

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DOS CONTRATOS E
RESPONSABILIDADE CIVIL**

DIEGO DUARTE ALMEIDA

CRITÉRIOS PARA QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL

Porto Alegre

2013

DIEGO DUARTE ALMEIDA

CRITÉRIOS PARA QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL

Monografia apresentada como requisito de avaliação para o Curso de Especialização em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Professor(a) orientador(a): Cristina Stringari Pasqual

Porto Alegre

2013

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO

II. DIREITO, RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL

II. I. A (r)evolução do direito

II. II. Da humanização da responsabilidade civil

II. III. O reconhecimento do dano moral

III. CARACTERIZAÇÃO E AVERIGUAÇÃO DO DANO MORAL

III. I. Conceitos de dano moral;

III. II. Dano moral na jurisprudência;

III. III. Proposta de conceituação

IV. COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL

IV. I. Critérios para sua quantificação;

IV. II. Possíveis alternativas para compensação dos danos morais

V. DEVE DA SENTENÇA JUSTIFICADA

VI. CONCLUSÃO

VII. BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUÇÃO

Não é possível tratar um ferimento ou proceder a uma cirurgia sem antes limpar o local acidentado e esterilizar os equipamentos que serão utilizados. Caso não sejam observados estes cuidados, provavelmente, o resultado não será alcançado em sua plenitude. Da mesma forma, não é possível fazer uma abordagem do dano moral sem antes realizar um esclarecimento da evolução do direito e dos seus institutos.

O dano existencial não surgiu a partir de uma positivação que foi ganhando aceitação nos ordenamentos jurídicos, mas sim um reconhecimento tardio a um agravo imensurável. Por isso esta espécie de dano não pode ser conceituada de uma forma estanque, fechada, sob pena de esterilizar um instituto que é fértil desde a sua gênese.

Inúmeras são as conceituações sobre o dano moral e não menos numerosos são os critérios para sua quantificação. Contudo, em que pese o grande esforço acadêmico sobre o tema, pouco se está evoluindo.

Desta forma, a presente pesquisa, através do método dialético, no que concerne a abordagem do tema, utilizará um procedimento histórico, monográfico e estruturalista sobre o entendimento do dano existencial, com o escopo de buscar elementos na doutrina, jurisprudência e legislação para traçar um caminho mais seguro na averiguação e quantificação do agravo imaterial.

Para tanto, no Primeiro Capítulo, será realizada uma abordagem histórica da evolução do Direito. O objetivo é descrever a matriz de pensamento existente na vigência do Estado Liberal, do Estado Social até a concepção jurídica atual. Paralelamente será tratada a evolução da responsabilidade civil nestes períodos, com o fito de contextualizar a nova função deste instituto. Assim, será possível ter uma melhor compreensão dos valores fundantes da nossa Constituição e entender como se desenvolveu a aceitação à reparação por danos morais no Brasil.

Em um segundo momento será analisado as principais conceituações do dano existencial desenvolvida pela doutrina e qual delas foi eleita pela majoritária

jurisprudência. Esta pesquisa não tem como escopo a análise de todas as conceituações existente sobre dano imaterial, contudo serão analisadas as conceituações que ganharam maior repercussão no Direito pátrio. Estas teorias serão analisadas de forma crítica para, em seguida, formar uma nova conceituação do dano moral, contudo, desta vez, consubstanciadas com a atual função da responsabilidade civil e da sistemática constitucional.

Por fim, o último Capítulo, será dedicado a discriminação dos critérios utilizados pela jurisprudência que compõem o valor das indenizações. Cada critério será analisado a luz da ordem constitucional e da conceituação de dano moral, ambas expostas nos capítulos anteriores, com o fito de avaliar quais destes critérios podem servir como parâmetros para o arbitramento do dano existencial.

II. DIREITO, RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL.

II. I. A (r)evolução do Direito

É incontestável a evolução do Direito no último século. Esta transformação aguda no mundo jurídico fez com que os seus institutos também sofressem, por reflexo, uma nova interpretação. No Brasil estas mudanças, sempre tardias, são muito nítidas, tendo como ponto crucial a promulgação de uma nova ordem jurídica, a Constituição de 1988.

Antes da entrada em vigor da Constituição vigente a forma de pensar o Direito no Brasil, principalmente nas relações entre particulares, ainda estava muito atrelada aos princípios liberais dos ideais da Revolução Francesa, do Século XVIII¹. Isto quer dizer que a preocupação do Direito estava voltada para o homem como o centro das relações. Mas esta tutela não era com o homem enquanto ser, a preocupação do arcabouço jurídico estava centrado na proteção patrimonial do homem². Tal interesse se justifica, em parte, por ser uma conquista de uma nova classe social – burguesia – que, através da codificação, requeria a preservação dos seus direitos³.

A burguesia francesa cansada de pagar vultosos impostos ao absolutismo liderado por Luis XVI e impulsionada pelos pensadores iluministas da época inicia em 1789 uma série de reformas e guerrilhas com o intuito de estabelecer uma república que permita a instalação do capitalismo e garanta o direito à propriedade privada.

Este modelo jurídico teve em 1804 o seu ápice. A promulgação do Código Civil Napoleônico, o qual foi inspirado no direito romano⁴, assegurava os interesses da burguesia, através da positivação da igualdade do indivíduo perante a lei, da liberdade e do direito de propriedade. O Código Civil Napoleônico influenciou

¹ TEPEDINO, Gustavo – 2. (Salomão Rosedá – 94)

² ROSEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Editora Conceito. Santa Catarina. 2009. p. 81.

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Editora Renovar. 4ª Edição. São Paulo. 2009. p. 65.

⁴ VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. Editora Scipione. São Paulo. 2004. p. 279.

rapidamente as legislações dos países europeus e foi um instrumento para perpetuação do capitalismo nos países de origem romano-germânica.

Nesta época a interpretação das normas se dava de forma extremamente objetiva, tendo no julgador apenas um reproduzidor dos códigos, o que tornava as relações mais seguras⁵, não obstante gerasse injustiças.

Ocorre que com a evolução tecnológica, as novas formas de trabalho e, por conseguinte, os novos anseios e necessidades da sociedade, clamavam por uma transformação na maneira de pensar o Direito. Assim, toda aquela arquitetura jurídica, fechada, influenciada pelo Código de Napoleão, passou a atender as particularidades dos conflitos com o fito de não deixar o cidadão sem respostas a novos ilícitos e abusos de direito.

Neste ponto, observa-se a primeira mudança nas lentes que leem o direito. Desde a era romana o direito se fortalecia pela sua objetividade. O juiz nada mais fazia do que reproduzir as leis, por meio do método da subsunção. Mesmo com a concepção idealizada pelos revolucionários franceses, este apego enraizado no texto normativo não teve muita transformação. A partir da evolução social, no final do século XVIII, início do século XIX, que foi possível a abertura da interpretação das leis voltada para o caso concreto, atendendo não somente o sentido formal das normas, mas também o seu sentido material.

Entretanto, esta ruptura no Direito viria ter um fim trágico. Com o declínio do Estado Liberal idealizado pela Revolução Francesa, abra-se um novo momento histórico – final do século XIX início XX – em que os sistemas jurídicos rompem com o paradigma kantiano⁶ e introduzem um Direito desapegado da moral e com um cunho extramente subjetivo.

Estes sistemas jurídicos eram complexos quanto sua regulamentação, contudo axiologicamente frágeis, motivo pelo qual não foi difícil que os países que o utilizaram legitimassem o horror. A forma de interpretação dessa nova ordem jurídica se dava, quase que exclusivamente, pelo interesse político vitorioso. Não que isto

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Editora Renovar. 4ª Edição. São Paulo. 2009. p. 65.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Editora Renovar. 4ª Edição. São Paulo. 2009. p. 80/81.

não ocorra nos dias atuais, todavia, hoje, há um alicerce no sistema jurídico em que o interesse sazonal encontra fortes limites (dignidade da pessoa humana).

E, desta forma, começam a surgir os sistemas totalitaristas da primeira metade do século XX, no qual se destacou o regime ditatorial alemão – nazismo – não somente pelas atrocidades realizadas contra judeus⁷, negro e homossexuais, mas também pelas inúmeras experiências realizadas em humanos⁸.

Com o fim da segunda grande guerra em 1944, o mundo “aprendeu” que qualquer sistema de Estado, e os poderes que o compõem, podem ser manipulados se não estiverem fundados em premissas universais, retornando, em parte e com adaptações, à ideia do imperativo categórico de Kant, que tinha como base a dignidade da pessoa humana.

Desta feita, a organização das nações unidas em 1948 construiu com o auxílio de vários países a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹. Não demorou muito para que os países, principalmente os que inovaram com a utilização dos sistemas ditatoriais, modificassem as suas Constituições: Itália (após o facismo) em 1948; Alemanha (após o regime nazista) em 1949; Portugal (com o fim do salazarismo) em 1976; e Espanha (após o regime franquista) em 1978. Todos inserindo a proteção da condição humana do homem.

Esta mudança demorou a chegar ao Brasil, eis que mesmo o mundo tendo se horrorizado com os acontecimentos da segunda guerra mundial ainda passaríamos por um regime de governo nada cidadão, o qual duraria mais de 20 anos¹⁰. Tanto a Constituição (1967) quando o Código Civil (1916) eram ultrapassados e não acompanhavam os avanços jurídicos dos países que alicerçaram o seu sistema na dignidade da pessoa humana.

Somente em 1988 o Brasil salta em direção ao que havia de mais moderno em termos de Direito. Com a promulgação de uma nova Constituição o País inicia

⁷ ROSEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Editora Conceito. Santa Catarina. 2009.p. 84.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Editora Renovar. 4ª Edição. São Paulo. 2009. p. 99.

⁹ ROSEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Editora Conceito. Santa Catarina. 2009. p. 84.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Editora Renovar. 4ª Edição. São Paulo. 2009. p. 83.

uma nova fase jurídica. Por meio de um texto mais humano e solidário a nova Carta é recheada de princípios e premissas que devem ser respeitadas e não podem mais serem ignoradas quando da sua aplicação no caso concreto.

Por conseguinte, o Código Civil que tinha um papel de destaque no sistema jurídico do Estado Liberal, agora fica subordinado as diretrizes constitucionais. Este fenômeno faz com que a interpretação, não apenas do diploma civil, mas também das demais leis, tenham a sua interpretação efetivada à luz da Constituição. No mesmo sentido Maria Celina Bondin de Moraes complementa:

“O Direito Constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função que já foi exercida pelos códigos civis. À diferença, porém, da codificação, redigida pelos juristas à luz dos valores de uma classe dirigente, os textos constitucionais, ao menos tendencialmente, são elaborados por um legislador democrático. Desse modo, ignorar os princípios constitucionais, ou interpretá-los à luz do código civil, como ainda hoje, sob considerações variadas, alguns têm feito, significa desconsiderar o princípio da democracia ou tentar escamoteá-lo com a ideia uma “razão lógica”, de um cientificismo obrigatório, ou apenas subordinar-se à força da tradição.”¹¹

Uma ordem fundada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social solidifica o seu alicerce e estremece toda a antiga, fechada e ruída arquitetura jurídica existente, eis que certezas como a primazia do interesse público, o direito absoluto de propriedade e a *pacta sunt servanda*, passam a ser relativizados, quando interpretados sob as novas lentes constitucionais.

Isto ocorre, pois não se pode mais admitir que as normas sejam aplicadas diretamente ao caso concreto (subsunção), como se o operador do Direito prestasse vassalagem¹² ao legislador. A nova ordem jurídica, calcada numa racionalidade intersubjetiva exige que a interpretação seja realizada de maneira sistemática utilizando o conjunto de valores, regras e princípios existentes na Lei Maior, sob pena de se cometer equívocos na interpretação das normas. Em outras palavras, ou

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Editora Renovar. 4ª Edição. São Paulo. 2009. p. 71/71.

¹² FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. Editora Magalhães. 5ª Edição. São Paulo. 2010. p. 71.

a interpretação jurídica se realiza de forma sistemática, ou não se realiza uma interpretação jurídica¹³.

Por sistema, o conceito que melhor se adéqua com os objetivos desta pesquisa é o ensinado por Juarez Freitas:

“Entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.”¹⁴

Desta forma, a Constituição inova trazendo normas abertas com princípios, regras e valores que ao longo do tempo terão o seu conteúdo construído, desconstruído e reconstruído pelos operadores do Direito¹⁵.

Todas estas novidades advindas do texto constitucional foram rapidamente incorporadas nas legislações seguintes. Em 1990 o Código de Defesa do Consumidor reafirma o atual avanço jurídico nacional, oferecendo para o intérprete inúmeras normas abertas que perdem o sentido se aplicadas diretamente ao caso em exame, porém alcançam uma maior efetividade na promoção da justiça quando hierarquizadas com o sistema jurídico.

No mesmo sentido, em 2002, o Código Civil mantém esta nova sistemática aberta e sistematizada de operar o Direito.

Enfim, a (r)evolução do Direito está na forma de como este sistema hierarquizava suas prioridades. Se antes o Direito servia para garantir o patrimônio do homem e a sua total liberdade de contratar, hoje ele serve para preservar o homem, enquanto ser e o ambiente social em que ele se desenvolve.

¹³ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. Editora Magalhães. 5ª Edição. São Paulo. 2010. p.75/76.

¹⁴ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. Editora Magalhães. 5ª Edição. São Paulo. 2010. p.56.

¹⁵ SCHREIBER, Anderson. **Arbitramento do dano moral no novo código civil**. Revista Trimestral de Direito Civil, volume 12, 2002, p. 3.

II. II. Da humanização da responsabilidade civil

A responsabilidade civil sempre se mostrou muito sensível às mudanças no Direito, motivo pelo qual a passagem da modernidade para pós-modernidade, bem como do absolutismo para o Estado Liberal, deste para o Estado Social até os dias atuais, foram muito bem absorvidas por este instituto.

Com o fim do absolutismo e a ascensão do capitalismo, os burgueses foram habilidosos, em não apenas garantir suas conquistas por meio das codificações, mas também em elaborar um sistema de responsabilização muito bem alinhado com os seus interesses. Após anos de repressão à atividade comercial, havia necessidade de implantar um sistema de responsabilidades que assegurasse a liberdade individual¹⁶, responsabilizando o indivíduo quando este fizesse um uso ilegítimo dessa liberdade.

Portanto, o sistema de responsabilidade medieval, influenciado pelo direito canônico, o qual apenas previa sanções quando violadas normas penais, não atendia as novas necessidades do liberalismo. Assim surge, paralelamente, um sistema de responsabilidade exclusivamente civil com o intuito de preservar a legítima utilização da liberdade individual e reprimir o seu mau uso. Neste período o sistema de responsabilidades tinha como intuito manter a segurança das relações privadas, e quando estas eram abaladas cabia à responsabilidade civil estabelecer o *statu quo ante*, por meio do princípio da *restitutio in integrum*¹⁷. Porém o foco da responsabilidade não estava na reparação do dano, e sim, na reprovação/sanção da conduta do agressor, quando comprovada.

Este sistema possuía três pilares: a culpa, onexo causal e o dano¹⁸. A tríade de sustentação servia como um filtro, pois a parte lesada teria que, além de provar o dano suportado, demonstrar a culpa na conduta do ofensor e realizar prova do nexode causalidade entre esta conduta e o dano.

¹⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 12.

¹⁷ CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. Editora Atlas. 8ª Edição. São Paulo. 2008. p. 13.

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 11.

O caminho para responsabilização era deveras árduo, tendo entre estas três fases, a culpa o papel de destaque. O primeiro e, quase, inultrapassável filtro para sanção civil consistia, naquela época, em uma obrigação moral de não causar prejuízo ao próximo¹⁹, evidenciando, por conseguinte, a dificuldade da parte lesada em realizar a prova da culpabilidade do agente.

A dificuldade de comprovação da culpa²⁰ do agressor somada à Revolução Industrial, em 1830, tornou insustentável a rigidez deste sistema de responsabilidades. A produção que desde a época medieval era realizada de forma artesanal, começa a ser produzida em série. Fábricas começam a surgir e o regime de trabalho muda. Novos meios de produção e novos produtos são postos no mercado. Desta forma, as relações humanas ficam mais vulneráveis aos pretéritos e aos inéditos danos.

Logo, teorias para atenuar a comprovação da culpabilidade do agente se mostraram necessárias para a manutenção da responsabilidade civil. Salomão Rosedá descreve com precisão esta passagem:

“É indiscutível também que a revolução industrial funcionou como uma das engrenagens de grande importância para o desenvolvimento da estrutura que envolve o tema responsabilidade civil. Os entraves diários fizeram com que este instituto ganhasse predominância nos tribunais, monopolizando grande parte dos processos e incentivando os doutrinadores a elaborarem doutrinas e teorias para a solução dos conflitos”²¹.

As soluções encontradas para minimizar a rigidez da culpa foram teorias como a do abuso do direito, da culpa presumida, até chegar-se a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco. Ou seja, se antes responsabilidade civil estava preocupada com comportamento do agressor, tendo na culpa o seu estandarte – responsabilidade subjetiva – agora a preocupação está em não deixar a vítima sem

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 16.

²⁰ CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. Editora Atlas. 8ª Edição. São Paulo. 2008. p. 135.

²¹ ROSEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Editora Conceito. Santa Catarina. 2009. p 46.

reparação, facilitando a obtenção da indenização com a exclusão do pressuposto inculpador – responsabilidade objetiva.

Isso não quer dizer que a responsabilidade civil subjetiva tenha sido excluída dos ordenamentos jurídicos, contudo, esta modalidade assumiu um papel coadjuvante na maioria dos países democráticos. E mesmo nesta condição de exceção, a responsabilidade civil subjetiva sofreu fortes mudanças para sobreviver, uma vez que aquele rigor na prova da culpa se transformou em um *standart* de condutas (culpa normativa)²², que quando não observados passa-se para o segundo filtro.

Da mesma forma, o segundo filtro para a responsabilização, o nexu causal, também sofreu modificações. O nexu causal, ou relação de causalidade, consiste no vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente a consequência do outro. Contudo, este conceito aparentemente singelo, esconde uma enorme complexidade.

Inúmeras foram as teorias que tentaram explicar quais causas seriam eleitas para unir o agressor ao dano. A primeira delas foi importada do direito penal: a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*). Para esta teoria todo fator que contribua, de alguma forma, para o evento danoso é causa desse evento. E causa, para esta teoria é a soma de todas as condições consideradas, no seu conjunto, produtoras do resultado²³. Entretanto, esta teoria foi rapidamente afastada das relações privadas, eis que poderia responsabilizar uma infinita gama de sujeitos, o que não ocorre no âmbito penal, haja vista a existência de uma limitação: a tipicidade.

Outra teoria de bastante repercussão foi a da teoria da causalidade adequada. Esta teoria, contrariando a vertente da equivalência das condições, defendia que nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir

²² SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 42.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1**. Editora Saraiva. 13ª Edição. São Paulo. 2008. p. 244.

concretamente o resultado²⁴. Contudo, esta teoria também foi alvo de severas críticas, uma vez que o caminho para definir qual causa produziu o evento danoso não possuía um critério objetivo²⁵, restando a escolha na sensibilidade do julgador.

Tendo em vista a limitação das teorias anteriores em superar as dificuldades encontradas, a teoria da causalidade direta e imediata foi muito festejada pelos países de tradição romano-germânica, inclusive, o Brasil. Esta teoria, também denominada teoria do nexo causal, entende que a causa jurídica que deve ser considerada é aquela que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva²⁶. Ainda, a teoria da causa direta e imediata se mostrou hábil e contornar as críticas investidas, no que diz respeito a reparação dos danos indiretos, criando uma subespécie: *necessariedade causal*.

Ocorre que mesmo a comunidade jurídica tendo se dedicado com afinco a criação de teorias e a superação das críticas sobre o nexo causal, este pressuposto da responsabilidade seguiu o mesmo caminho da culpa. A tentativa de não deixar a vítima sem reparação, fez com que a relação de causalidade se tornasse maleável perante o caso concreto.

A evolução da responsabilidade civil também se fez presente no Brasil, ainda que tenha ocorrido com certo *delay*. Antes da promulgação da atual ordem jurídica, o sistema de responsabilidade, previsto no Código Civil de 1916, tinha como regra a responsabilidade subjetiva, normatizando taxativamente alguns casos de culpa presumida.

Da mesma forma que o progresso tecnológico, em outros países, foi alterando esta regra, no Brasil a lógica também foi se invertendo. Leis foram surgindo e incluindo a responsabilidade civil objetiva no ordenamento jurídico pátrio como, por exemplo, a Lei de Estradas de Ferro (Decreto n. 2.681/12), Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86)²⁷.

²⁴ CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. Editora Atlas. 8ª Edição. São Paulo. 2008. p. 49.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 60.

²⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 60.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 20.

Contudo, somente com a Carta Magna de 1988 que o cenário da responsabilização passa por uma grande mudança. Com uma constituição enraizada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social ficou difícil sustentar um modelo de responsabilidade civil que tenha como regra a imputação de culpa, priorizando a sanção do ofensor e deixando em segundo lugar a reparação da vítima. Assim, o legislador constituinte inova colocando a responsabilidade objetiva como regra no cotidiano das relações públicas (§6º, do artigo 37 da Constituição Federal). Essa significativa mudança não demorou muito para se alastrar nas codificações ordinárias.

A Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, pactuado com os princípios fundantes do novo Estado Democrático de Direito que acabara de ser formar, traz um texto aberto e solidário. Este diploma reconhece a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, concretizando a igualdade material nas relações de consumo²⁸. Porém, a maior repercussão desta lei foram os artigos 12 e 14, uma vez que tornou a responsabilidade objetiva a regra das relações consumerista, descartando por completo o pressuposto da culpa.

Anos mais tarde, seguindo a orientação axiológica e teleológica Constitucional, o Código Civil promulgado em 2002 adere a regra da responsabilidade civil objetiva. Anderson Schreiber, no mesmo sentido, esclarece:

“Em 2002, o novo Código Civil, tão tímido em outras matérias, consolidou corajosamente a orientação constitucional no campo da responsabilidade civil. Em primeiro lugar, converteu em objetiva a responsabilidade aplicável a uma série de hipóteses antes dominadas pela culpa presumida, como a responsabilidade por fato de terceiro e por fato de animais. Além disso, elegeu a responsabilidade objetiva em novas hipóteses como aquela relativa à responsabilidade empresarial ‘pelos danos causados pelos produtos postos em circulação’ (art.931). Sua maior inovação, todavia, foi prever em seu art. 927 uma cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividade de risco.”²⁹

²⁸ CASADO, Mário Mello. **Responsabilidade Objetiva no Código de Defesa do Consumidor. Justificativas, precedentes e análise do sistema nacional.** Revista dos Tribunais. Direito do Consumidor. Volume V, n. 32, 2002, p. 730.

²⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos.** Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 21.

Ademais, o Código Civil acertou em manter, no artigo 403, a adoção da teoria da causalidade direta e imediata no que diz respeito ao nexos causal, ainda que haja entendimento de que a teoria adota seja a da causalidade adequada³⁰. Todavia, por mais que haja uma divergência doutrinária acerca da teoria da relação de causalidade adotada, o que se nota na prática é uma utilização conveniente destas teorias.

Ocorre que da mesma forma com que o Direito evoluiu e se tornou mais humano, a responsabilidade civil seguiu os mesmos passos. A responsabilidade civil se firmou na sua função reparadora, deixando para a responsabilidade penal as sanções cabíveis. Por conseguinte, os obstáculos que a parte lesada tinha para conseguir a reparação passaram gradativamente, conforme demonstrado, a se desfazerem, permitindo que a responsabilidade civil se transformasse em um forte instrumento para efetivação da dignidade da pessoa humana.

II. III. O reconhecimento do dano moral

Através da mudança de foco do Direito e da responsabilidade civil, voltada para o homem enquanto ser, que os ordenamentos jurídicos ficaram mais atentos à proteção de novos danos. O Direito patrimonialista fundado nos interesses dos revolucionários franceses influenciou as legislações de tradição romano-germânica. Tais interesses tinham como exclusividade a proteção ao patrimônio do homem. Esta matriz de pensamento fez com que os danos de ordem existenciais não tivessem a merecida tutela. Salomão Rosedá destaca a existência dos danos imateriais nos tempos em que não havia instrumentos jurídicos capazes de realizar a devida reparação:

“De certa forma, a agressão aos direitos desprovidos de cunho econômico sempre existiu. Apesar de todo frisson que atualmente acoberta a indenização decorrente dos atos ilícitos que atingiram o aspecto moral, não se pode negar que o homem, em tempos atrás, já

³⁰ CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. Editora Atlas. 8ª Edição. São Paulo. 2008. p. 49.

passou por momentos em que seus direitos imateriais eram atingidos. O que não ocorria era o reconhecimento por parte do ordenamento jurídico, haja vista que não era possível falar em garantia de proteção do ordenamento jurídico nos mesmos moldes dos que atualmente são desenhados”.³¹

A partir da inserção da dignidade da pessoa humana nos sistemas jurídicos dos países democráticos, impulsionada pelas atrocidades da Segunda Guerra Mundial, que se fez necessário criar instrumentos que tutelem o ser humano.

Quando se refere à dignidade da pessoa humana é importante ter ciência que esta expressão não se pode dar de forma oca. Ela é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser que o faz merecedor de direitos e deveres fundamentais e lhe garante condições mínimas para uma vida saudável³², tendo como corolários os princípios jurídicos da igualdade (formal e material), da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade³³. Assim, com esta nova cultura jurídica alicerçada, foi possível o reconhecimento de novos agravos.

Todavia, o reconhecimento do agravo moral no Direito pátrio percorreu um tortuoso caminho. No Brasil, ainda sobre forte influência do Código Civil de 1916, não havia espaço para a aceitação de danos existenciais. O entendimento da corte suprema na época ficou muito bem retratado no voto do Ministro Hahnemann Guimarães que em no acórdão do Recurso Especial n. 11.786, datado de 1950, manifestou que “não é inadmissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material”³⁴, por entender imoral uma indenização pecuniária a um dano de ordem moral³⁵. Paradoxalmente, era, então, aceitável deixar a vítima sem reparação.

Apenas no final da década de 60 que o Supremo Tribunal de Justiça³⁶ reconheceu a reparação por danos extrapatrimoniais. Contudo, só era admissível

³¹ ROSEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Editora Conceito. Santa Catarina. 2009. p. 74.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2001. p. 60.

³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Editora Renovar. 4ª Edição. São Paulo. 2009. p. 85.

³⁴ Recurso Especial n. 11786.

³⁵ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Editora Forense. 2ª Edição. Rio de Janeiro. 1999. p. 10.

³⁶ Recurso Especial n. 59.111/CE

que o agravo existencial fosse reparado, se decorresse, concomitantemente, a uma violação de danos materiais³⁷, como a transgressão de uma norma penal.

Com essa abertura o ressarcimento ao dano imaterial no ordenamento jurídico brasileiro começou a angariar forças, como por exemplo, através da edição da Súmula 491 do STF e da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa). Todavia, este caminho até o reconhecimento pleno do agravo existencial encontrou muita divergência e resistência nos operadores do Direito.

Foi por meio da promulgação da Constituição de 1988 que as dúvidas e resistências quanto à possibilidade de reparação por danos morais foram encerradas³⁸. Após duas décadas de uma severa ditadura a Carta Magna trouxe um texto mais humano e preocupado com as novas diretrizes das constituições democráticas. Desta feita, tendo em vista o Diploma Constitucional estar alicerçado na dignidade da pessoa humana, o dano moral restou normatizado em inúmeras passagens do artigo 5º (incisos V, X e XLIX), encerrando a discussão acerca da sua reparação. Anderson Schreiber, sob à luz dessa nova ordem jurídica estabelecida pela Constituição, complementa:

“A consagração da dignidade humana como valor fundamental nas constituições do último século, associado à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, veio exigir com força irresistível a ressarcibilidade, até então discutida, do dano extrapatrimonial. Embora a conceder reparação a lesões de interesses existenciais, antes considerados de forma meramente programática, com o escopo de comandos dirigidos tão somente ao legislador, inaptos a deflagrar direta proteção contra violações perpetradas pelo Estado ou por outros particulares.”³⁹

Esta tutela a direitos existenciais, como instrumento para efetivação da dignidade da pessoa humana, influenciou as legislações seguintes e, principalmente,

³⁷ BONATTO, Fernanda Muraro. **A quantificação da indenização por dano extrapatrimonial: análise dos critérios jurisprudenciais na determinação do *quantum debeatur***. Revista Direito & Justiça, Volume 37, n. 2, 2011, p. 136.

³⁸ OLIVEIRA, Vanessa Justo. **Reparabilidade do dano moral puro: fixação de novos parâmetros de arbitramento do *quantum* indenizatório em vista à problemática de seu caráter axiológico e subjetivo decorrente do livre convencimento do magistrado**. Revista de Direito Privado. Volume 10, n.40, 2009, p. 309.

³⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 89.

o Código Civil que no artigo 186 enfatizou a reparação ao dano, ainda que exclusivamente moral, sepultando qualquer entendimento remanescente sobre a vinculação aos agravos materiais⁴⁰.

Observa-se então uma evolução no Direito com o escopo de priorizar a tutela da dignidade humana. No mesmo passo, verifica-se a mudança da função da responsabilidade civil com o foco para reparação dos danos ocorridos. Por conseguinte, constate-se uma enorme proteção a inúmeros acontecimentos que antes não havia reparação. Ou seja, todo um sistema, baseado em certezas, foi desconstruído e um novo sistema está sendo construído e se transformando.

Este novo cenário abriu as portas do judiciário para uma invasão de processos, os quais exigem uma resposta rápida e precisa. Por outro lado, ainda há questões que necessitam de um reexame. Uma delas é o dano moral. Se hoje não há mais dúvida sobre a sua existência. Sobram indagações sobre a sua conceituação e os critérios para sua quantificação.

⁴⁰ ROSEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Editora Conceito. Santa Catarina. 2009. p 120.

III. DO DANO MORAL

Antes de adentrar diretamente nas construções doutrinárias e jurisprudenciais do dano moral, esclarece-se que, respeitada às terminologias existentes, utilizar-se-á expressões como dano existencial, dano imaterial e dano extrapatrimonial como sinônimos a dano moral, unicamente, com o fito de não desenvolver o estudo com um texto enfadonho.

Quando se pesquisa sobre o tema, inúmeros são os autores que se dedicam ao seu estudo. Então surge um luxo de qualificações que buscam a prescrição deste instituto. Contudo, a rapidez com que o dano moral ganhou reconhecimento pela sociedade e devido ao intenso número de demandas que versam sobre este tema, restou prejudicado que o seu estudo fosse realizado de forma técnica, moderna e desapegada de sentimentos de justiça por parte dos operadores do Direito.

Desta feita, entende-se que para se traçar uma conceituação técnica e precisa sobre os danos existenciais é preciso contextualizá-lo, motivo pelo qual o Capítulo anterior, ainda que de forma sumária, se fez necessário para compreensão da evolução do Direito, da responsabilidade civil e, por conseguinte, do dano moral na ordem jurídica da pós-modernidade, fundada na dignidade da pessoa humana.

Sem a pretensão - impossível e inútil - de trazer todos os entendimentos sobre o dano moral, atentar-se-á apenas aqueles de maior repercussão no cotidiano jurídico do país.

III. I. Conceitos de dano moral

Quando o assunto é dano moral a tarefa de classificar as conceituações é árdua, pois muitas delas se complementam⁴¹, ou se fundem ou suas diferenças são tênues.

⁴¹ OLIVEIRA, Vanessa. OLIVEIRA, Vanessa Justo. **Reparabilidade do dano moral puro: fixação de novos parâmetros de arbitramento do *quantum* indenizatório em vista à problemática de seu**

Pontes de Miranda conceituava o agravo imaterial por exclusão ao dano material, pois entendia que quando ao dano não corresponder a características do dano patrimonial, dize-se que está na presença do dano moral⁴². Entendimento parecido, possui Maria Helena Diniz que ensina que o dano moral é a “lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada por fato lesivo”⁴³.

Entretanto, o entendimento acima é deveras abstrato, trazendo na prática um grande problema para o magistrado quando da sua verificação, uma vez que o dano moral é muito mais do que uma exclusão do dano material. Ainda, na atual conjuntura jurídica poderia se sustentar até o contrário, sendo o dano material aquele verificado quando o dano não corresponder as características do agravo existencial. Evidente que este contraponto não é o que se quer com a conceituação de dano moral, mas serve para demonstrar a desatualização do entendimento exposto.

Por outro lado, há autores que partem da ideia de que “dano significa uma lesão a um direito que produz um imediato reflexo no patrimônio material ou imaterial da vítima”⁴⁴, portando, haverá um agravo existencial, quando o evento danoso repercutir além da esfera patrimonial.

Ou seja, deve-se perquirir o dano imaterial não sob a ótica do bem lesado, mas sim, do efeito que o bem lesado trouxe a vida da parte ofendida. Logo, esta conceituação explicaria aquelas situações em que ocorrem danos patrimoniais em consequências de lesão a bem não patrimonial, bem como dano extrapatrimonial em resultado de ofensa a bem material⁴⁵. Este entendimento teve como principal expoente José Aguiar Dias que prescrevia:

“[...] este consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos

caráter axiológico e subjetivo decorrente do livre convencimento do magistrado. Revista de Direito Privado. Volume 10, n.40, 2009, p.315;

⁴² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Direito das Obrigações.** Volume XXVI, Editora Borsóí, 1958, p. 30.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade Civil.** Volume 7, Editora Saraiva, São Paulo, 2008, p. 59.

⁴⁴ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral.** Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 4.

⁴⁵ BONATTO, Fernanda Muraro. **A quantificação da indenização por dano extrapatrimonial: análise dos critérios jurisprudenciais na determinação do *quantum debeatur*.** Revista Direito & Justiça. Volume 37. N. 2. 2011. p 140.

puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ridícula tomada pelas pessoas que o defrontam.”⁴⁶

Este último entendimento não apenas define o que é o agravo moral, como também redefine o que seja dano material, tratando ambos como reflexo de um evento. Em que pese esta conceituação faça da responsabilidade civil um instrumento mais eficaz para averiguação de novos danos, também carrega uma carga subjetiva muito grande quando da sua verificação no caso concreto. Assim, o conceito do dano extrapatrimonial começa a ser nutrido de elementos, aos quais são impossíveis de serem precisados e verificados quanto a sua extensão, como a dor, o sofrimento a humilhação, etc.

Haja vista a dificuldade de conseguir conferir segurança jurídica as conceituação que têm como critério o dano como um reflexo anímico, alguns doutrinadores, como Carlos Alberto Bittar, posicionam entendimento de que o dano extrapatrimonial está relacionado, apenas, aos direitos da personalidade⁴⁷, eliminando do conceito de dano moral o caráter subjetivo e efetivando os valores fundantes da Constituição. Os adeptos desta conceituação alertam que a discriminação dos bens da personalidade é meramente exemplificativa, uma vez a produção legislativa não consegue acompanhar as vicissitudes das relações humanas, conforme expõe Salomão Rosedá:

Entende-se que a corrente que defende a configuração dos danos morais a partir de uma agressão a direitos da personalidade adéqua-se com maior presteza aos anseios esculpidos no princípio da dignidade da pessoa humana. Somente dessa forma o homem estará realmente protegido contra qualquer comportamento que venha a causar prejuízos que atinjam a sua esfera extrapatrimonial.⁴⁸

⁴⁶ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Volume II. 10ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1997. p. 729

⁴⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Defesa do Consumidor. Reparação de Danos Morais em Relações de Consumo**. Revista dos Tribunais. Direito do Consumidor. Volume V. N. 21. 2002, p. 466.

⁴⁸ ROSEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Editora Conceito. Santa Catarina. 2009. p 143.

Desta forma, observa-se a preocupação da doutrina em não estender a conceituação de dano moral a qualquer evento que possa repercutir no íntimo do indivíduo, mas também não atrofiá-lo, deixando a vítima sem reparação. A partir desta preocupação surgem conceituações mais extravagantes, que tentaram conciliar todas estas correntes, como faz Yussef Said Cahali que conceitua dano moral, tanto com consequência da violação a um direito subjetivo, material ou imaterial, como também agressão a bens personalíssimos:

“[...] é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um 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, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc).”⁴⁹

No mesmo sentido, porém com mais sucesso na tentativa de oferecer mais segurança na averiguação do agravo imaterial, sem que isto resulte na diminuição da sua tutela, o entendimento que mais reúne adeptos é o de Sérgio Cavaliéri Filho, o qual entende que o dano moral em sentido estrito, como a violação a uma faculdade psíquica da vítima (dor, vexame, humilhação, etc., que fuja à normalidade) e em sentido amplo, como a ofensa a quaisquer direitos da personalidade, como a imagem, o bom nome, direitos de autores, etc.⁵⁰.

Este entendimento foi rapidamente absorvido e consagrado pela jurisprudência, conforme resume Maria Celina Bodin de Moraes:

“Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como liberdade, honra, atividade profissional, a reputação, as manifestações, culturais e intelectuais entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita do seu

⁴⁹ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª. Edição. Editora dos Tribunais. São Paulo. 1998. p. 20.

⁵⁰ CAVALIÉRI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Editora Atlas, 8ª Edição, São Paulo, 2008, p 80-81.

patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, outrossim, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos acontecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.”⁵¹

Entretanto, observa-se que esta conceituação continua incorrendo em aspectos deveras subjetivos, principalmente quanto a sua segunda parte. Se averiguar a ocorrência de dano existencial quando há violação de bens personalíssimos parece ser uma tarefa tranquila, não se pode dizer o mesmo quando se busca verificar a incidência deste dano pelos sentimentos da parte lesada.

Assim, basicamente o que se encontra na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é que o dano moral é uma violação que interfere no psíquico de um indivíduo, causando-lhe dor, sofrimento, humilhação que extrapolam os dissabores ou meros aborrecimentos do cotidiano⁵².

Ocorre que utilizar como critério de averiguação do dano existencial a dor é um grande equívoco, eis que o sentimento humano é mera consequência, que pode ou não existir, a uma lesão de um interesse extrapatrimonial⁵³. Igualmente equivocado é atribuir à dor um grau de relevância, entendendo que este sentimento não for socialmente censurado⁵⁴, o evento não passará de um mero aborrecimento.

A dificuldade de verificar o que é dano moral e o que é dissabor é tamanha que o Superior Tribunal de Justiça passou a discriminar as situações. Por exemplo, a inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito é entendida como dano existencial⁵⁵, contudo, vício na construção civil não⁵⁶. Não se quer afirmar que nos exemplos acima haja invariavelmente a existência do dano ou o contrário. O problema está na falta um método técnico para verificar se há ou não agravo moral.

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Editora Renovar. 4ª Edição. São Paulo. 2009. p. 157-158.

⁵² REsp 1234549 / SP;

⁵³ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 131.

⁵⁴ ROSEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Editora Conceito. Santa Catarina. 2009. p 150.

⁵⁵ REsp 955031 / MG

⁵⁶ REsp 1234549/ SP

Desta forma, a solução encontrada por esta corte foi “normatizar” o dano moral através da jurisprudência.

Ainda, verifica-se que em todas as conceituações exposta não há necessidade de comprovação do agravo moral. Todas as teorias acreditam que uma vez caracterizado o dano, seja através da agressão a um direito da personalidade, seja por meio da dor, prova do dano torna-se presumida. Ou seja, comprovação do dano é *in re ipsa*. Em que pese esta pesquisa não corrobore com o fato de que a prova do agravo deve ser presumida, esta presunção é um recurso bastante hábil para viabilizar a reparação da vítima quando se utiliza alguma das conceituações supramencionadas. Todavia, verificar-se-á no decorrer do estudo que o dano moral deve, sim, ser comprovado, sem que isso dificulte a reparação da vítima.

Exposto alguns dos principais entendimentos acerca do tema, verifica-se uma tentativa de não deixar a vítima sem reparação. Ou por meio de tutelar as consequências que o agravo gera no seu interior, ou através da efetivação dos valores advindos da nova ordem jurídica.

III. II. Proposta de conceituação

A nova ordem jurídica e a nova função da responsabilidade civil exigem mudanças. E estas mudanças devem se realizar por meio de uma técnica jurídica precisa, racional e intersubjetiva que promova os valores fundantes do Estado Democrático Direito. Com a promulgação da Constituição de 1988, ressaltando a tutela de bens existenciais, aliada com o desenvolvimento social e a facilidade do acesso à justiça (principalmente após a edição da Lei 9.099/99), outro não foi o resultado, senão a proliferação de novas espécies de danos.

De casos mais pacificados como o dever de indenizar quando o nome de uma pessoa é inscrito indevidamente em órgãos de restrição ao crédito, a casos mais controvertidos como condenação de dano moral advindo do inadimplemento contratual, o que se observa é um grande volume de ações, que mesmo diante de um judiciário deficitário, necessitam de um tratamento digno. Por isso que políticas

que visam a diminuição do número de demandas em detrimento a direitos fundamentais, devem ser, desde sempre, rechaçadas.

Evidente que a produção legislativa, ainda que pretensiosa, nunca conseguirá normatizar todas as causas de danos, também é certo que as conceituações que se utilizam de critérios voltados ao sentimento humano não guardam a melhor técnica e não confere segurança jurídica a sociedade. Portanto, é de suma importância que o tratamento dado a estes casos que diariamente deságuam nos foros seja realizado de forma harmonizada axiologicamente com as normas – *lato sensu* – constitucionais, com transparência e aplicadas topicamente.

Conforme referido no primeiro capítulo, a partir da entrada em vigor da Carta Magna o Brasil salta para o que há de mais moderno em termos jurídicos. A arquitetura valorativa e principiológica advinda deste Documento, bem como a utilização de tipos abertos, encerram a aplicação das normas pelo método de subsunção, sob pena de atentar contra esta sistemática.

Por conseguinte, ao intérprete do Direito lhe é conferido um poder antes nunca visto, pois, agora, cabe a ele a construção da solução dos conflitos em cada caso concreto. Evidente que este privilégio ofertado ao operador do Direito exige responsabilidade na condução dessa nova engrenagem. O intérprete deve se desapegar dos seus emotivismos e estar focado na efetivação axiológica do sistema. Neste sentido Juarez Freitas faz uma ressalva a entendimentos contrários que se dedicam em desconstruir esta nova abordagem:

“Tal atitude sensata e racional em nada se confunde com a discricionariedade pura advogada por muitos, nem com o arbítrio que se arrima em argumentações falaciosas e vícios psicológicos. A interpretação faz escolhas, sim, elege soluções, mas nunca indiferentemente, pois embora não exista ‘a’ interpretação correta, segue o intérprete vinculado ao dever indeclinável de encontrar soluções sistematicamente melhores, ao menos como serena pretensão.”⁵⁷

⁵⁷ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. Editora Magalhães. 5ª Edição. São Paulo. 2010. p.78.

Assim, por toda essa nova sistemática jurídica, não se pode mais aceitar uma conceituação do dano moral de forma fechada, genérica e abstrata, que quando aplicada se dedica, quase que exclusivamente a verificar se a dor suportada pela vítima é superior ao mero aborrecimento, tendo como parâmetro, apenas, a vivência de quem está julgando, a qual é uma exceção na atual realidade social de nosso país.

Por outro lado, se a Constituição revolucionou as relações públicas e privadas (se ainda há esta dicotomia), se a responsabilidade civil ganhou uma nova função, qual seja, não deixar a vítima sem reparação, a abordagem do dano existencial deve seguir esta orientação. Assim, para que se molde uma conceituação satisfatória sobre dano imaterial, é preciso que a realização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, corolário da Lei Maior, tenha aplicação efetiva e não subsidiária e, muitas vezes, vazia.

Desta forma pode-se definir o dano moral como uma lesão à dignidade da pessoa humana. Maria Celina Bodin explica:

“A importância de conceituar o dano moral a lesão à dignidade humana pode ser medida pelas consequências que gera, a seguir enunciadas. Assim, em primeiro lugar toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente, considerada violadora de sua personalidade e, se concretiza, causadora de dano moral a ser reparado. Acentua-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa ser vinculado à lesão de algum ‘direito subjetivo’ da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um ‘interesse não patrimonial’) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela, será suficiente para garantir a reparação.”⁵⁸

Todavia, esta conceituação, aparentemente singela, esconde uma complexidade por de trás da aferição do dano imaterial na prática. Inicia-se pela noção de dano. Para que haja uma correta compreensão da conceituação exposta,

⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Editora Renovar. 4ª Edição. São Paulo. 2009. p. 188.

tem-se que esclarecer que dano, não pode ser entendido como prejuízo ou como uma consequência do cometimento do ato ilícito.

Isto porque, primeiro, o prejuízo de uma pessoa é, muitas vezes, inerente uma atividade lícita, qual não gera dever de indenizar. A título de exemplificação, pode-se pensar na demolição de uma edificação que segue todos os ritos das leis de determinado município; tal ato pode gerar um prejuízo para os vizinhos em virtude do barulho, contudo, este prejuízo, provavelmente, será irressarcível. Segundo, porque, com a atual finalidade da responsabilidade civil de não desamparar a parte lesada, a ilicitude não é impedimento para a concessão da indenização, uma vez que o ato lícito também pode gerar um dano ressarcível, tendo em vista a introdução da responsabilidade objetiva.

Enfim, o elemento preponderante para a verificação dano ressarcível é a antijuridicidade da conduta, esta entendida como sendo o componente objetivo da ilicitude⁵⁹, excluindo, por conseguinte, o seu elemento subjetivo, a culpabilidade. Portanto, para que haja um dano ressarcível é preciso que haja a violação de uma tutela em abstrato, o que Orlando Gomes denomina de dano injusto⁶⁰.

Entretanto, não basta afirmar que o dano moral é uma violação a uma tutela da dignidade da pessoa humana, esta compreendida em seus substratos: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e a solidariedade social, pois o atual cenário normativo é farto de princípios e cláusula gerais que poderiam compreender quaisquer interesses⁶¹. E, ainda, permaneceria o mesmo equívoco das conceituações anteriores, haja vista o alto grau de abstração.

Por isso, é necessário que, da mesma forma que se perquire a tutela do interesse lesado (verificação da lesão a dignidade da pessoa humana), deve-se igualmente apurar se a conduta lesiva também não é merecedora de igual tutela. Para ilustrar esta situação, pode-se pensar na prática de tortura. Este ato, evidentemente, atinge a dignidade da vítima, a qual poderá pleitear indenização. Do outro lado, além de não haver tutela que justifique a tortura, existe comando

⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 159.

⁶⁰ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Editora Forense. 1ª Edição. São Paulo 2011.

⁶¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 163.

constitucional proibitivo (artigo 5º, inciso III, CF/88). Desta forma, o agravo moral se caracteriza, ensejando indenização.

Em outro exemplo, uma pessoa que tem o seu nome incluído nos cadastros das empresas que fazem avaliação de crédito, tem o um bem jurídico tutelado lesionado, qual seja o seu nome, entretanto, este fato, por si só, não caracteriza um agravo imaterial, eis que se esta pessoa estiver inadimplente, existe também uma tutela à conduta lesiva, a qual poderá fazer com que não haja o direito a reparação.

Assim, nestes casos em que também existe uma tutela à conduta lesiva é preciso realizar, a partir da instrumentalização do caso concreto, uma ponderação de circunstâncias e uma hierarquização sistemática dos interesses postos em causa. A partir de então a averiguação do dano existencial deixa de ser abstrata e passa a ser casuística.

Desta forma, deve-se realizar uma ponderação entre o interesse da vítima e o interesse do agente cuja conduta se configura lesiva⁶². Para realizar esta ponderação deve-se utilizar o método da hierarquização sistemática.

A hierarquização sistemática consiste em hierarquizar axiológica e teleologicamente os valores, princípios e regras que permeiam o sistema, este último entendido conforme exposto no primeiro Capítulo, utilizando para tanto um metacrítério⁶³, que neste caso é o princípio da dignidade humana. Entretanto, deve-se frisar que a dignidade da pessoa humana não pode ser o único critério para ponderação, uma vez que muitas vezes haverá conflitos existências, que em última análise, serão reduzidos ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme destaca Anderson Schreiber:

“Como síntese da condição humana, a dignidade consiste no vetor segundo o qual se orientam e se devem orientar todos os interesses (sejam materiais, sejam existenciais), que somente são considerados merecedores de tutela na medida em que instrumentalizados a favor deste fim. O efeito disto na ponderação é que um interesse tenderá a prevalecer sobre o outro, na medida em que realize mais imediatamente ou em maior grau a dignidade

⁶² SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 154.

⁶³ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. Editora Magalhães. 5ª Edição. São Paulo. 2010. p.132.

humana. O problema está justamente em que, muitas vezes, o interesse que realiza de forma mais imediata a dignidade humana não realiza em maior grau ou em maior amplitude, diante das circunstâncias fáticas. A proteção imediata à privacidade de uma pessoa, aspecto da sua dignidade humana, que, por hipótese impedisse a revista em aeroportos, poderia colocar em grave risco a integridade física – aspecto da dignidade humana – muitas outras pessoas.”⁶⁴

Talvez esteja nestes conflitos o papel mais relevante da hierarquização sistemática. Isto porque a utilização do metacritério exige que o intérprete hierarquize a normas do sistema com o intuito de priorizar determinados valores, apenas no caso em análise, através dos instrumentos circunstanciais, superando assim as antinomias do sistema. Esta hierarquização visa abarcar o maior número de circunstâncias fáticas que atinjam a realização dos objetivos da Carga Magna.

Ainda, a utilização desse método para averiguação do dano moral encerraria a equivocada ideia de que quando se trata de dano moral não há necessidade de prova, eis que esta decorre inexoravelmente do fato em si⁶⁵, gerando automaticamente o dever de indenizar. Esta ideia parte da concepção, também equivocada, do dano imaterial entendida como dor, tristeza, humilhação, etc. Contudo, tais sentimentos só devem ser trazidos a baila com o objetivo, exclusivo, de apurar o valor a ser indenizado.

Com o entendimento sobre dano moral que se pretende nesta pesquisa, a prova do dano se faz necessária, da mesma forma como ocorre no dano patrimonial⁶⁶. Por meio de uma apuração objetiva do agravo moral, ou seja, desapegada a da noção sentimentalista do dano, observa-se que se faz necessário a comprovação de que houve uma lesão ao interesse tutelado. Evidente que esta prova não tão simples como ocorre nos casos de danos emergentes, mas é igualmente difícil como nos casos de lucros cessantes ou perda de uma chance⁶⁷.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 178.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Editora Atlas, 8ª Edição, São Paulo, 2008, p 86.

⁶⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Volume 4. Editora Saraiva. São Paulo. 2003. p. 191.

⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012. p 205.

Na tentativa de esclarecer o que se está propondo, segue abaixo um esquema, unicamente, para fim didático:



Portanto, dano moral é uma lesão à dignidade humana, que quando analisada em conjunto com a conduta lesiva, verifica-se merecedora de tutela e, por conseguinte, autorizada ao recebimento de indenização.

Esta forma de conceituar o dano existencial confere ao sistema jurídico um dinamismo impossível de ser alcançado pela produção legislativa, mas também sem interferir neste poder. Trata-se, por suposto, de uma concepção sistemática, aberta, dinâmica e completável.

Por fim, esta conceituação exige do magistrado muito mais do que a utilização de precedentes, de frases de efeito e de dispositivos pré-elaborados. Para concretização, não só desta concepção, como também da Constituição Federal, se faz necessário e indesculpável a discriminação de todo raciocínio utilizado com o fito de fundamentar a sua decisão, proporcionando as partes inconformadas o acesso a instâncias superiores.

IV. DA COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL

Uma vez explanada uma possibilidade mais concreta de averiguação do dano moral, passe-se para um tema, não menos tormentoso e polêmico, que é a busca das formas de compensação e dos critérios para a sua quantificação.

Para se chegar aos critérios que o magistrado deve levar em consideração quando do arbitramento da compensação dos agravos imateriais, se faz necessários antes, esclarecer algumas questões que de tão corriqueiras no judiciário acabam não sendo mais alvos de debates.

Primeiramente deve-se discorrer se os danos existenciais são de fato podem ser ressarcidos e quais as formas que este “ressarcimento” pode se dar. Definido estes dois primeiros tópicos

IV. II. Ressarcimento ou compensação?

Primeiramente deve-se esclarecer a forma de como se dá essa indenização no nosso sistema de responsabilização. O que se vê diariamente nos Foros e Tribunais pelo Brasil é a concessão de valores as vítimas de forma exclusiva ou, em menos intensidade, agregada a uma obrigação de fazer. Em outras palavras a vítima de um agravo existencial recebe uma indenização pecuniária pelos danos sofridos ou, em casos específicos, a este valor é também concedida uma obrigação como, por exemplo, uma retratação pública.

Evidente que a concessão de valores à vítima não resgatará o *status quo ante*, como ocorre com os danos materiais, porém, mais injusto seria deixar a vítima sem nenhuma reparação. Em que pese esta discussão hoje parece estar pacificada, em um passado próximo esta forma de indenização foi um dos grandes empecilhos para o ressarcimento dos danos morais.

De fato, não há como quantificar a dor ou como substituir este abalo por dinheiro, entretanto, a via contrária parece não mais adequar-se com as balizas

constitucionais. Assim, a comunidade jurídica passou a se utilizar de um artifício monetário, imoral para alguns, porém muito comum na sociedade capitalista, para amenizar este agravo.

Por isso, esclarece-se que o termo ressarcimento, reparação ou restituição pode se coadunar perfeitamente quando o bem lesado atinge a esfera patrimonial da vítima, pois a sua quantificação se dá por meio de uma equação aritmética. Ou seja, um consumidor que ingressa com uma ação requerendo a restituição do valor pago por um produto viciado, terá como indenização o valor daquele produto com a devida correção, tudo para garantir ao consumidor que seja restabelecido o seu estado antes do agravo material.

Desta forma, o que se pretende com a indenização do dano imaterial é uma compensação, um conforto⁶⁸, aos efeitos que a lesão trouxe na vida do ofendido. Logo, o termo indenização será utilizado nesta pesquisa como gênero (**verificar citação**), tendo como espécies o ressarcimento e a compensação.

Pelas características singulares dos efeitos advindos do dano existencial é impossível a sua reparação de forma integral, motivo pelo qual os magistrados se esforçam para encontrar balizas que compensem o dano sofrido com valores ou medidas alternativas.

IV. b) Formas de compensação do dano moral

Com um esforço louvável os operadores do Direito veem criando critérios e formas de oferecer ao ofendido uma indenização justa. Ocorre que inúmeros são os critérios utilizados, os quais não se firmam com a evolução do Direito (referido no Primeiro Capítulo) e, especificamente, na evolução da responsabilidade civil.

OLIVEIRA, Vanessa Justo. ⁶⁸ O que se pretende com a reparação do dano moral, da forma como é prevista e aplicada pelo ordenamento jurídico brasileiro, é reconfortar, de certa forma, o lesado, condenando o lesante ao pagamento de uma quantia pecuniária, de maneira geral, que, como dito, satisfaça de alguma forma quem ele prejudicou[...]

Passados mais de vinte anos da normatização do dano moral na Lei Máxima do Estado Democrático de Direito, ainda há severas críticas a compensação dos danos extrapatrimoniais pela forma pecuniária.

Ressalvadas as críticas ao sistema econômico vigente, vivemos em um regime capitalista ou neo liberal. Certo ou errado, este é o sistema que vige na imensa maioria dos Estados Democráticos, entre eles o Brasil. Isto quer dizer, que a via pela qual alcançamos os bens materiais é o dinheiro. Não obstante, a forma encontrada para compensar a vítima de danos morais é oferecer um valor com o objetivo de que ele seja convertido em bens ou serviços que confortem o sujeito passivo da agressão.

Imoral ou não, esta foi a forma encontrada por inúmeros países tanto os oriundos da *common law*, quanto os seguidores do sistema germânico-romano.

Entretanto, não se pode optar exclusivamente pela compensação do dano existencial por valor monetário. Há casos em que a compensação pode se dar de forma mais efetiva através de outra medida.

Suponha-se que uma emissora de televisão noticie que um político participou de um esquema fraudulento para um terceiro vencer uma licitação e que esta notícia além de ser transmitida para todo o país, ainda teve um alcance internacional pelos demais meios de comunicação hoje existentes. Contudo, após averigua-se que este político nunca participou do esquema e que a emissora se equivocou quando realizou a edição da matéria.

Neste caso hipotético, talvez, a indenização resumida em uma quantia não seja tão eficaz, quanto uma publicação na mesma magnitude, pedindo desculpa ao político e informando a real situação ocorrida.

Tal possibilidade é perfeitamente aceita e bem-vinda no nosso ordenamento. Porém, há necessidade de atentar a limitação do poder o juiz dentro do processo (artigo do CPC). Ainda que exista entendimento contrário (Anderson Schreiber), defende-se que tal medida só poderá ser deferida se requerida pela parte Autora, pois desta forma se prestigiaria a opção da parte lesada, ao mesmo tempo em que não se atentaria contra princípios do processo civil (princípio da adstrição).

Ademais, nada obsta que a compensação do dano imaterial seja efetivada por uma quantia e por uma obrigação de fazer (**jurisprudência**), devendo, o magistrado, nestes casos redobrar a atenção para que soma desta indenização não extrapole a extensão do dano causado.

Todavia, em que pese novas formas de compensação estejam surgindo e mereçam um detalhado estudo, esta pesquisa atentar-se-á para forma convencional de indenização, qual seja, o arbitramento de um valor pecuniário.

IV. I. A participação o magistrado na quantificação do dano moral

Se o método de aferição do agravo existencial exposto no Segundo Capítulo já exige uma participação ativa e atenta do operador do Direito, a sua quantificação potencializa estas exigências. Isto, porque na arquitetura jurídica existente não há normas expressas nas quais os magistrados e os doutrinadores possam se guiar, deixando o caminho para o arbitramento do dano moral obscuro e impreciso.

Conforme discorrido em diversas passagens desta pesquisa o magistrado na atual fase jurídica não mais, reproduz o Direito, por meio do método da subsunção. Mais, o próprio Direito já não possui o intuito de prescrever normas de aplicação imediata, como se o molde buscasse uma forma que a encaixe perfeitamente. Com o advento da Constituição Federal de 1988 restou claro que a nova ordem jurídica não é uma solução pronta, mas um instrumento a ser construído em cada caso. Diferente de outros países que preferiram regulamentar as formas para compensação dos agravos imateriais, o Brasil concedeu ao magistrado

É dentro desta liberdade que o juiz tem, e nos limites desta, que o seu papel dentro do processo que verse sobre danos existenciais se mostrará mais relevante.

No Código Civil de 1916

IV. c) Dos critérios utilizados para quantificação do dano moral

A dificuldade de traçar um raciocínio científico adequado ao ordenamento jurídico pátrio é tamanha, que na sua ausência, o então Senador Antonio Carlos Valadares criou o projeto de lei n. 150/1999 tabelando os danos imateriais⁶⁹. Entretanto, sabiamente os doutrinadores vêm convergindo no sentido de que a liquidação destes danos pelo magistrado ainda é a melhor forma. Sobre esse assunto Wesley de Oliveira Louzada Bernardo explica:

“Em verdade, é o arbitramento judicial o melhor sistema para a fixação da reparação do dano moral. O juiz, aquele que tem contato direto com as partes, que lhes ouve os depoimentos, que determina as provas a serem produzidas no processo e acompanha tal produção, é o destinatário dos argumentos de ambas as partes, é o sujeito mais indicado para valorar a indenização.”⁷⁰

Para pautar o raciocínio do magistrado na busca do *quantum* a ser fixado na indenização por danos extrapatrimoniais, a jurisprudência adota alguns critérios, os quais passa-se a discriminar:

A extensão do dano como parâmetro para fixação da indenização está prevista no artigo 944 do Código Civil, e por omissão da lei consumerista, é perfeitamente aplicável, e de bom grado, nas relações de consumo. Aqui não se busca uma equivalência absoluta, mas sim, uma compensação que esteja que se aproxime do dano suportado pela vítima.

⁶⁹ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp>

⁷⁰ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada.

Outro critério fortemente utilizado pelos tribunais é o caráter punitivo (*punitive damages*) da indenização. Este instituto foi importado dos países anglo-saxões que dá uma dupla função à indenização civil: a compensação/reparação do dano; e uma multa/pena ao ofensor. Tem o objetivo de desestimular que a conduta geradora do dano volte a se repetir.

O grau de culpa (*lato sensu*) também leva em consideração a reprovabilidade da conduta do ofensor e em muitos aspectos se confunde com o caráter punitivo dado a indenização. Neste critério o juiz além de avaliar o dano, fará um juízo de valor sobre a conduta do ofensor, ou seja, se este agiu de forma negligente, imperita ou imprudente.

Os julgadores também utilizam como parâmetro nas indenizações as condições sócio-econômicas das partes. Quanto a vítima, deve-se levar em consideração o seu grau de instrução, sua profissão, sua condições patrimoniais, pois, dependendo destas variáveis o efeito gerado pela lesão de um bem, poderia repercutir de maneira diferente em diferentes pessoas. Quando ao ofensor, a fixação do dano pode se agravada ou atenuada, dependendo da sua instrução e da sua condição econômica.

Por fim, utilizam-se como critério os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como filtros para que uma parte não enriqueça injustificadamente e a outra não venha a se resumir o seu patrimônio de maneira que atente a sua dignidade.

Observando os parâmetros utilizados pela jurisprudência, pode-se concluir que único critério que se harmoniza com a responsabilidade civil adotada na defesa do consumidor é medir o dano pela sua extensão, uma vez que os demais se utilizam de um alto grau de subjetivismo e estão consubstanciados na culpa.

Sobre este tema segue o entendimento de Anderson Schreiber, que mesmo fazendo referência ao Código Civil, seu ensinamento se encaixa perfeitamente na evolução das relações de consumo e da responsabilidade civil:

“[...] apenas a gravidade do dano se justifica como parâmetro para o arbitramento do dano moral. Todos os demais critérios são

discutíveis e parecem, revelar, em última análise, que a doutrina e a jurisprudência brasileira, têm caminhado, em matéria de dano moral, no sentido oposto à tendência evolutiva da responsabilidade civil. Enquanto a responsabilidade parece dirigir-se à libertação do propósito inculgador – as cortes brasileiras permanecem, em tema de reparação do dano moral, atreladas a parâmetros de nítido teor punitivo, relacionados à conduta e à pessoa do causador do dano, e antagônicos, sob muitos aspectos, à evolução do direito civil e a própria tradição brasileira.”⁷¹

O caráter punitivo da indenização onera o ofensor com uma punição que vai além da extensão do dano que causou, configurando um verdadeiro castigo. Por outro lado, viola-se o princípio do enriquecimento sem causa, já que o ofendido, a título de punição, a qual está inserida no montante da indenização, recebe quantia que não lhe pertence⁷².

O critério que diz respeito a reprovabilidade da conduta também não pode prosperar. Este critério constitui um verdadeiro retrocesso ao processo de objetivação da responsabilidade civil⁷³, pois no primeiro momento, na averiguação da responsabilidade, a culpa “sairia de cena”, mas no momento do *quantum debeat*, ela voltaria então para ser analisada. A utilização deste parâmetro uma aparente contradição sistemática na responsabilidade civil.

A utilização como parâmetro das condições sócio-econômicas para elevar ou diminuir uma indenização evidencia um critério moralista e preconceituoso. Aumentar o valor da indenização por alguém ser economicamente abastado ou porque a vítima não possuía grau de instrução, é punir a pessoa pelo seu desenvolvimento profissional e conceder a vítima um valor que ultrapassa o seu dano. É como transformar o juiz em um justiceiro, que tem na ponta da espada os princípios católicos da idade média.

Quanto aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, estes não são apenas critérios para o arbitramento do valor do dano extrapatrimonial, pois eles permeiam todo o ordenamento jurídico. Mesmo que determinado magistrado utilize apenas como parâmetro o caráter punitivo, ainda, deve atentar para tais balizas.

⁷¹ Anderson – artigo.

⁷² Anderson – artigo.

⁷³ Bernardo.

Portanto, o único critério que se deve ter para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais é a sua extensão. Claro, que isto não soluciona a questão do arbitramento, haja vista que, ainda sim, o julgador terá que presumir a extensão do dano e isto acarreta uma valoração subjetiva. Todavia, a indenização limitada a extensão do dano é a que melhor se harmoniza com o sistema de responsabilidade sem culpa, adotado pelo Código de Defesa do Consumidor.

V. CONCLUSÃO

VI. BIBLIOGRAFIA

BONATTO, Fernanda Muraro. **A quantificação da indenização por dano extrapatrimonial: análise dos critérios jurisprudenciais na determinação do *quantum debeatur***. Revista Direito & Justiça. Volume 37. N. 2. 2011. 136-154;

BITTAR, Carlos Alberto. **Defesa do Consumidor. Reparação de Danos Morais em Relações de Consumo**. Revista dos Tribunais. Direito do Consumidor. Volume V. N. 21. 2002;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1**. Editora Saraiva. 13ª Edição. São Paulo. 2008;

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª. Edição. Editora dos Tribunais. São Paulo. 1998;

CASADO, Mário Mello. **Responsabilidade Objetiva no Código de Defesa do Consumidor. Justificativas, precedentes e análise do sistema nacional**. Revista dos Tribunais. Direito do Consumidor. Volume V, n. 32, 2002, p. 729-768;

CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. Editora Atlas. 8ª Edição. São Paulo. 2008;

DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Volume II. 10ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1997

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. Editora Magalhães. 5ª Edição. São Paulo. 2010;

GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Editora Forense. 1ª Edição. São Paulo 2011;

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Editora Renovar. 4ª Edição. São Paulo. 2009;

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Direito das Obrigações**. Volume XXVI, Editora Borsó, 1958;

OLIVEIRA, Vanessa Justo. **Reparabilidade do dano moral puro: fixação de novos parâmetros de arbitramento do *quantum* indenizatório em vista à problemática de seu caráter axiológico e subjetivo decorrente do livre convencimento do magistrado**. Revista de Direito Privado. Volume 10. N.40. 2009. p. 308-339.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Editora Forense. 2ª Edição. Rio de Janeiro. 1999;

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Volume 4. Editora Saraiva. São Paulo. 2003;

ROSEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Editora Conceito. Santa Catarina. 2009;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2001;

SCHREIBER, Anderson. **Arbitramento do dano moral no novo código civil**. Revista Trimestral de Direito Civil, volume 12, 2002, p. 3-24;

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. Editora Atlas. 4ª Edição. São Paulo. 2012;

VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. Editora Scipione. São Paulo. 2004;

