anglo-saxão, congenitamente, já atribuía ao instituto da responsabilidade civil inegável natureza punitiva, ao considerar a possibilidade de que o ofensor fosse condenado ao pagamento de quantia superior àquela representativa do prejuízo experimentado pelo ofendido. Começava, assim, o desenvolvimento da doutrina dos *punitive damages* ou *exemplary damages*, demonstrada na condenação do ofensor ao pagamento de determinada quantia em favor da vítima com a dupla finalidade: punir e desestimular a prática de determinada conduta social considerada indesejável, o que não se verificava no ordenamento romano-germânico.

Desde então, a utilização da figura da responsabilidade civil punitiva difundiu-se largamente por diversos ordenamentos jurídicos, sendo mais facilmente visualizada nos precedentes da Corte norte-americana e em alguns países filiados ao sistema do *common law*. Sucede, porém, que ao mesmo tempo em que encontrou partidários, a doutrina da indenização civil punitiva tem sido alvejada inúmeras e consideráveis críticas, tanto por parte da doutrina estrangeira, norte-americana e européia, quanto por parte da doutrina brasileira, sempre se demonstrando os riscos de cometer arbitrariedades com a aplicação acrítica da referida teoria.

Ao mesmo tempo em que se está ciente da necessidade de cautela a sociedade não pode mais conviver com condutas que acabam violando todos os seus ideais éticos e acabam por trazer um verdadeiro prejuízo coletivo ao seio social.

O que dizer da conduta da grande maioria de fornecedores de serviços essenciais, como telefonia celular, internet e seguros de saúde no Brasil? O prejuízo aos consumidores são perpetrados aos milhões e eles fazem uma conta simples.

Ora se fizeram uma propaganda enganosa que fez milhões de usuários aderirem a um novo plano de telefonia celular, que na realidade em nada corresponde àquilo que foi propagandeado, e apenas 10% (dez por cento) deles buscam a tutela jurisdicional estatal, e recebem indenizações ínfimas, evidente que matematicamente valeu a pena para a empresa e, indubitavel-



mente, o comportamento será repetido.

No intento de ilustrar alguns desses critérios de fixação do valor do danos morais, André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁶ menciona alguns critérios tratados pela doutrina, quais sejam: “a separação dos montantes fixados a título de compensação e punição; o grau de culpa ou a intensidade do dolo do agente; condições pessoais do ofensor e da vítima; a gravidade do dano; a obtenção de lucro com o ato ilícito e a existência de outros valores indenizatórios”.

O intuito da separação dos valores de compensação e de punição é de que se possa saber exatamente quanto foi arbitrado a que título e, portanto, se possa medir o grau de punição aplicada ao apenado.

5 CONCLUSÃO

Não há como eliminar uma certa dose de subjetivismo na liquidação do dano moral. De fato, não há um parâmetro próprio para estimar-se o valor a ser ressarcido. Há o Juiz de recorrer aos princípios de equidade, ao bom senso, ao *arbitrium boni viri*.

A soma, como ressalta o Prof. Caio Mário, não deve ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva (ob. citada, pág. 60). Segundo Maria Helena Diniz:

Na reparação do dano moral o juiz deverá apelar para o que lhe parecer equitativo e justo, mas ele agirá sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões da parte, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. Portanto, ao fixar o quantum da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação. (Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º vol., 4ª ed. pág. 77)

¹⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do *comon law* e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 319-331.



Claro está que qualquer excesso ou radicalização importará no enfraquecimento e desmoralização do instituto.

A par de tudo isso o que não se pode permitir é o sujeito já vítima de lesão em valores imateriais tão profundos de cada ser humano, sinta-se aviltado no momento da quantificação dos danos morais e torne a tarefa de buscar a compensação no judiciário nada mais um prolongamento de seu sofrimento e não um atenuante.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do *comon law* e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª Ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Melina Girardi. PAULINI, Umberto. **Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil**. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo (org.). *Diálogos sobre direito civil*. v.2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil: delictual y contractual**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. In: Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito. Julho – dezembro 2006, nº 29.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua for-**



mulação na perspectiva civil-constitucional. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 25ª Ed., 2010, p. 61.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da Responsabilidade Civil brasileira.** Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC. Rio de Janeiro: Padma, vol.22, abril/junho 2005

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional.** In. Temas de Direito Civil.

THE QUALIFICATION OF THE MORAL DAMAGE IN BRASILIAN LAW: EVEN WHEN LIVING WITH THIS UNCERTAINTY?

ABSTRACT

Quantifying moral damage under Brazilian laws is an issue that continues to generate debates that are far from giving a uniform shape to the subject. What we have seen is great uncertainty and nonsense evinced by the disparity in the application of the compensatory amount for moral damages, which, at times, lead to misconception on the part of lawyers who in nowadays spread the idea that there is a so-called "industry of moral damage." Some steps towards crossing over such barriers have been taken, with emphasis given to the importance of the phenomenon of constitutionalization of civil law, in this scenario, given to a recent decision by the Superior Court of Justice in



applying the biphasic method for moral damage quantification, and also to an interpretation that is consistent with, and appropriate to, our legal system as far as the theory of the so-called punitive damages is concerned.

Keywords: Quantification of damage. Constitutionalization of civil law. Biphasic Method. Punitive damages.

