

CONCEITO, FUNÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL ¹

Concept, function and quantification of moral damage

Maria Celina BODIN DE MORAES ²

Resumo: Trata-se de análise crítica das noções adotadas pela jurisprudência e pela doutrina brasileiras, majoritariamente, com relação ao conceito, à função e à quantificação do dano moral, propondo-se conceituação alternativa centrada no princípio da dignidade da pessoa humana, em termos de liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. Dignidade da pessoa humana. Critérios de quantificação.

Abstract: This paper criticizes the interpretation predominantly given to the concept, function and quantification of moral damages. It proposes a concept centered in the principle of human dignity, taken as liberty, equality, solidarity and psychophysical integrity.

Keywords: Torts. Pain and suffering. Human dignity. Damages. Punitive damages.

Sumário: Introdução ao problema; 1. Noções preponderantes sobre o dano moral no direito brasileiro. Crítica; 2. A controvérsia acerca da função do dano moral; 3. Uma proposta de conceituação; 4. A reparação verdadeiramente integral; 5. Conclusão. 6. Referências.

Introdução ao problema

Conta-se que quando se referia à responsabilidade civil o jurista belga Henri De Page, tamanha a dificuldade que entrevia na matéria, gostava de lembrar o famoso verso que Dante pôs nas portas do Inferno: “*Abandonai, ó vós que entraís, toda a esperança!*”. De lá para cá,

¹ Este texto corresponde à atualização de artigo intitulado “Dano moral: conceito, função, valoração” publicado na *Revista Forense* (Impresso), v. 413, p. 361-378, 2011, versão realizada com o auxílio da Prof. Renata Vilela Multedo, a quem muito agradeço.

² Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-Rio. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4167-6133>

quase um século depois e apesar do exponencial crescimento e da atual notabilidade do tema, não se pode dizer que as coisas tenham ficado muito mais fáceis.

À responsabilidade civil deve ser reconhecido o papel de constituir-se num dos fenômenos jurídico-sociais mais relevantes do momento atual. O paradigma da culpa, em vigor desde o séc. III A.C inserido que foi pela *Lex Aquilia*, encarecido por Jhering no princípio “nenhuma responsabilidade sem culpa”, perdeu consistência no direito brasileiro.³ Hoje, todos os esforços se concentram na busca da reparação, tendo-se radicado em nossa consciência coletiva a ideia de que a vítima merece ser ressarcida, ainda que não tenha havido conduta culposa ou dolosa (isto é, ilícita) por parte do autor do dano.

A utilização da responsabilidade civil como instrumento de proteção de interesses existenciais foi impulsionada pela Constituição de 1988. A reparação do dano moral, expressamente garantida no texto constitucional, revelou-se como um dos mais importantes mecanismos de concreta proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico. No entanto, este é também o campo em que a arbitrariedade judicial se mostra mais desenvolvida. O magistrado, na prática, recebe um cheque em branco, para decidir o que bem entender: ele *personifica* o dano bem como sua valoração e não se exige – nem se espera – que motive, do ponto de vista da racionalidade ou da quantificação, a sua decisão.

A dimensão do problema no Brasil também pode ser avaliada pelos incontáveis exemplos de novas figuras de danos ressarcíveis: dano ao projeto de vida, dano hedonístico, dano consistente no nascimento de filho indesejado, dano consistente na perturbação da serenidade pessoal, dano de férias frustradas, de *mobbing* ou assédio moral,⁴ de *bullying*,⁵ de processo lento, dano decorrente do rompimento de noivado, da separação após a notícia da gravidez, do descumprimento de deveres conjugais, em particular, do descumprimento do débito conjugal.⁶ E ainda mais esdrúxulos: o dano causado pela presença de uma barata dentro

³ O mesmo não ocorreu nos países do sistema de *common law*, nem tampouco na maioria dos países europeus, onde a culpa (*faute*) continua a ser a regra geral.

⁴ A Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil foi condenada a indenizar em R\$ 260 mil, por assédio moral, uma jornalista que comprovou maus tratos e agressões causados por sua chefe. A decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Distrito Federal) foi confirmada pela 4ª Turma do TST (AIRR 733/2005-020-10-40.1). Disponível: Conjur, de 29.06.2007.

⁵ Interessante decisão da 27ª Vara Cível de Belo Horizonte na qual se condenou os pais de um aluno por perseguição e gozações tanto na escola como virtualmente, a uma colega de turma. Processo n. 0024.08.199172-1, julg. 14.05.2010. Valor da indenização: R\$ 8 mil.

⁶ Para essas e outras figuras, v., por todos, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 77 e ss.

de uma lata de leite condensado⁷ e o dano causado por padre apressado na cerimônia de casamento.⁸

Nessa linha, alguns talvez conheçam a decisão do então 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, que, ao julgar o uso não consentido da imagem de uma famosa atriz, considerou não ter havido dano moral porque a autora era uma moça bela. O relator, seguido pela unanimidade de seus pares, ao ponderar sobre a existência ou não de danos morais no caso concluiu que só mulheres *feias* poderiam sofrer com a exposição de sua imagem sem a sua autorização. Segundo o voto:

nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso inconsciente da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação. Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade (...).

Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou revistas. As bonitas, não.

Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimento sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido.

O que se pretende – é só o que se pretende – é demonstrar que não se concede indenização (*rectius*: compensação) de dano moral, se o fato em que se funda a pretensão não acarretou, para quem a pede, aquilo que é da sua natureza e essência: o sofrimento, o vexame, a humilhação, o constrangimento, a mágoa, a tristeza.⁹

Esta decisão, quase caricatural, configura certamente uma exceção, mas serve a demonstrar o grau de inconsistência que cerca a matéria.

A mistura explosiva de dois elementos, de um lado, a noção ampla, geral e irrestrita de “sofrimento”¹⁰ e, de outro, a desnecessidade de qualquer comprovação (danos ditos *in re ipsa*)¹¹ foram suficientes para gerar a situação atual. Fato é que em todas aquelas hipóteses – e

⁷ A Nestlé foi condenada a pagar R\$ 15 mil de indenização por danos morais a um guarda municipal residente em Uberaba pelo fato de este ter consumido parcialmente uma lata de leite condensado que continha uma barata. TJMG, 15ª C. C., Ap. Cív. n. 1.0701.05.127367-3/002, julg. 05.08.2008. O Tribunal baixou o valor condenatório de R\$ 50 mil reais fixado na 1ª Instância.

⁸ TJMG, 17ª C. C., Ap. Cív. n. 1.0024.07.465271-0/001, julg. 05.09.2008. Valor da indenização: R\$ 2 mil.

⁹ TJRJ, II Grupo de C.C., Emb. Inf. 250/1999 na Ap. Cív. 10.139/1998, Rel. Des. Wilson Marques, julg. 29.09.1999, publ. *RDTJRJ*, v. 41, p.184-187.

¹⁰ STJ, 3ª T., REsp 622.872, Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., julg. 14.06.2005, publ. DJ 01.08.2005. Em seu voto, a relatora afirma que “o dano moral compensável deve ser qualificado por um *elementopsicológico* que evidencie o *sofrimento* a que foi submetida a vítima, o sentimento de tristeza, desconforto, vexame, embaraço na convivência social ou a exposição ao ridículo no meio social onde reside ou trabalha”. As autoras, em vez de alegarem tristeza profunda e constrangimento infinito, haviam afirmado não ser necessária a prova da ocorrência de dano moral pelo uso não consentido da imagem, por se tratar de dano *in re ipsa* cuja indenização, aliás, é expressamente prevista na Constituição.” Grifou-se.

¹¹ STJ, 1ª T., REsp 608.918, Rel. Min. José Delgado, v.u., julg. 20.04.2004, publ. DJ 21.06.2004.

em muitas outras desse mesmo tipo – juízes brasileiros, examinando casos concretos, tiveram ocasião de mandar indenizar, em quantias por vezes exorbitantes,¹² justificadas frequentemente pela incidência da noção de punição, as “vítimas” desses eventos.

O sistema, tal como é, não apenas permite, mas incentiva fortemente a má-fé e o lucro fácil: se não se sabe, nem se tem como ter ideia de quanto se irá receber, e se se sabe que, considerando o que normalmente acontece, se ganhará alguma coisa, talvez até, com sorte, uma quantia significativa, por que não ingressar com a ação, principalmente quando se usufrui, como ocorre na maioria dos casos, do benefício da justiça gratuita? As vítimas e seus advogados só têm a ganhar, enquanto os juízes e os tribunais se abarrotam, vindo assim a prejudicar a prestação jurisdicional oferecida à sociedade como um todo.

1. Noções preponderantes sobre o dano moral no direito brasileiro. Crítica

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, desde meados dos anos 60, têm incessantemente procurado consolidar um conceito para a lesão a aspectos pertencentes à esfera não patrimonial da pessoa. Pode-se indicar a existência de três correntes principais. Inicialmente, pensou-se numa conceituação meramente negativa. Pontes de Miranda, seguido por Wilson Mello da Silva, afirmava que dano moral era o dano que “não era patrimonial”; logo em seguida, insatisfeita, a doutrina majoritária preferiu consagrar, com base em René Savatier, a ideia que o dano moral é “qualquer sofrimento humano que não seja causado por uma perda pecuniária”,¹³ configurando o que se denominou de “dano moral subjetivo”. Mais recentemente, buscou-se atribuir maior grau de jurisdicização ao conceito, através da conceituação de um “dano moral objetivo”, que seria a lesão a qualquer dos direitos da personalidade¹⁴ ou a um “direito subjetivo à dignidade”.¹⁵

Para a jurisprudência amplamente majoritária dos últimos anos, o dano moral significa qualquer “sofrimento moral” ou, como se convencionou dizer, ele corresponde à “dor,

¹²E.g., dano causado pela presença de perna de formiga servida junto com a batata frita no McDonalds, Juizado Especial Cível – Planalto, Recl. Cív. n. 608-3/07, Comarca de Cuiabá, Mato Grosso, julg. 13.08.2008. Valor da indenização: R\$ 10 mil.

¹³SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile* (1955) apud Silva Pereira, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 54.

¹⁴LÔBO, Paulo Luiz Neto. Danos morais e direitos da personalidade. Disponível em www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/7843/7410, acesso em 20 jun. 2005.

¹⁵CAVALIERI, Sergio. Responsabilidade civil constitucional. Disponível em www.forense.com.br/Atualidades, acesso em 20 mar. 2008.

tristeza, sofrimento e humilhação causados injustamente a alguém”. De fato, o mestre da responsabilidade civil brasileira, José de Aguiar Dias, sempre sustentou que “a distinção entre dano patrimonial e dano moral não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão [psicológica, bem entendido] sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão ao bem não patrimonial, como dano moral em resultado da ofensa a bem material”.¹⁶

Em 1996, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 172.720, o Supremo Tribunal Federal avançou na indefinição, ao entender que o dano moral se distingue seja da violação a direitos da personalidade, seja dos efeitos não patrimoniais da lesão. No julgamento discutia-se a reparação de dano moral decorrente de extravio de bagagem em transporte aéreo, em que a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro havia negado a indenização sob o argumento de que a “simples sensação de desconforto ou aborrecimento, ocasionado pela perda ou extravio de bagagens, não constitui dano moral, suscetível de ser objeto de reparação civil”. O Supremo deu provimento ao recurso para reconhecer a existência de dano moral reparável, que estaria configurado nos “sentimentos de desconforto, constrangimento, aborrecimento e humilhação, causados pelo extravio de bagagem em viagem ao exterior”. Ali ficou registrado que o dano é ressarcível quando a alguém “*causar um mal evidente*”.¹⁷

O conceito de dano moral no direito brasileiro, portanto, ficou sintetizado na inadequada e meta-jurídica fórmula: “causar a alguém, injustamente, um mal evidente que gere dor, tristeza, sofrimento e humilhação”.¹⁸ Muito próximo, na verdade, do conceito sustentado pelo italiano Minozzi que, em 1901, afirmou não ser o dinheiro “nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado”,¹⁹ noção que, todavia, não foi adotada na Itália onde, com base no art. 2.059 do *Codice civile* (1942), o dano moral somente deverá ser indenizado “nos casos determinados pela lei”.²⁰ O mesmo se dá na Alemanha que estabelece um *numerus*

¹⁶ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, v. II. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 729 e ss. (n. 226).

¹⁷ STF, 2ª T., RE 172.720, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, publ. DJ de 21.02.1997.

¹⁸ Para considerações mais aprofundadas, remete-se o leitor a BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁹ MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 1901 *apud* Aguiar Dias, José de. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 730.

²⁰ Art. 2059. *Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge* (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598). Depois de muitas idas e vindas sobre o conceito de dano extrapatrimonial as

clausus de danos não patrimoniais (BGB § 253, 1 e 2: violação ao corpo, à liberdade, saúde, autodeterminação sexual, além de algumas outras disposições isoladas).²¹ Na mesma linha, o direito inglês também conhece uma série de delitos civis específicos (*torts*), embora se possa dizer que possuem um princípio geral de responsabilidade civil: o da negligência.²²

Quanto à função da reparação, majoritariamente, doutrina e jurisprudência entendem que a compensação do dano moral tem uma dupla função, função que é, a um só tempo, compensatória e punitiva. Esta posição, capitaneada na doutrina por Caio Mario da Silva Pereira, considera inerente não apenas a compensação do dano, mas também a punição do ofensor, afirmando-se que o fulcro do conceito ressarcitório, neste caso, acha-se “deslocado para a convergência de duas forças”.²³

Em outubro de 2004, em decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello manteve a condenação da União a indenizar família de menor, que teria sido vítima de erro médico. A criança sofrera uma série de lesões decorrentes de nascimento por fórceps, em hospital público. O Ministro descaracterizou a alegação de força maior e a discussão sobre a culpa, afirmando que o art. 37, § 6º da Constituição Federal, consagra a teoria do risco administrativo, que impõe o “dever de indenizar a vítima pelos danos sofridos, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais”. O valor da indenização, sem qualquer avaliação ou sequer menção anterior sobre a culpa, foi fixado de R\$ 144 mil reais. Segundo afirmou o ministro: “o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza (...) a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (“*punitive damages*”), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro”.²⁴ A parcela dita punitiva, portanto, segundo este entendimento, não guarda qualquer relação com algum grau de culpa em concreto, ao contrário do que ocorre com os *punitive damages* norte-americanos.²⁵

Sezioni Unite da Corte di Cassazione finalmente chegaram, em novembro de 2008, a um denominador comum: “è l’ingiustizia c.d. costituzionalmente qualificata a legittimare l’operatività dell’art. 2059 c.c.. Deve trattarsi, cioè, della lesione di un diritto inviolabile della persona”. V. Cassazione civile, SS.UU, sentenza 11.11.2008, n. 26.972.

²¹ No direito brasileiro, ao contrário, sempre se pensa em termos de cláusula geral, ou *numerus apertus*.

²² Assim DAVID, René. *O direito inglês* (1987). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 108-109.

²³ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 55.

²⁴ STF, AI 455.846, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 10.10.2004.

²⁵ V. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages* em sistemas civilistas: Problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 18, 2004, p. 45 e ss.

Enfim, quanto à quantificação ou valoração, a partir de reiterados acórdãos do STJ consagrou-se a fórmula que estabelece o que deve ser levado em conta pelo juiz. Assim, no Recurso Especial 85.205, julgado em abril de 1997, afirmava-se: “Na fixação do dano moral, deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso.”²⁶ A partir de 1998, elementos foram acrescentados e as ementas dos acórdãos passaram a fazer referência à fixação proporcional ao “grau de culpa” e ao “porte econômico das partes”, critérios intrinsecamente punitivos. Depois de 2000, pode-se perceber o acréscimo da indicação expressa à necessidade de “desestimular o ofensor a repetir o ato”.²⁷

A valoração dos danos morais, que o nosso sistema confia inteiramente ao magistrado, reveste-se de especial dificuldade, e o prudente arbítrio do julgador, seu equilíbrio e moderação, têm tido, nessa matéria, o mais amplo espaço de atuação. Há, no entanto, alguns critérios objetivos que normalmente são levados em conta. Com poucas variações, costumam ser genericamente mencionados os seguintes: i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor; ii) a situação econômica do ofensor; iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa; iv) as condições econômicas da vítima; v) a intensidade de seu sofrimento.

Este, o estado da arte sobre tema que se apresenta, indubitavelmente, como irracional e confuso em cada um de seus aspectos: conceito, função e valoração. Trata-se de um sistema de justiça intuitiva, sem qualquer possibilidade de sistematização racional. Um típico exemplo de *Khadi justice*, isto é, como descrito por Weber, um regime jurídico altamente particularista no qual um resultado não precisa – e nem tampouco permite – prever nenhum outro.

2. A controvérsia acerca da função do dano moral

Para chegar a um conceito alternativo de dano moral, que seja um pouco menos intuitivo, ou subjetivo, parece necessário antes repensar a função que a Constituição atribui à indenização do dano moral.

Há, como se sabe, um leque de posições acerca das funções do dano moral: somente compensatória; somente punitiva; compensatório-punitiva; compensatória- preventiva

²⁶ STJ, 4ª T., REsp 85.205, Rel. Min. Sálvio de F. Teixeira, julg. 28.04.1997, publ. DJ 26.05.1997.

²⁷ STJ, 4ª T., REsp 246.258, julg. 18.04.2000, publ. DJ 07.08.2000.

(pedagógica ou de desestímulo). Assim, além de sua natural função compensatória, que é a própria reparação do dano, a indenização estaria sendo encarregada de cumprir diversas outras funções, de caráter muito variado: inicialmente em especial, uma função punitiva, seguida de uma função pedagógica, ou exemplar, ou repressora, de desestímulo, de consolo, de instrumento de justiça social, de distribuição de renda, de substituição dos deveres do Estado etc.

A influência punitiva é a mais forte, inclusive porque conta com a propaganda dos Tribunais de Hollywood. Nos Estados Unidos, porém, esta realidade já mudou radicalmente. Desde 1996,²⁸ mas em especial em 2003²⁹ e em 2007,³⁰ a Suprema Corte americana para impedir “remunerações” excessivas, a título de *punitive damages*, fixou inicialmente critérios rígidos para as situações do gênero; depois, em 2007, entendeu que a Constituição proibia o uso deste tipo de indenização para punir o ofensor que havia ofendido (também) outrem, não participante da ação.

O excesso ou a falta de razoabilidade na valoração passou a ser deduzida dos seguintes argumentos: Em primeiro lugar o grau de repreensão à conduta do ofensor; depois, a relação entre o valor da indenização compensatória e o valor da indenização punitiva, não podendo, via de regra, esta ser maior do que três vezes o valor daquela; enfim, a diferença entre o valor da indenização punitiva e o das penalidades civis ou criminais autorizadas ou impostas em casos semelhantes pela legislação estadual.³¹ Isto limitou as quantias nos EUA e tornou a indenização punitiva um remédio excepcional. Segundo dados de Jay M. Feinman, *punitive damages* são concedidos em apenas 1% ou 2% dos casos de responsabilidade civil que chegam a julgamento.³² Mas são os únicos que se tornam notícia.

²⁸ BMW of North America, Inc. v. Gore (1996), *the Court ruled that an excessive punitive award can amount to an arbitrary deprivation of property in violation of due process. The Court held that punitive damages must be reasonable, as determined by the degree of reprehensibility of the conduct that caused the plaintiff's injury, the ratio of punitive damages to compensatory damages, and any comparable criminal or civil penalties applicable to the conduct.*

²⁹ State Farm Auto. Ins. v. Campbell (2003), *the Court held that punitive damages may only be based on the acts of the defendants which harmed the plaintiffs. The Court also elaborated on the factors courts must apply when reviewing a punitive award under due process principles.*

³⁰ Philip Morris USA v. Williams (2007): *The Constitution's Due Process Clause forbids a State to use a punitive damages award to punish a defendant for injury that it inflicts upon others parties.*

³¹ Contidas no voto do Justice Stevens no caso BMW v. Gore. No original: “*the degree of reprehensibility of the nondisclosure; the disparity between the harm or potential harm suffered by Dr. Gore and his punitive damages award; and the difference between this remedy and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases.*”

³² FEINMAN, Jay M. *Law 101: Everything You Need to Know About the American Legal System*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 133 e ss.

Como um todo, o instituto da indenização punitiva é alheio aos países do sistema romano-germânico – de *civil law*, como também é chamado –, com raras exceções (a Noruega e a Polônia, por exemplo, aceitam-no em alguns casos), sendo considerado incompatível com o princípio da separação entre o direito civil e o direito penal. Na Itália, decisão da Suprema Corte de Cassação, na sentença nº 1183, de 2007, determinou que o instituto é contrário à ordem pública nacional. O mesmo se dera na Alemanha, em 1992.³³

No Brasil, a função punitiva da reparação de danos extrapatrimoniais, como existe hoje, enseja muito mais problemas do que soluções. Em primeiro lugar, como o juiz não diferencia a parcela punitiva da parcela compensatória, o ofensor não sabe em quanto está sendo punido, nem a vítima sabe em quanto está sendo compensada. Além disso, nosso sistema não deve admiti-la, entre outras razões, para evitar a chamada loteria forense; para não aumentar a insegurança e a imprevisibilidade nas decisões judiciais; e, mais importante, para inibir a ideia de mercantilização das relações existenciais. Mas, acima de tudo, para que vigore a lógica do razoável nesta matéria parece imprescindível que se atribua caráter punitivo apenas a hipóteses expressamente previstas em lei.³⁴

Assim, *e.g.*, é de admitir-se, como exceção, uma figura semelhante à dos *punitive damages*, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada.

É ainda de aceitar-se, um valor a mais na reparação do dano extrapatrimonial para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos e coletivos, tanto na relação de consumo, quanto no direito ambiental. Aqui a *ratio* será a função preventiva-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente possui, em relação às dimensões do universo a ser protegido. Embora não se possa intitulá-la de “indenização preventiva”, um verdadeiro paradoxo, teria como parâmetros de quantificação as probabilidades de risco que já podem ser avaliáveis objetivamente.

Nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar à indenização punitiva como hoje é praticada porque o valor a mais da indenização, a ser pago “exemplarmente”, não teria como destinatário a vítima, mas, coerentemente com o nosso sistema solidarista, deve servir a

³³ Sentença *BGH*, de 4 de junho de 1992.

³⁴ Para as conclusões seguintes, v. o meu *Punitive damages* em sistemas civilistas, cit., p. 77-78.

beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos apropriados. Na cultura brasileira, em caso de indenização exemplar, em se tratando de resposta à coletividade, o destinatário não poderia mesmo ser outro.

Muito apropriadamente, a Lei nº 7347/1985, ao regular as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens que especifica, prevê no art. 13 que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. Aliás, os arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor já preveem não só a multa a ser aplicada nos casos que menciona como também sua destinação ao fundo de que trata a Lei nº 7347/1985.

Conseqüentemente, *de lege lata*, não há qualquer dispositivo no Código Civil brasileiro de 2002 – como tampouco havia no Código Civil de 1916 – que preveja a punição por um dano cometido; há, aliás, indicações fortemente contrárias ao juízo de punição: basta pensar no parágrafo único do art. 944, quando alude a *reduzir* o valor da indenização e no art. 403, em tema de responsabilidade contratual, segundo o qual “ainda que a inexecução resulte de *dolo* do devedor, *as perdas e danos só incluem* os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato (...)”. Lembre-se ainda que o artigo 16 do Projeto do CDC que contemplava a indenização punitiva foi vetado quando da promulgação do Código, não havendo, portanto, qualquer previsão permissiva.

De lege ferenda, em hipóteses específicas, como foi dito, parece admissível a figura da indenização punitiva quando se tratar de conduta ultrajante, em relação à consciência coletiva, ou quando houver conduta dolosamente reiterada. O interesse protegido, o bem-estar da coletividade, justifica o remédio. Propugna-se, ainda, pela admissão, considerado o bem jurídico tutelado, de indenização punitiva na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas (por exemplo, uma política de assédio moral institucionalizada), em relações de consumo e na responsabilidade ambiental. Requer-se, no entanto, nesses casos a manifestação do legislador tanto para delinear adequadamente o instituto, quanto para estabelecer as imprescindíveis garantias processuais.

3. Uma proposta de conceituação jurídica

Na situação de indefinição em que se encontra o conceito de dano moral, tem sido possível nele incluir qualquer coisa, isto é, “qualquer “sofrimento humano”, e, de outro lado, considerar que “pouco ou nada” seria suficiente para oferecer as extremas do instituto, sob o argumento de que não passam de aborrecimentos – comuns ou extraordinários – do dia-a-dia, não chegando a configurar real e verdadeiro *sofrimento*.

O fato é que a reparação dos danos morais não pode mais operar, como vem ocorrendo, no nível do senso comum ou do bom senso, da opinião dos juízes acerca do que é sofrimento e do que não é. A importância do dano moral no mundo atual exige que se busque atingir um grau determinado de tecnicidade, do ponto de vista da ciência do direito, contribuindo-se para edificar uma categoria teórica que seja elaborada o suficiente para demarcar as numerosas especificidades do instituto.³⁵

O conceito de dano moral não parece dever vincular-se, pois, a sentimentos ou sofrimentos, isto é, a disposições emocionais complexas, sejam quais forem o seu teor, nem a sensações íntimas ou, menos ainda, a percepções psicológicas que são, necessariamente, aspectos subjetivos, intangíveis e inaveriguáveis, e que variam, por definição e de modo significativo, de pessoa para pessoa; deve vincular-se sim a noções jurídicas consolidadas, construídas e tuteladas pelo ordenamento jurídico, garantidas constitucionalmente, e que dizem respeito aos direitos fundamentais de cada pessoa humana.

Dadas as difíceis controvérsias na matéria, procurou-se elaborar um conceito de dano moral, a partir da definição mais antiga, a definição pelo contrário senso. No nosso caso, ela foi oferecida por Pontes de Miranda. Na definição do autor, “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”.³⁶

Quais seriam os aspectos de nossa humanidade, aquilo que nos caracteriza dignos de proteção como seres humanos? No direito brasileiro, a Constituição de 1988 explicitou, no art. 1º, III, *a dignidade da pessoa humana* como um dos “fundamentos da República”. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os

³⁵ Para mais detalhes, v. *Danos à pessoa humana*, cit., esp. Cap. 3.

³⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. t. XXVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1958, p. 30.

princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática.

Com efeito, da mesma forma que o filósofo Immanuel Kant estabelecera para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica democrática se apoia e se constitui. Isto significa que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. Eis a principal dificuldade que se enfrenta ao buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Contudo, uma vez que a noção é ampliada pelas numerosíssimas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, esta postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que se torna impossível a sua aplicação.

Para que se extraiam as consequências jurídicas pertinentes, cumpre utilizar os postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito moral de dignidade como um valor intrínseco às pessoas humanas. Kant distingue pessoas e coisas, dizendo que as coisas têm preço (porque podem ser substituídas por outras) e as pessoas têm dignidade (porque têm valor *em si*). Kant afirma que se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais; de serem dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza, e que será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder servir para reduzir a pessoa à condição de objeto ou, vice-versa, que vier impedir que as pessoas sejam, apenas, fins em si mesmas.³⁷

O substrato material da dignidade assim entendida deve ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) os outros, como são iguais, são merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) cada um é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) cada um é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.³⁸

São corolários ou consequências imediatas desta elaboração filosófica os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da

³⁷KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. trad. de A. P. de Carvalho. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1964, p. 90 e ss.: “O homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talante”.

³⁸CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2005, p. 315 e ss.

solidariedade social e familiar, princípios que se encontram previstos na Constituição da República.

Uma vez que está constitucionalmente determinado que a proteção da dignidade humana é o objetivo primordial do ordenamento, pode-se concluir que, na realidade, “toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, e que negue sua qualidade de pessoa, de fim em si mesmo, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser indenizado”.³⁹ Dano moral será, em consequência, a lesão a algum dos substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação a um desses princípios: i) liberdade, ii) igualdade, iii) solidariedade e iv) integridade psicofísica de uma pessoa.

Em uma situação concreta estes princípios, porém, podem entrar em colisão entre si. Neste caso, será preciso ponderá-los, através do exame dos interesses em conflito, em relação a seu fundamento, isto é, com vistas à própria dignidade humana.

Um exemplo bastará para esclarecer o que se quer salientar: a hipótese de indenização por dano moral decorrente de rompimento de noivado. Os Tribunais têm confirmado, com alguma frequência, sentenças que estipulam indenização por danos morais em decorrência do rompimento imotivado do noivado como conduta infringente do princípio da boa-fé⁴⁰ ou, mais comumente, ato ilícito.⁴¹ Também na doutrina, a este propósito, afirmou-se que “o arrependimento (...) é não só possível, como previsível pela ordem pública, com aval da ordem jurídica. Entretanto, se o arrependimento acarretar prejuízos àquele que tomou providências com vistas ao casamento futuro, e se não houver justo motivo legitimador de tal

³⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*, cit., p. 129 e ss.

⁴⁰ TJMG, 13ª C. C., Ap. Cív. 1.0701.03.058756-5/001(1), Rel. Des. Alberto Henrique, julg. 05.03.2009, publ. DJ 23.03.2009: “Responsabilidade Civil. Noivado. Zona Rural. Promessa de Casamento. Ruptura Injustificada. Noiva Grávida. Lesão à Honra Objetiva e Subjetiva. Verificação. Desrespeito ao Princípio da Boa-Fé. Responsabilidade civil configurada. Dever de indenizar reconhecido. Sentença mantida. ‘É incontestado a livre manifestação de vontade dos nubentes quanto à possibilidade de rompimento do noivado, desde que tal ruptura não acarrete ofensa à honra subjetiva e objetiva do outro. Restando provado nos autos que houve má-fé por parte de um dos nubentes, induzindo a erro o outro, certa é a incidência do instituto da responsabilidade civil, com a consequente imposição do dever de indenizar”.

⁴¹ TJGO, 4ª C. C., Ap. Cív. 320122-39.2008.8.09.0006, Rel. Des. Kisleu Dias Maciel Filho, julg. 01.07.2010: “Danos Materiais e Morais. Indenização. Rompimento unilateral de noivado às vésperas do casamento. Ruptura sem motivo justificado. Dever de indenizar do noivo. ‘Cabe indenização por dano moral e material, pelo rompimento de noivado e desfazimento da cerimônia de casamento já programada, sem qualquer motivo justo’. Apelação conhecida e improvida. Sentença mantida”.

atitude, o prejudicado terá o direito de obter judicialmente a reparação do dano. Não só material como moral”.⁴²

E, no entanto – cabe destacar –, não há ato que o ordenamento repute mais livre, mais dependente, exclusivamente, da vontade de ambos e de cada um dos nubentes, do que o casamento, bastando, para fundamentar esta assertiva, a consulta aos arts. 1.514 e 1.535 do Código de 2002, que enaltecem a volição do ato.

O significado da expressão “rompimento imotivado ou injustificado” só pode dizer respeito ao fato de que não se tem mais a *vontade* (juridicamente protegida) de casar. Não se nega que a dor e o sofrimento causados por uma separação não desejada são intensos e profundos. Todavia, como já se advertiu, não parece correto continuar a entender o conceito jurídico de dano moral em conformidade com as noções de “sofrimento”, “tristeza”, “vexame” e “humilhação” que, em vez de conceitos jurídicos, são apenas sentimentos e representam, na verdade, dores comuns e frequentes, presentes na vida cotidiana de cada um de nós.

Como em todas as demais relações jurídicas, também nas relações familiares, onde ocorrer lesão à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade familiar terá ensejo o dano moral indenizável. Em havendo conflito entre os princípios mencionados, será imprescindível ponderar os interesses de cada uma das partes, para verificar que princípio, concretamente, terá mais peso. Isto significa que, dadas duas situações jurídicas subjetivas, cada uma delas relativa a um dos princípios aludidos, estruturando-se, portanto, num conflito (ou colisão) de princípios, a medida da ponderação, a ser exercitada pelo magistrado, será dada pelo próprio princípio constitucional da dignidade humana.

No caso da ruptura do noivado, os interesses contrapostos são, de um lado, a liberdade de casar ou não casar e, de outro, a integridade psicofísica da pessoa abandonada. A prescindir de outras considerações, o princípio da integridade psíquica parece dever ceder diante do princípio da liberdade, mais condizente, neste caso concreto, com a dignidade humana das pessoas envolvidas.

Claro que a situação concreta há de ser esmiuçada: uma coisa é o rompimento do noivado algumas semanas antes do casamento, outra coisa é o noivo abandonar a noiva no

⁴²LEITE, Eduardo de Oliveira. Rompimento da promessa de casamento. Reparação dos danos material e moral. *Ajuris*, n. 51, p. 69; NORONHA, Fernando. Âmbito da Responsabilidade Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 12, 2002, p. 54; NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009, pp. 336-337.

altar diante de todos os convidados. Neste último caso, o noivo abusou da liberdade que o ordenamento lhe garantia e a integridade psíquica da noiva há de ser compensada. De modo que uma situação concreta, os quatro princípios podem entrar em colisão entre si. Neste caso, será preciso ponderá-los, através do exame dos interesses em conflito, em relação a seu fundamento, isto é, a própria dignidade humana.

Esta elaboração, porém, exclui, contrariamente à decisão do STF antes mencionada, que o extravio de bagagem, em princípio, constitua acontecimento apto a ensejar dano moral a ser reparado. Igualmente, contrapõe-se à exigência, manifestada no julgado do STJ, da necessidade de verificação de algum elemento psíquico do sofrimento para a configuração do dano à imagem.⁴³ Com efeito, considera que o simples uso não consentido da imagem, por se tratar de um interesse protegido constitucionalmente, independentemente de causar qualquer sentimento nefasto, ocasiona dano moral a ser devidamente compensado.⁴⁴

A reparação do dano moral corresponde, no ambiente de constitucionalização em que vivemos à contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha. Quando a dignidade é ofendida, há que se reparar o dano injustamente sofrido.

4. A reparação verdadeiramente integral

A quantificação dos valores é, provavelmente, o aspecto mais problemático da compensação do dano moral. Ninguém sabe quanto vale o quê, embora tudo possa valer alguma coisa. As tentativas de tabelamento são frequentes e podem ser exemplificadas, na atualidade, pelos parâmetros quantitativos estipulados pelo enunciado nº 8 das Turmas Recursais da Justiça Federal, Seção do Rio de Janeiro, *in verbis*: “Enunciado nº 8. A quantificação da indenização por dano moral levará em consideração, ainda que em decisão concisa, os critérios a seguir, observadas a conduta do ofensor e as peculiaridades relevantes do caso concreto: I) dano moral leve - até 20 SM; II) dano moral médio - até 40 SM; III) dano moral grave - até 60 SM.”⁴⁵ Tais valores continuam a ser seguidos pelos juízes federais.

⁴³ V. nota 8, *supra*.

⁴⁴ Assim, STF, 2ª T., RE 215.984, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 04.06.2002.

⁴⁵ Aprovado na Sessão Conjunta realizada em 10.10.2002, e publicado no DOERJ de 19.09.2003, pág. 3, Parte III. Disponível em <https://www.jftrj.jus.br/conteudo/enunciados/enunciado-8>. Acesso em 10.01.2018.

Normalmente, os juízes da 1ª Instância ficam face a face com as vítimas e, portanto, conhecedores dos fatos e compadecendo-se de sua situação, seriam os primeiros a mandar indenizar em valores altos; conforme subisse a Instância, e se distanciasse o juiz da parte, os valores tenderiam a diminuir. Surpreendentemente, não é o que ocorre no Brasil: com frequência o STJ manda aumentar, em muito, a indenização. A título de exemplo, no REsp 1.189.465, julgado em 26.10.2010, a Rel. Min. Nancy Andrighi, assim ementou o caso: “Em decorrência do acidente automobilístico causado pelo preposto do recorrido, conforme laudo pericial constante dos autos, o recorrente está incapacitado para o trabalho, há mais de dez anos, dada a paraplegia que o acometeu, a causar-lhe a paralisação permanente dos membros inferiores e a perda da capacidade de conter urina ou fezes. Nesse peculiar contexto e em respeito a precedentes deste Superior Tribunal, a indenização fixada a título de reparação de danos morais, no montante de R\$ 40 mil, mostra-se ínfima, o que determina sua majoração a R\$ 250 mil”. Na 1ª Instância, o juiz havia atribuído R\$ 40 mil a título de danos morais, indenização pelos danos materiais, pensão de um salário mínimo por mês e R\$ 15 mil ao filho da vítima, pela dor de ver o pai em sofrimento. O TJSC manteve a sentença, nos seus termos, por considerá-la “razoável e proporcional”, afastando apenas a indenização ao filho.

Pôde-se comprovar o mesmo na pequena amostragem que se fez, ao comparar os valores indenizatórios bem como sua motivação nas decisões das Turmas Recursais do Rio de Janeiro, das Câmaras do TJRJ e das Turmas do STJ, nos anos de 2009 e 2010, no que tange à negatização indevida nos cadastros de crédito.⁴⁶ Os resultados indicaram que os valores das Turmas Recursais são os mais baixos e correspondem, na média, a 10 s.m (cerca de R\$ 5.000,00), variando de R\$1.500,00 a R\$ 8 mil; os valores atribuídos pelo TJRJ atingem, em média, 15 s.m. (cerca de R\$ 7.500,00), podendo variar entre R\$ 2 mil e R\$ 12 mil. Já no STJ, os valores oscilam entre R\$ 6 mil e R\$ 25.500,00 (50 s. m.). Quanto à motivação, infelizmente, não há nas decisões argumentos suficientes que sirvam a justificar as causas dos valores atribuídos.

Qual será a razão desta inversão de valores? Possivelmente, chegou-se a ela em decorrência da banalização dos danos morais. Há dez anos, o TJRJ, nas hipóteses de negatização indevida nos cadastros de inadimplentes, mandava indenizar em 100 salários mínimos, hoje, não chega a 20. É justamente por isso que, se se quer eficazmente proteger a

⁴⁶ A propósito, v. o enunciado da Súmula 385 do STJ: “Quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido pela inscrição do nome como inadimplente em cadastros de proteção ao crédito”.

dignidade da pessoa humana, será preciso deixar o instituto da responsabilidade civil cumprir apenas sua função compensatória e considerar que, juridicamente, somente a lesão aos aspectos mais relevantes dos seres humanos, seus direitos fundamentais, devem ser efetivamente compensados.

O problema não é, como pode parecer à primeira vista, o de uniformizar o valor das indenizações. Ao contrário, cada caso é um caso e é preciso inserir o caso (*rectius*, o problema) no sistema. Se a Constituição protege, em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana, a indenização terá que compensar “aquela” vítima, da forma mais completa possível.

Nosso ordenamento, como se sabe, concede ao juiz a mais ampla liberdade para arbitrar o valor da reparação dos danos extrapatrimoniais. Este sistema, o do livre arbitramento como regra geral, tem sido considerado o que menos problemas traz e o que mais justiça e segurança oferece, atento que está para todas as peculiaridades do caso concreto. A fixação do *quantum* indenizatório atribuída ao juiz, o único a ter os meios necessários para analisar e sopesar a matéria de fato, permite que ele se utilize da equidade e aja com prudência e equilíbrio.

No entanto, como deverá proceder o juiz? Diz-se, comumente, que deve seguir determinados critérios preestabelecidos, na doutrina e na própria jurisprudência, os quais deverão nortear a complexíssima tarefa de quantificar, nos seus mais diversos aspectos, os danos à pessoa humana. Por outro lado, e mais relevante, os critérios de avaliação usualmente aceitos, embora não sejam critérios legais, apresentam-se como lógicos, devendo, porém, ser sempre explicitados, de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, garantir o controle da racionalidade da sentença. Esta é a linha que separa o arbitramento da arbitrariedade.

Sabe-se que o juiz formula juízos de valor não apenas no momento em que interpreta e aplica a norma jurídica – particularmente quando se trata de aplicar uma cláusula geral, como é o caso do artigo 159 do Código civil de 1916 e do seu correspondente, o artigo 927 do Código Civil de 2002 –, mas também antes, enquanto examina os fatos concretos, aos quais agrega aprioristicamente máximas de sua experiência de vida, do senso comum, dos costumes locais em que se encontra inserido.

Admitem-se tais juízos de valor, autorizados que estão pelo próprio Código de Processo Civil (artigo 335), mas espera-se que eles sejam suscetíveis de plena justificação racional do ponto de vista objetivo. Ou, por outra, espera-se, ao menos, conhecer a

justificação da avaliação feita pelo juiz, ter acesso à explicitação, na motivação da decisão, do critério que ele considerou prevacente no caso concreto. De fato, só uma decisão revestida de motivação suficiente permite que o exercício do direito de recurso a um Tribunal Superior seja eficaz.

O problema da racionalidade da decisão, isto é, da possibilidade de se exercer sobre ela um controle externo, tem um sentido especial nos casos em que as premissas utilizadas não são pacíficas ou são frequentemente contestadas, ou, ainda, quando necessitam elas próprias fundar-se num genérico “bom senso”, como é o caso. Se tais premissas efetivamente podem ser justificadas, então, devem sê-lo, de modo a permitir que o raciocínio lógico do magistrado possa ser acompanhado.⁴⁷ Assegura-se, assim, aos jurisdicionados a ausência de escolhas intuitivas e das conseqüentes decisões arbitrárias, permitindo que a decisão judicial sirva de indicação para hipóteses semelhantes. A explicitação da motivação, com a análise dos fatos em toda a sua extensão e profundidade, é mais necessária nessa fase, em que as disparidades teleológicas são ainda muito frequentes e os valores indenizatórios, atribuídos a acontecimentos homólogos, divergem sobremaneira, sem qualquer justificativa.

Disto tudo resulta a estrutural importância da minuciosa fundamentação da decisão judicial. Não se trata de saber o que o juiz pensou ao prolatar a decisão, mas sim de examinar a “razoabilidade das razões” por ele apontadas para justificar o que decidiu. Sua racionalidade deve ser objeto de controle e verificação externos, para que se possam analisar os motivos sobre os quais o seu juízo (racional) se formou. Daí ser requisito constitucional (art. 93, IX) a exigência da fundamentação da sentença, cabendo ao juiz, segundo a letra do artigo 131 do Código de Processo Civil, “indicar os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Se a extensão da motivação depende das circunstâncias mais ou menos complexas do caso concreto, a obrigação de motivação não se contenta com a vaga alusão à proporcionalidade ou razoabilidade em relação ao valor de condenação. Sua precisa motivação faz-se imperiosa: ela é parte essencial da garantia fundamental do direito a um processo justo; é o único antídoto contra o arbítrio.

Tampouco se trata, pois, de inventar ou descobrir fórmulas ou equações que possam ser aplicadas em todos os casos, como alguns têm procurado fazer. O problema é encontrar os meios de individualizar, adequadamente, os danos sofridos e valorá-los sempre em relação à pessoa da vítima. Se assim se fizer, os valores continuarão, evidentemente, díspares, mas

⁴⁷TARUFFO, Michele. *Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. Padova: CEDAM, 1988.

agora em bases racionais, e certamente não se poderá comparar os tribunais a cassinos ou a loterias, onde a sorte e o azar prevalecem.

A importância da fundamentação é ainda maior ao se ter em vista a mudança de perspectiva em direção à adoção do conceito de dignidade humana como fundamento do dano moral, em razão do peso atribuído às próprias condições pessoais da vítima. Se sua dignidade foi lesionada, tornar-se-ão mais objetivamente apreciáveis os fatores individuais a serem levados em consideração pelo juízo de reparação. Sob esta ótica, ficam desde logo excluídos quaisquer critérios que tenham como parâmetro as condições econômicas ou o nível social da vítima, não se coadunando com a noção de dignidade, extrapatrimonial na sua essência, quaisquer fatores patrimoniais para o juízo de reparação.

No entanto, e por outro lado, as condições pessoais da vítima, que revelem aspectos de seu patrimônio moral, deverão ser cuidadosamente sopesadas, para que a reparação possa alcançar, sob a égide do princípio da isonomia substancial, a singularidade de quem sofreu o dano. Pietro Perlingieri chega a sustentar que será especial o dano na perna de quem mora em um dos últimos andares de um edifício sem elevador.⁴⁸

Uma importante vantagem desta perspectiva diz respeito ao fato de que ela, embora por vias oblíquas, procura melhor elaborar o enorme problema, um dos maiores enfrentados no direito civil, das disparidades e contradições teleológicas nos valores indenizatórios de danos morais que se assemelham. Se cada caso é um caso, como se tenta aqui demonstrar, não se terá por objetivo atingir qualquer tipo de “tabelamento”, o que não deixa de ser uma significativa tomada de posição filosófica, tratando-se de bens dessa natureza. O reconhecimento devido a cada pessoa humana, impede que se adote qualquer método ou critério, matemático ou mecânico, válido para todos.

Cada perda e cada dano deverão ser avaliados separadamente, valorizados em relação à pessoa da vítima (pessoalmente, quase se poderia dizer), de modo que de nada servirá produzir uma tabela, por assim dizer fixa. Claro está que, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, tampouco será possível afastar-se demais de algum valor médio, que será resultado da repetição de valores atribuídos a casos semelhantes, controlados pela instância superior.

Esta perspectiva, também chamada de “abordagem consequencial” da reparação do dano moral, gera diversos efeitos no que se refere à valoração e à reparação dos danos à

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 174.

pessoa humana. Assumir como centro da análise a consequência danosa, e não o fato ou evento culposos, significa dar maior relevo aos bens imateriais, distinguindo-os em diferentes “aspectos” ou “situações”, o que permite, considerando ao máximo possível as singularidades das vítimas, ressarcir com maior justiça e mais adequadamente o que se sofreu (o que se perdeu) e contemplar as atividades que se terá que deixar de realizar. Assim, por exemplo, considera-se especial o dano ao ouvido de um mergulhador que adora nadar, mesmo que o faça amadoristicamente, ou a perda de um dedo da mão para quem se distrai a tocar piano.⁴⁹

O pedido de reparação, portanto, deve ser separado em duas parcelas. A primeira parcela, *in re ipsa*, não necessita – como atualmente – de maiores comprovações. Todos sabem que aquele que perde, injustamente, qualquer dedo da mão, como dano corporal que é, deve ser indenizado pelo dano moral sofrido. Já a segunda parcela deve ser cuidadosamente provada pela parte: no caso concreto, justamente porque a vítima tocava piano, diletantemente, a sua compensação deverá ser maior.⁵⁰

A proposta mais interessante surgida nos últimos anos para o problema da quantificação, tendo sido desenvolvida em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça da lavra do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, tem uma visão semelhante. Propõe-se o método, designado como bifásico, para a determinação do quantum indenizatório, segundo o qual, “na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes”, ao passo que, “na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz”.⁵¹

O método apresenta duas principais virtudes: a de levar em consideração decisões anteriores como parâmetro razoável de fundamentação (provavelmente a solução mais viável a curto prazo para o tratamento do problema) e a de valorizar as condições particulares do caso concreto para o arbitramento da indenização. Preocupa, porém, o risco de que tal método acabe sendo desvirtuado por outros julgadores em uma espécie de reedição da técnica do tarifamento do dano moral, resultando no tabelamento de valores para os danos morais decorrentes de certas hipóteses fáticas. A fixação do *quantum* indenizatório não pode ser

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. cit., p. 174.

⁵⁰ Para maior aprofundamento, v. *Danos à pessoa humana*, cit., Cap. 4.

⁵¹ Os trechos, parafraseados em diversos votos do Min. Sanseverino, constam da ementa do acórdão proferido no REsp 959.780, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 26.04.2011.

associada à determinação da pena no direito penal, por meio do qual a uma penalidade-base adicionam-se elementos agravantes e atenuantes. A simples noção de uma “indenização-base” não apenas fomenta a associação da indenização do dano moral a uma suposta punição do ofensor como também ignora o fato de que um mesmo evento danoso ensejará tantos danos morais distintos quantas forem as suas vítimas, dada a individualidade indissociável da tutela da pessoa humana. Se utilizado, contudo, como mecanismo de efetiva perquirição das condições pessoais da vítima, recorrendo-se a decisões anteriores como subsídios para uma maior previsibilidade da decisão, o método bifásico parece uma abordagem razoável para o problema.

5. Conclusão

A consolidação do conceito subjetivo de dano moral nos tribunais brasileiros veio acompanhada de uma completa confusão conceitual. Tornaram-se frequentes as decisões judiciais que, embora se baseassem na dor, no sofrimento ou na humilhação da vítima para a verificação do dano moral, tomavam por fundamento principiológico uma suposta violação à dignidade humana – ou, ainda, aos direitos da personalidade (cuja lesão representa uma terceira corrente conceitual do dano moral⁵²). Tamanha foi a confusão que, com alguma frequência, acórdãos de tribunais estaduais passaram a citar esta obra como fundamento para a adoção da corrente subjetiva, à qual se fez, e se faz, expressa oposição.

A equiparação do dano moral, ao mesmo tempo, seja ao sentimento negativo experimentado pela vítima, seja à violação de direitos da personalidade, acarreta consequências graves, que ultrapassam o campo da responsabilidade civil. Popularizam-se noções equivocadas que banalizam a cláusula geral de tutela da pessoa humana como fundamento de demandas frívolas ou, ainda, que restringem a proteção da pessoa às hipóteses tipificadas pelo legislador na forma dos chamados direitos da personalidade.

A tutela da pessoa humana sofre duros golpes em seu desenvolvimento dogmático, na medida em que é associada a um subterfúgio para a ausência de fundamentação jurídica das decisões ou, diversamente, é utilizada para a proteção radical e desproporcional de certas categorias, em postura paternalista que não reflete a preocupação crucial de se adequar a

⁵² V. MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. O conceito de dano moral nas relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014.

tutela jurídica à concreta vulnerabilidade do indivíduo. Prevista pelo constituinte como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, a práxis contemporânea tem tentado inserir na dignidade humana todo e qualquer conteúdo, esvaziando seu potencial transformador.

O próprio campo da responsabilidade civil tem sofrido um esvaziamento análogo, particularmente em matéria de dano moral, vez que se têm atribuído ao dever de indenizar as mais inconcebíveis funções, cada vez mais distanciando-o de sua vocação reparatória original. Consolidou-se a tese da função punitiva da indenização do dano moral, oculta sob as designações de função pedagógica, corretiva ou, mais recentemente, preventiva, chegando-se a cogitar, atualmente, da existência de dever de indenizar sem que qualquer dano tenha sido produzido. Torna-se cada vez mais difícil encontrar alguma grande função dos institutos jurídicos que já não tenha sido atribuída à responsabilidade civil, setor do direito civil que perde progressivamente sua identidade e revela a sua insuficiência como remédio para problemas que nunca foram sua preocupação original. Semelhante processo operou-se nos últimos anos sem que ocorresse nenhuma mudança no ordenamento brasileiro que permitisse superar as críticas, traçadas nesta obra, à adoção dos *punitive damages* no Brasil ou que justificasse a possibilidade de um instrumento de tutela eminentemente a posteriori, como o dever de indenizar, passar a comportar uma função prioritariamente preventiva e anterior à produção de um dano.

Francesco Busnelli, conhecido jurista italiano, concebeu interessante parábola para ilustrar a história recente do direito da responsabilidade civil no mundo ocidental: Um riacho, alimentado por uma antiga fonte, atravessava um território condicionando sua exploração econômica, fundamentalmente agrária. Quando se deu a passagem da economia agrícola de subsistência para o desenvolvimento industrial, o pequeno rio revelou-se insuficiente. Engenheiros vieram e construíram diques e todo tipo de obras para utilizar ao máximo e distribuir melhor a escassa água disponível. De repente, em virtude da confluência de pequenos cursos d'água e da descoberta de novas fontes, o riacho virou um caudaloso rio. Agora então, será preciso chamar de volta os engenheiros, para realizar as obras de contenção que evitem perigosas inundações.⁵³

⁵³ BUSNELLI, Francesco Donato. La parabola della responsabilità civile, in *Rivista critica di diritto privato*, 1988, VI-4, p. 643 e ss.

6. Referências bibliográficas

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, v. II. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Punitive damages em sistemas civilistas: Problemas e perspectivas*. *Revista Trimestral de Direito Civil* n. 18, 2004, p. 45 e ss.

BUSNELLI, Francesco Donato. La parabola della responsabilità civile. *Rivista critica di diritto privato*, 1988, VI-4, p. 643 e ss.

CAVALIERI, Sergio. Responsabilidade civil constitucional. Disponível em: <www.forense.com.br/Atualidades>. Acesso em: 20 mar. 2008.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2005.

DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FEINMAN, Jay M. *Law 101: Everything You Need to Know About the American Legal System*. New York: Oxford University Press, 2000.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. trad. de A. P. de Carvalho. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1964.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Rompimento da promessa de casamento - reparação dos danos materiais e morais. In: *Revista Ajuris*, vol. 18, n. 51, 1991, p. 69.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Danos morais e direitos da personalidade. Disponível em: <www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/7843/7410>. Acesso em: 20 jun. 2005.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. O conceito de dano moral nas relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan-jun./2014.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009.

NORONHA, Fernando. Âmbito da Responsabilidade Civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 12, 2002, p. 54.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. t. XXVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1958.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

TARUFFO, Michele. *Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. Padova: CEDAM, 1988.

Como citar: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Conceito, função e quantificação do dano moral. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 24, nov.-fev./2019.