

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA
VITÓRIA RODRIGUES BRAGA**

**A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS
E SEUS LIMITES NA ESFERA CÍVEL**

**CURITIBA
2021**

VITÓRIA RODRIGUES BRAGA

**A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS
E SEUS LIMITES NA ESFERA CÍVEL**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau em Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

**Orientador: Marcelo Luiz Francisco de Macedo
Bürger**

**CURITIBA
2021**

VITÓRIA RODRIGUES BRAGA

A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS E SEUS LIMITES NA ESFERA CÍVEL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formadas pelos
professores:

Orientador: Marcelo Luiz Francisco de Macedo Bürger

Professor Membro da Banca

Curitiba, 05 de maio de 2021

Dedico esse trabalho, aos meus queridos pais, Ciro e Carla, que nunca me negaram apoio nos momentos de dificuldade.

Ao meu avô Myratam (in memoriam) que sempre me incentivou a escrever e a fazer esse curso.

Às minhas amadas avós, Elocy e Carmem, que sempre incentivaram o meu estudo.

Ao meu companheiro e amigo, Pedro Gorski, sempre muito compreensivo diante dos meus momentos de estresse e ausência.

Ao meu orientador, Marcelo Bürger, por todo apoio, sabedoria e dedicação ao longo desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, quero agradecer a Deus, por ter colocado em meu caminho pessoas iluminadas. Familiares e amigos que me apoiaram nos momentos necessários e me incentivaram a ir até o fim desse e de tantos outros desafios enfrentados no decorrer da vida.

À minha mãe que lidou com muito amor e paciência diante das minhas ausências, sempre atenta e zelosa com o meu estado de saúde devido ao cansaço e as noites de sono perdidas.

Ao meu pai compreensivo, atencioso e curioso, sempre se pondo à disposição para me ajudar de alguma forma e fazendo perguntas sobre o tema que me incentivavam a ir buscar as respostas.

Ao meu namorado que sempre acreditou no meu potencial e me deu uma luz em diversos momentos turbulentos.

A minha irmã, por exercitar em mim a prática diária da paciência e tolerância.

Ao meu grande amigo, Spike, que trouxe paz e inúmeras alegrias nos momentos de esparecimento.

Ao meu orientador, Marcelo, pelas indicações de obras excelentes que serviram de fonte bibliográfica e por toda atenção que teve com o meu trabalho, por meio de seus apontamentos, sempre contribuindo para o enriquecimento do meu conhecimento.

À minha ex-chefe e supervisora de estágio, Cristiane, que sempre se preocupou com o meu processo de aprendizagem e me apresentou diversos casos que contribuíram para o meu conhecimento e interesse sobre o tema.

E a todas as outras pessoas que, de alguma forma, contribuíram para a realização desse trabalho.

Fica aqui o meu sincero agradecimento.

RESUMO

O presente trabalho faz um estudo a respeito dos métodos e critérios utilizados pelos magistrados na quantificação dos danos morais na esfera cível. Busca-se a identificação de um método que proporcione mais segurança jurídica e proporcionalidade no momento da aplicação do valor indenizatório.

Ao longo do estudo, são abordados os principais elementos jurídicos que abarcam o tema. No início, é apresentado o conceito da responsabilidade civil e seus elementos. É feita a diferenciação entre a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, partindo desta última para a definição de seus pressupostos. Adiante, é apresentada a conceituação do dano, suas classificações, com um enfoque sobre o dano moral, situando a problemática dentro do instituto da responsabilidade civil.

Na sequência é feita uma análise das funções da responsabilidade civil admitidas pela doutrina, bem como, as divergências que envolvem este tema. Com base em pesquisa realizada pela FGV, é feita uma correlação entre as funções da responsabilidade civil com os critérios de quantificação adotados pelos tribunais estaduais e federais do país. Também é feita uma análise sobre os valores que costumam ser arbitrados à título de danos morais e sua variação.

Por fim, é apresentado o método adotado pelo STJ e identificado como aquele que melhor atende a quantificação do dano moral no cenário atual.

Palavras-chave: Quantificação dos danos morais. Responsabilidade Civil. Funções da Responsabilidade Civil. Os critérios e limites da quantificação. Danos Morais.

ABSTRACT

The present work makes a study about the methods and criteria used by the judges in the quantification of moral damages in the civil sphere. Aiming, at the end, to identify a method that provides more legal security and proportionality at the time of application of the indemnity amount.

Throughout the study, the main legal elements that cover the theme are addressed. In the beginning, the concept of civil liability and its elements is presented. The differentiation between objective and subjective civil liability is made, starting from the latter to the definition of its assumptions. Furthermore, the concept of damage, its classifications, with a focus on moral damage, situating the problem within the institute of civil liability is presented.

Following is an analysis of the functions of civil liability admitted by the doctrine, as well as the divergences involving this theme. Based on a research conducted by FGV, a correlation is made between the functions of civil liability and the quantification criteria adopted by the state and federal courts of the country. An analysis is also made about the values that are usually arbitrated as moral damages and their variation.

Finally, the method adopted by the STJ and identified as the one that best meets the quantification of moral damage in the current scenario is presented.

Keywords: Quantification of moral damages. Civil responsibility. Functions of Civil responsibility. The criteria and limits of quantification. Moral damages.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Número de Ocorrências de Cada Critério de Cálculo nas Decisões dos Tribunais Estaduais.....	74
Gráfico 2 – Número de Ocorrências de Cada Critério Punitivo nas Decisões dos Tribunais Estaduais.....	75
Gráfico 3 - Número de Ocorrências de Cada Critério de Cálculo nas Decisões dos Tribunais Federais.....	76
Gráfico 4 - Número de Ocorrências de Cada Critério Punitivo nas Decisões dos Tribunais Federais.....	77
Gráfico 5 - Faixas de Valores Arbitrados pelos Tribunais à Título de em Danos Morais	78
Gráfico 6 - Faixas de Valores Arbitrados pelos Tribunais Estaduais à Título de em Danos Morais	79
Gráfico 7 - Faixas de Valores Arbitrados pelos Tribunais Federais à título de Danos Morais	79

LISTA DE QUADROS

Tabela 1 - Constelações Analisadas pelos Tribunais e os Valores Máximo e Mínimo Arbitrados nessas Constelações.....	81
Tabela 2 - Número de Ocorrências de Cada Constelação por Faixa de Valor, Arbitrado à Título de Danos Morais.....	82

LISTA DE SIGLAS

ADPF	-- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC	-- Código Civil
CCF	-- Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos
CDC	-- Código de Defesa do Consumidor
CF	-- Constituição Federal
EUA	-- Estados Unidos da América
FGV	-- Fundação Getúlio Vargas
RESP	-- Recurso Especial
SERASA	-- Serviços de Acessoria S.A/Centralização de Serviços Bancários
SPC	-- Serviço de Proteção ao Crédito
STF	-- Supremo Tribunal Federal
STJ	-- Superior Tribunal de Justiça
TJ	-- Tribunal de Justiça
TRF	-- Tribunal Regional Federal
TRT	-- Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.1 CONCEITO	14
2.2 ESPÉCIES	17
2.1.1 Contratual e Extracontratual	17
2.1.2 Objetiva e Subjetiva	17
3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL SUBJETIVA	21
3.1 CONDUTA HUMANA	21
3.2 ELEMENTO FORMAL/ILICITUDE	22
3.3 ELEMENTO SUBJETIVO/CULPA	24
3.4 NEXO CAUSAL	28
3.4.1 Teoria da Equivalência das Condições	28
3.4.2 Teoria da Causalidade Adequada	29
3.4.3 Teoria da Causalidade Direta/Imediata	30
3.4.4 Teoria Adotada no Brasil	31
3.4.5 Culpa Concorrente da Vítima	31
3.4.6 Concausa	31
3.5 DANO	33
3.5.1 Dano Injusto	36
3.5.2 Dano Patrimonial	36
3.5.3 Dano Extrapatrimonial	37
3.5.3.1 Dano Estético	38
3.5.3.2 Dano Existencial	38
3.5.4 Dano Pela Perda de uma Chance	39
3.5.5 Danos Morais de Tutela Coletiva	39
3.5.5.1 Dano Coletivo	40
3.5.5.2 Dano Social	41
3.5.5.3 Dano Difuso	41
3.5.5.4 Dano Individual Homogêneo	42
4 DANO MORAL	42
4.1 DANO MORAL DIRETO, INDIRETO E RICOCHETE	44
4.2 A REPARABILIDADE DO DANO MORAL	45
4.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A REPARABILIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL	47
4.3.1 Duração dos efeitos da lesão	47
4.3.2 Se há violação de um verdadeiro direito	48
4.3.3 Dificuldade de descobrir a existência do dano	48
4.3.4 Impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro	49
4.3.5 Imoralidade de compensar uma dor com dinheiro direito	49
4.3.6 Amplo poder conferido ao Juiz	50
4.3.7 Impossibilidade jurídica da reparação	50
4.4 CUMULAÇÃO DE DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS	51
4.5 DANO MORAL E PESSOA JURÍDICA	52
5 NATUREZA JURÍDICA DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL	52
5.1 FUNÇÃO COMPENSATÓRIA	54
5.2 FUNÇÃO PUNITIVA	55

6 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA A RESPEITO DAS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	59
6.1 AS CRÍTICAS DE ANDERSON SCHREIBER EM RELAÇÃO À ADOÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	59
6.2 A DEFESA DE NELSON ROSENVALD EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA VISÃO SOBRE A APLICAÇÃO DESSA FUNÇÃO NA AFERIÇÃO DOS DANOS MORAIS	61
7 MÉTODOS DE ESTABELECIMENTO DA QUANTIFICAÇÃO.....	65
7.1 MÉTODO MATEMÁTICO.....	66
7.2 MÉTODO TARIFADO OU TABELADO	67
7.3 MÉTODO DO ARBITRAMENTO JUDICIAL	69
8 CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO UTILIZADOS NOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E FEDERAIS BRASILEIROS	70
8.1 CRITÉRIOS MAIS UTILIZADOS NOS TRIBUNAIS ESTADUAIS	73
8.2 CRITÉRIOS MAIS UTILIZADOS NOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS.....	75
9 MÉTODO E CRITÉRIOS UTILIZADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	84
9.1 EXTENSÃO DO DANO	87
9.2 GRAU DE CULPA DO OFENSOR.....	88
9.3 EVENTUAL CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA.....	89
9.4 CAPACIDADE ECONÔMICA DO OFENSOR.....	89
9.5 CONDIÇÕES PESSOAIS DA VÍTIMA	90
9.5.1 Capacidade Econômica da Vítima	92
9.6 VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.....	93
9.7 RAZOABILIDADE.....	94
10 CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS.....	100

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988, pela literalidade do seu art. 5º, incisos V e X, findou-se a questão que permeava o âmbito jurídico acerca da possibilidade da reparação do dano moral. Todavia, as dúvidas e incertezas que abarcam a matéria passam longe de terem um fim.

Em que pese, atualmente haja uma certeza, de que o ofendido em sua esfera moral pode pleitear uma indenização que compense a dano sofrido, outra dúvida passa a assombrar os magistrados: “Como fazer a quantificação dos danos morais?”. A Constituição Federal, bem como o Código Civil não estabeleceram critérios objetivos que pudessem ser utilizados como base para fixação dessa indenização. O art. 944 do Código Civil se restringe a dizer que “*A indenização mede-se pela extensão do dano*”. Daí outras dúvidas recaem sobre o problema, como deveria ser medida a extensão do dano e se a indenização deve se pautar apenas na extensão do dano.

Isso acaba transferindo aos juízes o poder de decidirem quais critérios são aplicáveis na quantificação dos danos morais, ficando a critério de cada magistrado decidir como quantificar e gerando uma insegurança jurídica entre os valores que são arbitrados à título de danos morais.

Diante disso, esse trabalho tem como objetivo principal, a identificação de um método de quantificação do dano moral que seja razoável, proporcional e respeite a natureza jurídica da indenização. Ao mesmo tempo, busca por meio da pesquisa bibliográfica em doutrinas, jurisprudência, artigos científicos, pesquisas institucionais e demais publicações especializadas, a identificação de critérios minimamente objetivos que facilitem a tarefa dos magistrados no arbitramento do valor.

No início, é feita uma análise do instituto da responsabilidade civil, abordando seu conceito e pressupostos - conduta antijurídica, nexo causal e dano – mostrando ao leitor o contexto onde o dano moral se insere.

Depois é feita uma análise sobre o dano moral, apresentando suas espécies e conceituação, essa última, com base nos ensinamentos tirados do jurista Anderson Schreiber. Logo em seguida, com o intento de evidenciar as razões para a atual admissão da reparação da moral, são apresentados os argumentos que mais foram utilizados antes da promulgação da Constituição de 1988, contrários à reparação do dano moral, bem como a desconstrução de cada um deles pela doutrina atual.

Superada a questão da reparabilidade do dano moral, é apresentada a problemática do trabalho, a dificuldade na quantificação de valores em demandas que versem sobre danos morais e sua relação com a determinação das funções da responsabilidade civil.

São pontuadas as duas principais funções da responsabilidade civil admitidas pela doutrina e jurisprudência, bem como, a divergência doutrinária que existe acerca da admissão da função punitiva na esfera civil.

A fim de esclarecer esses pontos de vistas, são levantadas as opiniões de dois renomados juristas.

O capítulo 6.1 é dedicado exclusivamente a esclarecer a opinião crítica de Anderson Schreiber sobre a incorporação da função punitiva dentro do instituto da responsabilidade civil, enquanto que o capítulo 6.2 é dedicado a opinião favorável de Nelson Rosenvald sobre a admissão da função punitiva. Ao fim da análise dos argumentos defendidos por cada um, identifica-se uma opinião em comum quando se trata da aplicabilidade de critérios de natureza punitiva em ações que versam sobre a quantificação dos danos morais.

Adiante, são abordados os métodos de quantificação de danos morais que costumavam ser utilizados pelos tribunais, antes do reconhecimento pelos juristas de que é vedada qualquer tipo de limitação legal à tutela de direitos da personalidade. O capítulo 7 trata de explicar como os magistrados chegavam ao valor indenizatório por meio dos métodos matemático, tarifado e pelo arbitramento equitativo que hoje é o que vale no nosso sistema jurídico.

Em seguida, com base em pesquisa jurisprudencial realizada pela Fundação Getúlio Vargas, identifica-se quais valores têm sido fixados pelos tribunais estaduais e federais em demandas que versam sobre danos morais, bem como, os critérios que têm sido admitidos. Alguns gráficos, tirados dessa pesquisa, foram juntados ao corpo do texto para facilitar a compreensão do leitor.

Por fim, é feita a análise do método identificado, até o momento, como o mais adequado no arbitramento do valor indenizatório do dano moral, o chamado método bifásico. A análise é feita com base no Recurso Especial nº 1.152.54, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, criador desse método que vem sendo implementado pelo STJ a alguns anos, bem como em trabalhos acadêmicos voltados a análise específica da aplicação desse método pela corte superior.

Encerrando o trabalho, vem a conclusão obtida pela pesquisadora.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 CONCEITO

Antes de adentrar ao tema em si, é pertinente, para além da didática habitual, compreender os elementos que abarcam o tema e já são adotados perante a comunidade jurídica. Parece lógico que na busca da solução para os questionamentos levantados nesse trabalho é preciso entender os conceitos que antecedem a questão, ou seja, é necessário compreender quais são os elementos jurídicos envolvidos na problemática da quantificação dos danos morais para conseguir compreendê-la, e, quem sabe, se chegar a uma solução. Nessa perspectiva, chegamos aos assuntos que serão abordados nesse capítulo, partindo da análise daquilo que a doutrina e jurisprudência entendem e definem como responsabilidade civil.

Citando as palavras de José de Aguiar Dias em seu livro *Tratado de Responsabilidade Civil* “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”.¹ Traduzindo de modo singelo, o que o autor quis dizer é que toda ação advinda de uma pessoa, impõe ao agente da ação a responsabilidade sobre os efeitos advindos do ato.

A indagação que surge nesse ponto seria a respeito do termo responsabilidade: O que ele quer dizer de fato?

Segundo a obra *Novo Curso de Direito Civil 3, Responsabilidade Civil*, dos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020, p. 32), a responsabilidade civil “é a obrigação de cada um responder pela consequência das suas ações” e ainda que “a acepção que se faz de responsabilidade, portanto, está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, em função da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*”.

Na obra, a responsabilidade civil é compreendida como uma obrigação derivada de um **fato jurídico *lato sensu***, fato esse que pode ser identificado como um ato ilícito extracontratual ou um ilícito contratual.

¹ AGUIAR José Dias, 1994, apud STOLZE Pablo; FILHO Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil 3: Responsabilidade Civil**. 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1.

Em conformidade com esse entendimento, Sérgio Cavalieri Filho² em sua obra, também conceitua a responsabilidade civil:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. **Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompôr o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.** (grifado)

Nesse sentido, o autor afirma que a responsabilidade se trata de um dever jurídico derivado do descumprimento de outro dever jurídico primário (o cumprimento dos deveres impostos pela lei). Para Cavalieri, aquilo que se entende por responsabilidade não pode ser confundido com o que se entende por obrigação, já que, na visão do autor, a obrigação se relaciona com um dever jurídico originário, enquanto que a responsabilidade, com um dever jurídico secundário³. Ao igualar esses conceitos estaria se confundindo a consequência com a causa dela.

Embora haja essas particularidades entre os conceitos, a ideia principal que se tem do instituto permanece a mesma em ambas as fontes, vislumbrando a responsabilidade civil como um dever secundário, imposto pelo Estado, através da lei, sobre a pessoa que gerou o dano, em consequência do seu ato violador de uma obrigação anterior.

Explanado o conceito de responsabilidade civil, por suas diversas perspectivas doutrinárias e compreendido por fim, que se trata de um dever jurídico sucessório de um dever principal, cabe um tratamento mais aprofundado a respeito desses deveres que compõe o instituto sob análise.

O primeiro dever jurídico que parece ser o mais evidente, trata-se do dever originário inerente a todos os cidadãos, qual seja o dever de cumprir com as normas do ordenamento jurídico.

A ordem jurídica, com o objetivo de possibilitar o convívio social harmonioso, estabelece deveres na forma de normas que de acordo com a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos (de dar, fazer, ou pagar) ou negativos (de

² FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 2.

³ Id.

não fazer).⁴ Não se trata de um simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que **impor deveres jurídicos importa criar obrigações**.⁵ O descumprimento desse dever de modo voluntário que gera dano a um terceiro é denominado de ato ilícito. Comete ato ilícito nos termos do art. 186 do Código Civil, aquele que por ação ou omissão (conduta), voluntária (dolosa), negligência ou imprudência (culposa), viola direito (ato ilícito) e causa dano a outrem (dano), ainda que exclusivamente moral. Desse modo, conclui-se que o ato ilícito pode derivar de uma conduta ativa, ou seja, de uma ação, como também pode vir de uma conduta omissiva. Além disso, é um dos pressupostos que ensejam a aplicação da responsabilidade civil.

Do descumprimento dessa obrigação advinda do dever primário, surge o segundo dever jurídico, qual chamamos de responsabilidade civil. Trata-se da imposição legal atribuída ao agente violador da norma, de **reparar o dano que tenha ocasionado a outrem**. Esse comando imposto por força da lei é o que a doutrina chama de obrigação legal sucessória, pois está vinculada ao descumprimento de uma obrigação principal. Esse dever de reparar tem previsão no art. 927 do Código Civil que estabelece: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

Importante frisar que na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo* ante, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização ou de uma compensação, enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade, restritiva de direitos ou mesmo pecuniária⁶

Portanto, em síntese, entende-se que a responsabilidade civil se trata do dever jurídico sucessório, de reparar os danos causados a outrem, advindos de ato violador do dever jurídico originário imposto pela lei.

Pois bem, a partir disso, cabe mencionar quais são as espécies da responsabilidade civil.

⁴ FILHO, 2012. p. 1.

⁵ Ibid., p. 2.

⁶ STOLZE; FILHO, 2020. p. 34.

2.2 ESPÉCIES

Agora que ficou claro o que é a responsabilidade civil, necessário mencionar que ela é dividida em duas, a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual, considerando como fator diferenciador, o tipo de dever jurídico violado⁷.

2.1.1 Contratual e Extracontratual

A primeira, também conhecida como ilícito contratual, ilícito relativo ou ilícito negocial, deriva da **violação de um dever estabelecido em contrato**. Entende-se que este tipo de responsabilidade incide quando preexiste um vínculo obrigacional e o dever se mostra consequência do inadimplemento acordado entre as partes.⁸

Agora, quando o dever surge **em virtude da violação de um dever legal**, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, como é o caso da violação à moral do indivíduo, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.⁹ A responsabilidade extracontratual está vinculada a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei, gerado sem a interferência de um contrato.

Em síntese, o dever sucessório atribuído à responsabilidade pode advir da violação de um dever legal ou do descumprimento da vontade das partes no momento da celebração de um negócio. Quando advindo da lei, se trata da responsabilidade extracontratual e quando vem da vontade das partes, se refere à responsabilidade contratual.

2.1.2 Objetiva e subjetiva

⁷ FILHO, 2012. p. 16.

⁸ Id.

⁹ Id.

Como subdivisões, as responsabilidades objetiva e subjetiva inserem a análise do elemento culpa a *lato sensu* dentro das noções de responsabilidade civil.

A priori, cabe definir a responsabilidade subjetiva.

Na responsabilidade subjetiva há uma análise indispensável do elemento culpa para que haja a responsabilização do ofensor.

Para a caracterização da responsabilidade civil se faz necessária a análise de três pressupostos, a conduta ilícita do agente, o nexo causal e o dano. Além disso, quando falamos de responsabilidade subjetiva há também a análise das razões que motivaram a conduta ofensiva, ou seja, é analisada a presença do elemento volitivo conhecido como culpa. Nessa espécie de responsabilidade, o agente causador do dano, além de ter cometido o ilícito e gerado o dano, também deve ter agido com dolo (intenção) ou culpa (negligência/imprudência/imperícia). Em outras palavras, se trata da responsabilização que se imputa ao indivíduo que violou um dever jurídico, partindo-se da ideia que ele tinha ou deveria ter a consciência a respeito das consequências ilícitas e danosas do seu ato.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves¹⁰:

A teoria clássica, também chamada de teoria da culpa ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa (em sentido *lato*, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito) passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.

Essa análise e incidência do elemento culpa na responsabilidade civil teve suas origens na antiguidade clássica, em Roma, como uma tentativa de afastamento da aplicação da *poena* (pena) em um sentido predominantemente vingativo. A famosa Lei de Talião, conhecida pela severidade que regia a aplicação das penalidades, identificava a responsabilidade sem a análise do elemento culpa, tendo como elementos de análise apenas a conduta ensejadora do dano e o nexo de causalidade.¹¹

As penalidades para o ilícito eram muito duras na tentativa de reparação do prejuízo. Por vezes, as medidas acabavam ferindo direitos indisponíveis do sujeito que era considerado culpado por presunção. Surgiu então um consenso de que não

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil, direito das obrigações:** parte especial – responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 20.

¹¹ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 3.

bastava a quebra do dever jurídico para imputar a responsabilidade a uma pessoa. A análise das intenções e do modo de agir por trás do ilícito resultou na introdução pelo direito romano da responsabilidade subjetiva, fundada na análise da culpa.

Para os romanos, deveria ser analisado o elemento subjetivo culpa, já que ela teria sido a causa ensejadora da quebra do dever e do dano.

Importante ressaltar que a culpa estudada na contemporaneidade e adotada pelo nosso Código Civil, tem forte influência religiosa e cristã, decorrente da ideia de pecado e de castigo que foi incorporada na Idade Média. Já a culpa romana não sofria esse tipo de valor, sendo apenas um dado accidental, eis que constituía seu fator fundamental.¹² A culpa era encarada como fator de causalidade do agente em relação ao dano, ou seja, ao ofensor era imposta a reparação por ter agido com culpa e isso ter dado causa ao dano e não por ter desejado causar esse dano. Ora, embora a culpa entre no vocabulário que define o percurso dessa causalidade, ela não tem, no direito romano, uma importância tão fatídica quanto terá depois, a partir da leitura cristã no período medieval¹³

Em um salto histórico da antiguidade para a modernidade, a culpa foi elemento estruturante de muitas codificações que surgiram à época. Dentre todas, se destaca a codificação francesa de 1804, o Código de Napoleão, norma que respaldou muitos outros códigos na Europa e posteriormente, nas Américas.¹⁴ O Código Francês influenciou o Código Civil Brasileiro de 1916, o qual, em seu art. 159, previa que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”, assim como no Código atual que elege o dolo e a culpa como fundamentos do ato ilícito enquanto que estabelece no art. 927 o dever de reparar tal ato.

Outros dispositivos do então Código Civil brasileiro estruturavam a responsabilidade civil na culpa, como aqueles relacionados ao inadimplemento das modalidades obrigacionais e à responsabilidade contratual.

Contudo, a Revolução Industrial trouxe, além de seus inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional, novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa, já que na concepção subjetiva clássica, a vítima só obtinha a reparação do dano se comprovasse a culpa do

¹² TARTUCE, loc.cit.

¹³ Ibid., p. 5.

¹⁴ Ibid., p. 6.

agente, o que não se mostrava uma tarefa fácil na sociedade moderna e que por vezes impedia que houvesse uma reparação por danos ocasionados por empresários desse período.¹⁵

Nesse momento da história, diversos trabalhos acadêmicos e jurídicos ressuscitaram a incorporação da teoria objetiva no âmbito jurídico, dessa vez, sob um viés mais moderno, voltado à forte realidade industrial da época, trazendo uma nova teoria sobre a aplicação da responsabilidade, a chamada Teoria do Risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos e agora, amplamente pelo Código Civil, a exemplo do parágrafo único do seu art. 927.

Sobre a percepção que se tem da Teoria do Risco segue trecho da obra de Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 21) que elucida de modo bem didático a questão:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para essa teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum ibi onus*, isto é, quem auferir os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos ou riscos), ora mais genericamente, como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo, em razão de uma atividade perigosa, ora, ainda, como “risco profissional”, decorrente da atividade ou profissão do lesado, como ocorre nos acidentes do trabalho.

Com isso, conclui-se que o Código Civil Brasileiro impõe, via de regra, a responsabilidade subjetiva diante dos atos ilícitos, todavia, em certos casos, incide a responsabilização do ofensor pelo dano cometido, independente de culpa. Quando isso acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque não depende da comprovação da culpa para sua incidência, se satisfazendo apenas com o dano e o nexo de causalidade.

¹⁵ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 18.

3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL SUBJETIVA

Sendo o ato ilícito, conforme já assinalado, um dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, chegou o momento de esclarecer quais são os demais.

Há que se esclarecer primeiramente que se tratam de alguns pressupostos: a violação de um dever jurídico originário, mediante conduta humana e voluntária do ofensor (ilicitude); o elemento subjetivo, tratado como culpa lato sensu que incorpora em seu conceito o dolo ou a culpa *stricto sensu*; o nexo causal que liga a conduta ofensiva do agente a produção do dano e por fim o próprio dano.

Esses três pressupostos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, como já foi realizada em tópico anterior¹⁶.

Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta humana culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil¹⁷.

Os pressupostos aqui examinados são comuns à responsabilidade contratual. A única diferença é que na responsabilidade contratual a prova da culpa é limitada à demonstração de que a prestação foi descumprida.

Nas próximas páginas serão examinados, um a um, esses pressupostos.

3.1 CONDUTA HUMANA

A conduta humana é um pressuposto basilar da responsabilidade civil, já que essa se trata de um dever jurídico. Quando se fala de dever jurídico, naturalmente se fala de uma condição imposta pela lei a uma pessoa. No caso da responsabilidade civil, esse dever está diretamente atrelado a uma situação prejudicial a terceiro, ocasionada por uma ação ou omissão humana. Essa ação ou omissão ensejadora do dano é o que se chama de conduta humana.

¹⁶ Cf. página 13 deste documento.

¹⁷ FILHO, op. cit, p. 19.

A segunda observação a ser feita diz respeito a origem dessa conduta, obviamente, como o nome já indica, só há o dever jurídico de reparar o dano derivado de uma conduta humana, ou seja, uma conduta motivada pela vontade do ser humano. Nós humanos, como seres racionais que somos, agimos ou deixamos de agir motivados pela consciência, o poder de refletir e escolher como agir em cada situação. A ação é guiada por uma voluntariedade adquirida após essa reflexão sobre ela, ou seja, ao ser humano é atribuída a capacidade de discernimento para ter consciência daquilo faz. Os que não possuem isso, são inimputáveis.¹⁸ Em razão disso, o legislador estabelece que ato ilícito é “*aquele que, por **ação** ou **omissão voluntária**...*”.

Desse modo, a lei não permite que se atribua responsabilidade a uma pessoa por um fato que sucedeu sem que essa tivesse consciência dele, de tal modo que não se pode reconhecer o elemento “conduta humana”, pela ausência do elemento volitivo.

O que se tenta fazer claro é que, apenas o homem, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado por suas condutas ou por aquelas em que tiver participado, sejam elas ativas (ações) ou negativas (omissões), desde que estas tenham sido praticadas voluntariamente.¹⁹

Observe-se, por fim, que o Código Civil brasileiro, além de disciplinar a responsabilidade civil por ato próprio, reconhece também espécies de responsabilidade civil indireta, por ato de terceiro ou por fato do animal e da coisa (art. 932). Nestes casos, pode se argumentar que inexistente a conduta voluntária do pretense responsabilizado, todavia, em tais situações, ocorrem omissões ligadas a deveres jurídicos de custódia, vigilância ou má eleição de representantes, cuja responsabilização é imposta por norma legal.

3.2 ELEMENTO FORMAL/ILICITUDE

Entende-se, por ato ilícito a conduta voluntária violadora de um dever jurídico primário, que se exterioriza através de uma ação ou omissão, que causa dano a terceiro e produz consequências jurídicas.

¹⁸ STOLZE; FILHO, 2020. p. 59.

¹⁹ Id.

A ação ou omissão é o elemento físico, objetivo da conduta, sendo a vontade o seu elemento psicológico, subjetivo.²⁰

Segundo, Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves Farias e Felipe Braga Netto²¹ o ato ilícito civil é um fato jurídico que pressupõe a existência de dois elementos, a antijuridicidade e a imputabilidade. A antijuridicidade sendo a conduta contrária ao ordenamento jurídico e a imputabilidade como a capacidade do indivíduo de receber a imputação pela possibilidade de compreensão do caráter ilícito da conduta que se pratica.

Importante mencionar que a compreensão sobre o ato ilícito civil nem sempre foi essa. Sua definição sofreu algumas modificações com a instituição do Código Civil de 2002.

Com a mudança legislativa apresentada no art. 186, a lei passa a exigir para caracterização da conduta ilícita a lesão do direito e o dano reparável, superando a ideia de ilícito civil pela simples presença de uma violação ao direito alheio, como constava da codificação anterior.²²

Além do acréscimo da locução “e”, o código de 2002 passou a prever na letra do art. 187, a possibilidade do ato ilícito, mesmo que o sujeito tenha agido dentro do exercício de seu direito. Tal figura tem caracterizada a ilicitude não pela ação/omissão em si, mas pelo modo como ela ocorre, identificada pelo excesso em seu emprego, de tal modo que acaba por causar prejuízo a outrem. É o chamado abuso de direito.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 31):

Prevalece na doutrina, hoje, o entendimento de que o abuso de direito prescinde da ideia de culpa. Ocorre tal fato quando o agente, atuando dentro dos limites da lei, deixa de considerar a finalidade social de seu direito subjetivo e dele exorbita, ao exercê-lo, causando prejuízo a outrem. Embora não haja, em geral, violação aos limites objetivos da lei, o agente desvia-se dos fins sociais a que esta se destina.

Voltando a essência do estudo do ilícito civil, a segunda modificação a ser apontada quanto ao art. 186 do Código Civil brasileiro de 2002, perante o seu correspondente na codificação anterior (art. 159 do CC/1916), é a menção ao “dano

²⁰ Ibid., p. 25.

²¹ ROSENVALD Nelson; FARIAS Cristiano Chaves; NETTO Felipe Braga. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 188.

²² TARTUCE, 2020. p. 66.

exclusivamente moral”, ou seja, aquele sem qualquer repercussão material. Na realidade não se trata de grande novidade e sim de uma reafirmação da previsão estabelecida no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal que prevê a possibilidade de se reparar o dano moral.²³

Para encerrar o estudo do ato ilícito civil, é pertinente trazer a classificação do ato ilícito realizada por Pontes de Miranda, no sentido desse poder ser nulificante, quando gera a nulidade absoluta de um negócio. Indenizante, quando é atribuído o dever de reparar, ou seja, **a responsabilidade civil** e caducificante, caso ocasione a perda de direitos, como do poder familiar.²⁴

Em suma, nas hipóteses de ilícito civil nulificante e caducificante, não se cogita a presença do dano para que gere o resultado da invalidade. Logo, conclui-se que somente o ilícito civil indenizante é condicionado à existência de um dano, conforme a redação do art. 927, *caput*, do Código Civil brasileiro.²⁵

3.3 ELEMENTO SUBJETIVO/CULPA

O art. 186 do Código Civil estabelece a definição de ato ilícito, como a ação ou omissão (conduta humana), violadora de direito (dever jurídico primário) que causa prejuízo a outrem (dano) e decorre da vontade ou negligência, imprudência do ofensor (culpa). Ao mencionar a vontade e a indiligência do agente por trás da sua conduta, o código nos aponta a necessidade da análise do elemento subjetivo culpa, para que haja a incidência da responsabilidade civil. Nesse viés subjetivo, só se pode exigir a reparação do dano, se restar demonstrado que o agente agiu ilicitamente e com culpa.

Mas afinal, o que é considerado um agir culposos na esfera cível?

Para o ilustre magistrado Carlos Roberto Gonçalves²⁶:

Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito, o que só pode ocorrer quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo.

²³ Ibid., p. 70.

²⁴ Ibid., p. 71.

²⁵ TARTUCE, loc. cit.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 488.

Na definição do jurista, a previsibilidade do dano é um fator inerente ao elemento da culpa, de certo que o agente no momento de agir ou se omitir, sabia ou deveria saber das conseqüências que derivariam do seu ato, estando em seu poder evitar que o dano ocorresse, contudo, por não tomar a devida cautela e atenção, sua conduta acaba resultando na violação do direito alheio consumando o ato ilícito, ao ponto de merecer a censura do direito e a imposição do dever de reparar o ilícito.

Para estabelecer qual a conduta exigível do agente, ou seja, para definir se a conduta foi culposa, a jurisprudência tem utilizado consensualmente o critério do homem médio que se trata de uma análise comparativa entre a conduta sob julgamento, com aquela que se espera do *homo medius* (homem médio), que nada mais é do que qualquer indivíduo diligente capaz de prever o mal e precavidamente evitar o perigo²⁷.

Nessa perspectiva se analisa qual seria a conduta praticada pelo homem médio em mesma situação em que se encontrava o agente da conduta supostamente ilícita em análise. Se constatado que o homem médio teria agido de modo **diverso** do agente, entende-se que a conduta do agente é culpável. Além disso, o autor comenta o emprego pelo Código Civil da culpa em *lato sensu* (sentido amplo) que abrange o dolo, quando inclui a voluntariedade por trás da conduta e a culpa *stricto sensu* (sentido estrito), ou aquiliana, mencionando a imprudência e negligência.

Fazendo um breve adendo entre as diferentes situações incorporadas pela culpa estrita, na conceituação da imprudência, se entende que houve uma falta de cautela no agir, demonstrando um descaso do ofensor pelos interesses alheios. Já na negligência, a característica predominante e ensejadora do dano é a falta de atenção. Em uma ramificação da negligência, se encontra a imperícia, que se entende pela falta de cuidado/atenção técnico-profissional.

Todas essas espécies de culpa *stricto sensu* possuem seus níveis de gravidade (culpa grave, culpa leve e culpa levíssima), que ao contrário da esfera penal, na maior parte dos casos não interferem na fixação da indenização.²⁸ Em geral, não se mede o dano pelo grau de culpa, o montante do dano é apurado com base no prejuízo comprovado pela vítima. Todo dano provado, gerado de um ilícito

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, Direito das Obrigações**: Parte Especial – Responsabilidade Civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 15.

²⁸ Id. 2020, p. 490.

culpável, deve ser indenizado, qualquer que seja o grau de culpa, contudo, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (CC, art. 944, parágrafo único).

Retomando as definições doutrinárias desse elemento tão importante, seguimos com a conceituação dada por José Aguiar Dias²⁹, que define culpa como sendo:

A falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.

Em contraposição, para Rosenthal, Farias e Netto (2019 p. 240):

A noção de culpa foi progressivamente depurada dos elementos éticos individuais para se configurar em termos objetivos como desconformidade do comportamento do agente a respeito de parâmetros que se manifestam em grau de tolerabilidade social do risco introduzido pela conduta do agente. Trata-se então de medir a conduta desenvolvida pelo agente com padrões objetivos.

Para esses autores, a culpa não deve ser medida por padrões genéricos e morais que se alteram com o tempo e não se mostram aplicáveis em todos os casos, a exemplo do “bom pai de família”, assim como, não se deve utilizar um parâmetro geral e mediano, pois o homem médio nem sempre tem a compreensão necessária para servir de comparação com determinadas condutas que só se exigem de pessoas especializadas.³⁰

O padrão de análise deve se afastar do que é considerado ético “no geral” e se aproximar de padrões objetivos. A título de exemplo, o autor cita que um médico ao ser julgado por sua conduta prestada em decorrência da sua atividade profissional, não poderia ter como parâmetro de análise a conduta que seria tomada em seu lugar por um indivíduo mediano e alheio às circunstâncias que permeiam sua profissão, por mais justo e diligente que esse indivíduo demonstre ser, pois este, não tem a compreensão técnica necessária para que seu agir possa ser equiparado a de um médico. O parâmetro de análise, nesse caso, deve ser a conduta de outro médico, com igual função e especialização, se possível, para que possa se aproximar o máximo de uma análise coerente e justa das condições enfrentadas

²⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 8º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 149.

³⁰ ROSENVALD; FARIAS; NETTO 2019. p. 240.

pelo agente no momento do ato.³¹ Desse modo, para Rosenvald, Farias e Netto³², a conduta esperada do agente, será aquela esperada dentro de parâmetros específicos a situação enfrentada. Na obra dos juristas:

Constatada a prática de um ato ilícito (antijuridicidade + imputabilidade), convém então sopesar o grau de cuidado do indivíduo com aquele medianamente desejável para pessoas que se encontrem em parâmetros específicos semelhantes, ou seja, o fundamental é identificar o agir no caso concreto com o proceder esperado de uma pessoa com similar base intelectual, praticante da mesma atividade em certo tempo e local. Serão considerados os elementos externos e internos.

Sob esse viés, os autores afastam a necessidade da análise das particularidades de cada indivíduo para descobrir se a estrutura psíquica do agente comporta a aptidão para atender a determinado padrão de comportamento.³³

Segundo o autor:

Com a pluralização dos modelos de conduta e a sua identificação com níveis razoáveis de diligência, será despiciendo para o exame do caso concreto se o ofensor era dotado de escasso preparo para prever o ilícito ou mínima consciência de que poderia causar danos, a não ser, evidentemente, nos casos de inimputabilidade por falta de discernimento.³⁴

Em linhas gerais, se conclui que a culpa é o elemento subjetivo da responsabilidade civil, essa tem sua análise na maior parte dos casos como pressuposto para incidência da responsabilização, entretanto, em situações específicas, diante das dificuldades para sua comprovação, sua análise torna-se dispensável, normalmente nos casos em que advém implicitamente de um risco assumido.

Quando sua análise se mostra necessária (aplicação da responsabilidade subjetiva), o critério de análise mais utilizado no meio jurídico é o do homem médio, onde há uma comparação entre a conduta praticada pelo ofensor e aquela que é esperada de um indivíduo diligente em mesma situação, ou como é sugerido pelos autores supracitados, não apenas em mesma situação, como em mesmo grau de conhecimento e especificidade em relação aos estímulos externos que motivaram a conduta. À medida que essa conduta sob análise se afasta daquela esperada do

³¹ ROSENVALD; FARIAS; NETTO, loc.cit.

³² Ibid., p.239.

³³ Id.

³⁴ Ibid., p. 240.

homem médio, identifica-se a culpa e seu grau. Contudo, esse último pouco interfere na atribuição da reparação, já que ela é proporcional a extensão dos danos e não a subjetividade que o permeia.

3.4 NEXO CAUSAL

Para que seja imputada uma condenação reparatória ao agente causador do dano, antes se deve provar que o dano decorreu da conduta praticada pelo agente. A essa relação entre causa e efeito se denomina nexo causal ou nexo etiológico.

Sua análise vem expressa no verbo “causar”, empregado no art. 186. do códex. Desse modo, sem a sua demonstração, não há o dever de reparar. Apesar de sua alta relevância, não raras vezes esse pressuposto é compreendido de modo equivocado. A fim de desenvolver melhor compreensão sobre essa questão, serão abordadas as três principais teorias explicativas sobre o nexo causal.

3.4.1 Teoria da Equivalência das Condições

A primeira é a Teoria da Equivalência das Condições. Esta teoria não diferencia as condutas pretéritas ao dano, de forma que, tudo aquilo que concorra para o resultado será considerado causa. Por isso se diz “equivalência de condições”, pois todos os fatores causais se equivalem, caso tenham contribuído de alguma forma para o resultado.³⁵

A título de exemplo, se uma pessoa compra um sanduíche congelado em um supermercado e na embalagem do produto consta que está dentro do prazo de validade, porém, quando chega em casa e descongela o sanduíche descobre que está estragado, há evidente presença do dano material, porém cabe a análise se esse dano é merecedor de reparação.

Primeiro resta averiguar se o sanduíche estragou em decorrência de uma conduta humana. Se sim, cabe análise de quem a cometeu. Supondo que o sanduíche foi mal armazenado pela transportadora e que o supermercado não verificou suas condições no momento da chegada, resignando-se a colocá-lo junto aos outros no refrigerador, nesse caso, identifica-se uma conduta ilícita, tanto por

³⁵ STOLZE; FILHO, 2020. p. 130.

parte da transportadora que não armazenou os produtos do jeito esperado, resultando na entrega de um produto viciado, quanto do supermercado que não teve a cautela de averiguar as condições em que os produtos chegaram. Desse modo, ambos assumem o risco do negócio e geram um prejuízo para o consumidor.

Pela Teoria da Equivalência das Condições, o nexó está presente tanto em relação à conduta do mercado, quanto à conduta da transportadora. A soma da conduta desidiosa da transportadora com a assunção do risco pelo mercado concorrem para a incidência do resultado danoso que foi a compra de um produto estragado. Nesse caso, o nexó causal recai sobre as duas empresas e a terceira prejudicada poderia pedir ressarcimento tanto em relação ao mercado como em relação à transportadora.

Caio Mário³⁶ explica bem essa teoria no seu livro Responsabilidade Civil, quando cita o civilista belga DE PAGE, cujo trecho destaco:

Em sua essência, sustenta que, em havendo culpa, todas as 'condições' de um dano são 'equivalentes', isto é, todos os elementos que, 'de uma certa maneira concorreram para a sua realização, consideram-se como 'causas', sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo.

Essa teoria admite as causas de uma maneira bem ampla, já que para ela qualquer antecedente que tenha participado da cadeia de fatos ensejadora do dano pode ser considerado causa. Com isso em vista, alguns questionamentos surgem a respeito dessa teoria, afinal, partindo dessa ideia, a cadeia causal pode ser infinita ou inviavelmente longa, abrindo espaço para o surgimento de outra teoria no cenário civilista.

3.4.2 Teoria da Causalidade Adequada

Diferente da Teoria da Equivalência, nesta teoria, não se considera causa toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado, mas sim, apenas o antecedente mais apto a desencadear o dano.³⁷

Nas palavras de Cavalieri³⁸, "*causa, para ela, é o antecedente, não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as*

³⁶ PEREIRA Caio Mário, 2000, apud STOLZE; FILHO, 2020, p. 130.

³⁷ STOLZE; FILHO, 2020. p. 132.

condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento”.

A ideia é a de que há apenas **uma** relação de causalidade adequada entre o fato e o dano. A relação adequada é aquela que é apta à efetivação do resultado, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida. Para determinação de causa se conta com um juízo razoável de probabilidade, baseado na experiência do julgador.

Comparada com a doutrina anterior que gera levantamentos questionadores quanto sua abrangência, essa é mais restrita, entretanto, apresenta o inconveniente de admitir alto grau de discricionariedade do julgador, a quem resta avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, causa do resultado danoso.³⁹

3.4.3 Teoria da Causalidade Direta ou Imediata

Desenvolvida, no Brasil, pelo professor Agostinho Alvim, em sua obra *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, para esta teoria, a causa seria apenas o antecedente fático cuja presença é imprescindível para a produção do resultado danoso, sendo o dano, uma consequência direta e imediata dela⁴⁰.

Desse modo, caso advenha uma conduta superveniente, ainda que relativamente independente dos acontecimentos, essa impede que se estabeleça o elo entre a causa e agente a depender da situação⁴¹.

Ex: Uma pessoa desfere golpe contra outro indivíduo que cai no chão bate a cabeça e desmaia. O amigo do ferido, observando a cena, em busca de ajudá-lo, coloca seu amigo no interior do seu carro e se direciona até o hospital mais próximo, dirigindo em alta velocidade. No decorrer do caminho, o carro capota e o ferido morre.

Quem responde pela morte é o amigo que gerou o último antecedente causal e que se relaciona diretamente com o resultado morte, nesse caso, dirigindo em alta velocidade. Quem bateu no morto não pode responder pela morte, pois o ato de ter caído e batido a cabeça não vincula diretamente ao episódio morte. Outras

³⁸ FILHO, 2012. p. 51.

³⁹ STOLZE; FILHO, 2020 p.134.

⁴⁰ Id.

⁴¹ STOLZE; FILHO, loc. cit.

intermediações poderiam ter evitado isso, porém o fato do carro ter capotado pela imprudência do amigo no volante é fato que não pode ser dissociado do resultado danoso.

3.4.4 Teoria Adotada no Brasil

Seguindo o mesmo entendimento de Pablo Stolze e Gagliano⁴² a teoria que mais se amolda ao que dispõe o nosso Código Civil é a da Causalidade Direta que pela letra do art. 403 do CC, fala em efeito direto e imediato *“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**, sem prejuízo do disposto na lei processual”*.

3.4.5 Culpa Concorrente da Vítima

Resta claro que só há imposição do dever de reparar se a pessoa que vir a receber a imputação tiver praticado a conduta resultante do dano, contudo, não foi abordado o que ocorre quando a própria vítima favorece a ocorrência do dano.

Há situações em que as duas partes, tanto autor, como réu, têm sua parcela de culpa na produção do resultado danoso. Nestes casos, fala-se em “concorrência de causas ou de culpas”, situação em que a indenização deverá ser proporcional ao grau de participação do ofensor. Lembrando que só há condenação pela existência da desproporcionalidade da culpa, pendendo essa balança sempre pro lado do ofensor.

3.4.6 Concausa

Como quer CAVALIERI, trata-se de *“outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia nem interrompe o nexo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal”*⁴³.

⁴² STOLZE; FILHO, 2020 p. 138.

⁴³ FILHO, 2012. p. 62.

Embora essa explicação seja boa para visualizar a situação, há situações em que essa definição não se aplica. Isso ocorre naqueles casos em que a concausa se torna a causa principal do resultado danoso interrompendo o nexo causal entre a primeira causa derivada da conduta do agente.

Para que fique mais claro, é importante entender que nem sempre a concausa está ligada a conduta do agente. Na realidade, a concausa pode ser classificada em duas: concausas absolutamente independentes em relação a conduta do agente e concausas relativamente independentes em relação a conduta do agente⁴⁴.

Quando a concausa não tem relação alguma com a conduta praticada pelo ofensor, ela mesma cria suas consequências, podendo gerar o resultado danoso antes mesmo da conduta humana praticada. Neste caso, a concausa cria um novo nexo causal próprio que concorre com o nexo instaurado pelo ofensor.

É como se fosse uma espécie de corrida entre eventos causais onde o nexo derivado da conduta do agente é acionado com o apito da largada, o nexo instaurado pela concausa é um corredor que sempre esteve ali que pode vir a ultrapassar a conduta do agente, ou reforçar sua vitória. A concausa pode começar a correr antes da largada, no momento da largada ou depois dela. Em cada situação há uma análise diferente.

Quando a concausa é absolutamente ou relativamente independente da conduta humana, ela pode ser preexistente, concomitante ou posterior a ela. Mas, tratando primeiro da concausa absolutamente independente, nesse caso, não há relação alguma com a conduta do agente e não interfere muito saber se ela é preexistente concomitante ou posterior a conduta do ofensor. Se o dano deriva dela, então o nexo causal que se iniciou da conduta humana é cortado e ao agente do ilícito não poderá mais ser atribuída a responsabilidade civil, isso porque, uma pessoa só pode responder por aquilo que deu causa, se o dano derivou de outro fator independente da conduta do agente, esse não deve responder por ele.

Já para as concausas relativamente independentes da conduta do agente, saber o momento em que elas ocorreram tem sua importância. Se a concausa for relativamente independente da conduta humana e for preexistente ou concomitante, ela se encaixa no conceito de Sérgio Cavalieri mencionado anteriormente, isso porque

⁴⁴ STOLZE; FILHO, 2020 p.143.

guardam sua relação de dependência com o nexo causal gerado pela conduta humana, ou seja, sua existência não gera um novo nexo causal, mas se soma ao que foi criado pela conduta do agente.

Agora, se a concausa é posterior a conduta, mesmo que relativamente independente dela, deve se tomar cuidado e analisar se ela não determina, por si só, o evento danoso. Se isso ocorrer, haverá rompido o nexo causal, excluindo a responsabilidade do sujeito infrator, assim como ocorre na concausa absolutamente independente⁴⁵.

A ideia aqui é sempre se indagar “Se essa concausa não tivesse ocorrido, o dano ainda teria se concretizado?”. Se a resposta for negativa, estamos diante de um rompimento do nexo causal entre conduta do agente ofensor e dano e esse não poderá responder pelo dano. Agora, se a resposta for positiva, o nexo se mantém intacto e o agente deverá ser responsabilizado.

3.5 DANO

Outro pressuposto condicionante para a incidência da responsabilidade civil é o dano. Isso porque não há razão em imputar a reparação ou compensação de algo, se não há nada para ser reparado ou compensado.

Esse pressuposto está diretamente ligado com as origens fundantes desse instituto, as motivações para criação de um dever com base na ruptura de outro se fundamentam nos danos que essa desobediência gera.

Nesses termos, pode se conceituar o dano, em sentido genérico, como sendo a lesão ao interesse alheio, ou seja, a lesão a outrem.

O dano pode ser derivado de uma conduta ou fenômeno natural, razão pela qual existe uma diferença entre o dano e dano indenizável, ou como costuma ser dito pelos doutrinadores, dano injusto.

A palavra “dano”, que decorre do latino *damnum*, pode significar a presença de um prejuízo real, um mal, um detrimento, uma perda a alguém.⁴⁶

Nas palavras de Rosenvald, Farias e Netto⁴⁷:

⁴⁵ STOLZE; FILHO, 2020 p. 144.

⁴⁶ TARTUCE, 2020. p. 387.

⁴⁷ ROSENVALD; FARIAS; NETTO 2019. p.296.

O dano é um fato jurídico *stricto sensu*. Todo fato jurídico em que, na composição de seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, recebe essa denominação. Pode acontecer que o evento suporte fático do dano esteja ligado a um ato humano, intencional ou não, lícito ou ilícito. Todavia, isso não altera a natureza do fato jurídico dano, que continua sendo evento da natureza, mesmo quando provocado por ato humano. Afinal, esse ato humano não é elemento necessário para a composição do suporte fático suficiente ao dano, quer dizer, não constitui um dado essencial à existência do fato, mas dele participa indireta ou acidentalmente.

Em que se trate do dano indenizável, é aquele resultante de uma conduta humana que afeta um interesse alheio **tutelado pela lei**, ou seja, viola um direito, independente de ser material. É desse tipo de dano que o código se refere quando fala da responsabilidade civil.

Na obra de Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze⁴⁸ o dano indenizável é definido como “*a lesão a um interesse jurídico tutelado - patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator*”.

Já na visão do autor Rosenvald, Farias e Netto, para que o dano venha a ser aceito pelo ordenamento jurídico, além da lesão a um interesse jurídico é necessária a demonstração efetiva do prejuízo. Com isso, é preciso que a vítima demonstre que sofreu um prejuízo derivado da conduta humana que violou um interesse do qual seja titular e que tenha a tutela do Estado, ou seja, é a violação de um interesse jurídico.

Complementando essa ideia, Carlos Roberto Gonçalves menciona que o dano indenizável deve ser certo e atual. Atual no que se refere a já ter ocorrido quando se pleiteia a indenização e certo, seria o dano fundado sobre um fato efetivo e não sobre uma hipótese, salvo nos casos em que os tribunais tenham elementos suficientes para avaliar com precisão um prejuízo futuro.⁴⁹ O requisito da “certeza” do dano é justificado como um critério de afastamento frente a possibilidade de reparação de um dano meramente hipotético ou eventual que poderá não se concretizar e acabar gerando um enriquecimento indevido.

Nesse ponto cabe observação quando falamos de lucros cessantes e perda de uma chance. Falamos anteriormente que o dano indenizável seria a lesão de um interesse jurídico do lesado, em outras palavras, a lesão a um direito do indivíduo. Quando falamos da perda de uma chance, nos referimos a uma situação onde o

⁴⁸ STOLZE; FILHO, 2020. p.68.

⁴⁹ GONÇALVES, 2020, p. 530.

indivíduo se vê privado do usufruto de uma chance que a ele provavelmente seria apresentada.

Quando falamos em chance, interprete-se a oportunidade de obter uma situação futura melhor, por meio de um lucro ou a oportunidade de evitar uma perda⁵⁰. Repare que estamos falando da violação de um direito potencial, a princípio, considerando a lógica do requisito da certeza esse tipo de dano não poderia ser indenizado, contudo, o direito civil admite a hipótese de indenização desses danos⁵¹. Entende-se que há uma preferência ao princípio da razoabilidade em prol do requisito da certeza⁵². Não é possível afirmar com certeza os resultados da realização dessa chance, contudo, se constatado por meio de uma análise razoável da situação, a forte probabilidade de que essa chance seria capaz de mudar positivamente as condições pessoais do indivíduo e que ela só não se concretizou por conta da conduta lesante, então esse dano é indenizável.

Para que seja reconhecida a indenização da perda de uma chance, deve restar comprovado que a chance só foi impedida de ser exercida em decorrência da manifestação direta e imediata da conduta do agente ofensor. Com isso, concluímos que a chance perdida deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial, resultante de um fato consumado e não hipotético para ser reparável⁵³.

Voltando a conceituação de dano, Enneccerus⁵⁴ estabelece o dano como *“toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc.)”* e acrescenta *“como, via de regra, a obrigação de indenizar se limita ao dano patrimonial, a palavra ‘dano’ se emprega correntemente, na linguagem jurídica, no sentido de dano patrimonial.”*

Contudo, doutrina e legislação (art. 186 do CC) admitem que o dano indenizável pode ser patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral), ou seja, o dano não precisa ofender a esfera financeira do lesado, a ofensa pode ser direcionada a um bem indivisível, intangível e imensurável, como por exemplo, a moral.

⁵⁰ FILHO, 2012. p. 81.

⁵¹ Código Civil

Art. 403. 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.

⁵² Ibid., p. 79 e 81.

⁵³ Ibid., p. 81.

⁵⁴ ENNECCERUS. 1935 *apud* GONÇALVES, 2020, p. 529.

Serão resumidamente tratadas no próximo tópico as espécies de dano.

3.5.1 Dano injusto

A expressão dano injusto é de origem italiana e se faz presente no art. 2.043 do Código Civil Italiano “qualquer fato doloso ou culposo que causar a alguém um dano injusto, obriga àquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”.⁵⁵

O dano indenizável como injusto é aquele relevante segundo uma ponderação de interesses em jogo à luz de princípios constitucionais.⁵⁶

Nas visão de Rosenvald, Farias e Netto:

Mesmo um ato consistente em um exercício de um direito próprio (lícito) poderá, no plano da ponderação de bens, causar um dano injusto a terceiros, com a transferência dos danos sofridos pelo ofendido ao patrimônio do ofensor (ex. do abuso de direito). Mesmo na teoria do risco as pretensões reparatórias surgirão de ofensas a interesses dignos de proteção jurídica, mesmo sem se cogitar de ilicitude no comportamento daquele que exercita a atividade causadora do dano. A culpa deixa de ser o único critério de seleção de interesses merecedores de tutela compensatória, sendo agora um fator a mais de responsabilidade. Não se volta o olhar do civilista para a punição do ofensor, mas para a tutela da vítima do dano injusto. Destarte, a responsabilidade civil é tida não mais como um instrumento de repressão a condutas antijurídicas, mas uma técnica de reequilíbrio econômico do dano.⁵⁷

Essa forma de análise da responsabilidade civil concretiza uma dogmática principiológica, permitindo que, em um caso concreto, o aplicador do direito pondere os interesses em jogo e, a partir dos valores expressos na Constituição Federal, decida quem deve arcar com a responsabilização dos prejuízos.⁵⁸

3.5.2 Dano Patrimonial

Material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. É a lesão a um interesse econômico que possui o direito a tutela do Estado.

⁵⁵ ROSENVALD; FARIAS; NETTO 2019. p. 304.

⁵⁶ Id.

⁵⁷ Id.

⁵⁸ ROSENVALD; FARIAS; NETTO, loc. cit.

A definição dada na obra Novo Tratado de Responsabilidade Civil seria “quando o dano ofende a relação entre a pessoa e bens economicamente avaliáveis”⁵⁹.

A reparação do dano patrimonial é mais fácil de apuração em relação aos danos morais. Como está ligada ao prejuízo de algo material, basta calcular o valor do bem antes e depois do dano. A depreciação que o bem sofreu, corresponde aos efeitos do dano sobre o bem jurídico afetado. Sobre essa diferença e sobre aquilo que eventualmente o ofendido deixou de ganhar com essa perda que deverá incidir a reparação. Isso está amparado no art. 402 do Código Civil “*Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.*”.

Quando falamos de dano patrimonial devemos considerar aquilo que o ofendido perdeu e aquilo que deixou de ganhar devido a essa perda. Aquilo que foi perdido é chamado de dano emergente, já aquilo que se deixou de ganhar são os chamados lucros cessantes.⁶⁰

Para caracterizar os lucros cessantes deve ficar provado que havia uma probabilidade real e objetiva de recebê-los se o dano não tivesse intervindo. O advérbio “razoavelmente”, colocado no art. 402 do Código Civil “o que razoavelmente deixou de lucrar”, está relacionado com conseguir demonstrar essa probabilidade e não a uma ideia quantitativa.⁶¹

3.5.3 Dano Extrapatrimonial

É aquele que não guarda relação com a esfera patrimonial. Aqui o bem afetado são os direitos personalíssimos, a moral, imagem, dignidade, auto-estima, entre outros. Aqui o bem jurídico afetado é imensurável e pessoal, é o dano na essência do indivíduo, naquilo que faz parte de suas características e lhe confere autenticidade, é a dor do ser, do íntimo. É dedicado um capítulo específico para tratar do dano moral, já que é um dos principais objetos de estudo do trabalho.

⁵⁹ Ibid., p.310.

⁶⁰ STOLZE; FILHO, 2020. p. 78.

⁶¹ Ibid., p. 80.

3.5.3.1 Dano estético

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça admitiu no leque de danos indenizáveis o dano estético, tomando como base o art. 5º, inciso V, da CF. A princípio, essa é uma nova modalidade de dano, independente das mencionadas anteriormente. Contudo, aproximando-se muito da concepção de dano moral, justamente em razão da subjetividade que permeia o bem jurídico no dano estético, que pela leitura do texto constitucional e interpretação doutrinária seria a imagem.⁶²

Quebrando com a linha classificatória tradicional que ramifica as espécies de dano em material e não material, o STF editou a Súmula 387, prevendo “*É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral*”, afirmando no campo prático a incidência dessa nova espécie de dano.

O dano estético em que pese nunca tenha sido manifestamente expresso na CF, passa a assumir essa questão da imagem, por ser a terceira espécie de dano que possui direito a resposta com previsão na CF, já que o art. 5º, inciso V da Constituição Federal diz que “*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*”.⁶³

3.5.3.2 Dano Existencial

Em vista da ampliação que tem sido dada as possibilidades reparatórias o campo jurídico atual também tem admitido figura nova do dano existencial. Utilizando das palavras dos juristas Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2020, p. 83) o dano existencial seria:

Um dano a um projeto pessoal, que causa um “vazio existencial” (perdas de relações sociais, familiares etc.), impedindo o sujeito de se comportar ou agir de acordo com os seus sentimentos e expectativas. É o que se dá, por exemplo, sem prejuízo de eventual dano moral, em casos de “*bullying*”.

Em que pese inexistir previsão constitucional específica, há manifestações jurisprudenciais e legais de seu reconhecimento⁶⁴. Não deve ser confundido com a “Perda de Uma Chance” que se trata de outra espécie de dano, voltada a perda da

⁶² STOLZE; FILHO, 2020. p. 82.

⁶³ Ibid., p.83.

⁶⁴ Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

oportunidade de melhoria financeiras das condições de vida, ou, perda da chance de impedir um prejuízo.

3.5.4 Dano Pela Perda de Uma Chance

Define-se pela interrupção irremediável da possibilidade de obtenção de um benefício, em decorrência de um fato antijurídico⁶⁵.

O autor Dey Rey⁶⁶ explica isso de modo formidável em seu livro, *Responsabilidade Médica: civil, criminal e ética*, cujo trecho segue em destaque:

Envolve erro no atuar médico, por ação ou omissão, fazendo com que o paciente perca, efetivamente, a chance do não agravamento da doença ou perca a chance de eliminação do sofrimento desnecessário. Ou, ainda, perca a chance de retardar a morte, com preservação de razoável (possível) qualidade de vida ao paciente. Esse erro no atuar é mais grave do que o simples erro profissional, sem, entretanto, atingir o clássico conceito de erro médico (...). Enquanto o erro profissional envolve uma conduta com ausência de boa medicina, a perda de uma chance envolve a presença de má atuação profissional.

O exemplo utilizado pela doutrina é o caso do médico que retarda o atendimento a um paciente que se encontra em estado grave e esse vem a sofrer um dano irremediável que poderia ter sido evitado se tivesse sido atendido antes.⁶⁷ É uma classificação do dano que pode se encaixar em um dano moral ou extrapatrimonial, a depender da situação.

3.5.5 Danos Morais de tutela Coletiva

A reparação dos danos morais supraindividuais está positivada no art. 6º, VI, da Lei 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) que prescreve serem direitos básicos do consumidor “*A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.*” Antes disso, a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), com as modificações impostas pela Lei n. 8.884/94, já nos trouxe essa possibilidade de que os danos morais pudessem ser objeto de ação de responsabilidade civil em matéria de tutela dos interesses difusos e coletivos.⁶⁸

⁶⁵ GONÇALVES, 2020, p.367

⁶⁶ DEY Rey Del; **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**, 3. ed., Belo Horizonte: 2003, p. 70-72.

⁶⁷ GONÇALVES, op. cit., p. 367.

⁶⁸ Ibid., p.114.

Anteriormente os danos morais só podiam ser discutidos individualmente, essa inovação advinda com a Ação Civil Pública e ratificada pelo Código de Defesa do Consumidor trouxe mais celeridade, economia processual e segurança jurídica. Isso porque, agora é permitido que uma pessoa pertencente ao grupo de interessados na reparação do dano ou representante dos interessados, acione o judiciário em nome de todos os ofendidos, o que se trata de um grande paradoxo processual, já que normalmente só sofrem os efeitos de uma ação as partes que integram ela.

Na tutela coletiva um indivíduo ingressa como parte, mas a depender da decisão, seus efeitos poderão repercutir para uma coletividade alheia ao processo. Isso ocorre geralmente nas ações sindicais ou aquelas movidas pelo Ministério Público, quando além de coletivo o interesse se mostra público.

Pois bem, agora que foi apresentada a ideia geral da demanda coletiva, cabe identificar quais são suas espécies: dano coletivo, difuso e individual homogêneo.

3.5.5.1 Dano Coletivo

Antes de adentrar no conceito, imperioso distinguir o dano coletivo dos danos que admitem tutela coletiva. Em linhas gerais, a doutrina costuma tratar esses dois tipos por interesse coletivo *lato sensu* e interesse coletivo *stricto sensu*. O dano coletivo está ligado ao interesse coletivo *stricto sensu*, já os danos coletivos *lato sensu*, são todos aqueles que possuem direito de uma tutela coletiva. Basicamente, o dano coletivo *lato sensu* é gênero e abrange todos tipo de dano que pode ser pleiteado coletivamente, sendo o dano *stricto sensu* uma das espécies de dano *lato sensu*.

A definição de direito coletivo *stricto sensu* está disposta no art. 81, parágrafo único do CDC, inciso II:

Art. 81.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

Da análise desse inciso, já se percebe que a principal diferença entre os interesses difusos e os coletivos é que nos difusos há uma situação de fato que liga

as vítimas entre si. Já nos coletivos há uma relação anterior ao dano que liga os ofendidos, na maioria dos casos, trata-se de uma relação jurídica, o que torna possível determinar os interessados.

Pode ser um dano contra uma classe social, categoria profissional ou apenas um grupo de pessoas com um interesse em comum, amigos, os exemplos são inúmeros.

3.5.5.2 Dano Social

Nessa mesma linha, também merece referência o denominado “dano social”, aquele que rebaixa a qualidade de vida em sociedade, geralmente no âmbito da segurança.

Conceituação de dano social por Carlos Roberto Gonçalves⁶⁹:

Danos sociais são aqueles que causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade e que decorrem de condutas socialmente reprováveis. Nesses casos, o juiz fixa a verba compensatória e aquela de caráter punitivo ao dano social. Esta indenização não se destina à vítima, mas a um fundo de proteção consumerista (CDC, art. 100), ambiental ou trabalhista, por exemplo, ou até mesmo a uma instituição de caridade, a critério do juiz. Constitui, em suma, a aplicação social da responsabilidade civil.

É o que se dá, ilustrativamente, nas situações de balas perdidas nas grandes cidades, o dano advindo dessa situação, além da repercussão individual, também tem dimensão social.⁷⁰

3.5.5.3 Dano Difuso

O dano difuso é aquele que afeta o interesse que uma coletividade indeterminável, unida por um mesmo fato gerador do dano, ou seja, a mesma origem. O conceito de direito ou interesse difuso está disposto no art. 81, parágrafo único, inciso I do CDC:

Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

⁶⁹ GONÇALVES, 2020, p 533.

⁷⁰ STOLZE; FILHO, 2020. p. 83.

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato

A principal característica do dano difuso é que todos os ofendidos sofrem do mesmo dano, mas não podem, ou muito difícil que sejam identificados, normalmente porque a quantidade de pessoas que são afetadas é muito grande, dispersa ou estimada. Ele é marcado basicamente por 3 (três) características: a indivisibilidade do objeto, a mesma situação de fato e a indeterminabilidade dos titulares⁷¹.

3.5.5.4 Dano Individual Homogêneo

Por fim, o dano individual homogêneo. Neste, as vítimas são pessoas identificáveis, que sofreram o dano de modo independente, mas estão ligadas pela mesma origem. Os direitos individuais homogêneos nada mais são do que simples direitos individuais, onde seus titulares também são ligados por uma mesma condição fatídica, porém diferente dos danos difusos, sua principal característica é que os ofendidos são identificáveis. Assim, nada obsta que seus titulares, caso prefiram, busquem individualmente sua tutela judicial.⁷²

4. DANO MORAL

Como mencionado anteriormente, o dano moral trata-se de uma ofensa a um bem jurídico do ofendido. Portanto é a violação de um interesse tutelado pelo Estado que não é economicamente aferível.

Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.

A definição do dano moral que foi empregada pela doutrina durante muito tempo tinha um olhar consequencialista e vago a respeito desse instituto. O dano moral era visto como uma condição negativa atrelada ao estado de espírito do ofendido que só era gerado por consequência de uma ofensa à um direito⁷³.

⁷¹ Ibid. p.87.

⁷² STOLZE; FILHO, 2020. p.88.

⁷³ SCHREIBER Anderson, **Novos paradigmas da responsabilidade civil** — da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos, 6. ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 132.

Isso abriu margem para que a corrente consequencialista ganhasse espaço na seara da moral⁷⁴. Acreditava-se que o dano moral nada mais era que uma mera dor, consequência da violação de um direito, chegando a ter aqueles que defendiam que essa violação condicionante seria sobre um bem patrimonial, o que não corresponde à realidade.

Os problemas que derivam desta conceituação assombram o direito até os dias atuais, a começar pela dificuldade de aferição do dano extrapatrimonial diante de uma configuração absolutamente subjetiva da dor e do sofrimento.⁷⁵

Quando é definido que o dano moral é um sinônimo para a dor, ignora-se essa importante e necessária lição acerca da análise casuística que recai sobre a lide. No geral, embora reste verificável o surgimento de sentimentos negativos como a dor e o sofrimento, na maioria dos casos onde há a violação de um direito, tal condição não é inerente ao dano moral, mas puro reflexo consequencialista, que pode se manifestar ou não. Assim não deve ser utilizada como critério de definição deste.⁷⁶

Há casos em que o dano não causará uma dor, mas a violação vai estar presente do mesmo modo, devendo ser tutelada pelo Estado. A exemplo cita-se a necessidade que faz da reparabilidade de um dano moral decorrente de uma lesão extrapatrimonial causada a um paciente em coma. A ausência de uma consciência momentânea do ofendido o impede de sentir a dor, nem por isso a violação deixa de existir, muito menos a necessidade da sua tutela.

Pelo entendimento de Anderson Schreiber⁷⁷ o dano moral se configura quando:

Com efeito, a concreta lesão a um interesse extrapatrimonial verifica-se no momento em que o bem objeto do interesse é afetado. Assim, há lesão à honra no momento em que a honra da vítima vem a ser concretamente afetada, e tal lesão em si configura dano moral. A consequência (dor, sofrimento, frustração) que a lesão à honra possa vir a gerar é irrelevante para a verificação do dano, embora possa servir de indício para a análise de sua extensão, ou seja, para a quantificação da indenização a ser concedida. Nem aí, todavia, é imprescindível.

E certamente, em nada auxilia como critério de verificação do merecimento de tutela dos interesses lesados.

⁷⁴ Id. p.133.

⁷⁵ SCHREIBER, op. cit., p. 132.

⁷⁶ SCHREIBER, 2015, p. 133.

⁷⁷ Id. p. 134.

Desse modo, conclui-se que o dano moral se trata de uma violação a um direito extrapatrimonial em si mesmo, digno da tutela estatal que acaba por gerar, na maioria dos casos, não em todos, sentimentos desabonadores que influenciam negativamente o psicológico da pessoa e não geram prejuízos de natureza patrimonial.

4.1 DANO MORAL DIRETO, INDIRETO E RICOCHETE.

Dano moral direto é aquele que atinge diretamente o lesado na sua esfera extrapatrimonial. No dano moral indireto, a lesão fere um direito patrimonial, mas em consequência disso, também desencadeia um dano na esfera extrapatrimonial do indivíduo, como um reflexo ao primeiro dano ocasionado. Essa classificação se refere a um interesse juridicamente tutelado que tenha sido violado.⁷⁸

Importante distinguir o dano indireto do dano em ricochete, esse último configura-se quando uma pessoa sofre o reflexo de um dano causado a outrem, ou seja, se refere aos sujeitos vitimados, seja por ser o titular do interesse violado, seja por terem uma relação de dependência com a primeira.⁷⁹

Mesmo já contando com a previsão legal do art. 5º, inciso V da Constituição Federal, em relação ao dano moral e sua ressarcibilidade, o legislador do Novo Código Civil fez questão de formalizar o reconhecimento da reparabilidade dos danos morais, extinguindo qualquer dúvida que ainda pudesse pairar sobre essa questão.

Como já conceituado anteriormente, o dano moral consiste na lesão de direitos não pecuniários, nem comercialmente redutíveis a dinheiro. Em outras palavras, o dano moral é a lesão a esfera personalíssima da pessoa. Desse modo, importante frisar que a indenização desse tipo é em relação a mácula na moral e por isso, qualquer consequência patrimonial derivada desse dano moral deve ser afastada da indenização, isso porque, não se está analisando os reflexos materiais, ou seja, a perda material e sim, o dano à esfera moral do indivíduo.

⁷⁸ STOLZE; FILHO, 2020. p.85.

⁷⁹ Id.

A figura do dano moral surgiu na legislação brasileira com o Código Civil de 1916. Sobre a letra dos artigos 76⁸⁰, parágrafo único e 159⁸¹ surgiram as primeiras ideias de reparação do dano moral.

Contudo, por não mencionar expressamente que se referia também a lesões de natureza não material o art. 159 gerou uma divergência doutrinária na sua época, onde alguns reconheciam a referência ao dano moral e o direito de ser reparado e outros negavam. Outra razão para que não considerasse a reparabilidade dos danos morais era em relação a regra contida no art. 76, dizendo os entendidos da época que se referia a dispositivo de ordem processual, condicionando, simplesmente, o exercício do direito de ação à existência de um interesse⁸². Com o tempo outras leis especiais foram surgindo e regulamentando essa questão, mas a principal norma que trouxe a reparação desse tipo de dano foi a Constituição Federal de 1988. Somente com o advento da CF que é que se pode falar, indubitavelmente, da ampla reparabilidade do dano moral no direito pátrio, pois a matéria foi elevada ao status dos “Direitos e Garantias Fundamentais”. Antes disso, ainda predominava a tese proibitiva da ressarcibilidade do dano moral que só admitia seu ressarcimento nos casos em que havia sua expressa previsão, ou seja, em sua grande maioria, nas leis especiais.

Hoje, com o advento da Constituição de 1988, o atual Código Civil brasileiro, na mesma linha da Carta, reconhece expressamente, em seu art. 186, o instituto do dano moral e por força do art. 927, a sua reparabilidade.

4.2. A REPARABILIDADE DO DANO MORAL

Nosso Código Civil dedica um capítulo especial à indenização do dano (arts. 944 a 954), isto é, a lei cuida de prever um meio para que o dano possa ser compensado, normalmente se vale da imposição de um valor simbólico, em dinheiro, sobre o ofensor e destinado ao ofendido, isso porque na maioria dos casos não é possível restaurar o *status quo* anterior, isto é, devolvendo-a ao estado em que se

⁸⁰ Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

⁸¹ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

⁸² STOLZE; FILHO, 2020. p. 107.

encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. A indenização é uma tentativa da lei em remediar a situação.

Para que haja a compensação, no geral, o dano deve ser comprovado, para que depois, se possa constatar seu grau de extensão e sua repercussão na esfera do ofendido e assim, conseguir fazer uma valoração desses elementos no momento de se atribuir o *quantum* indenizatório. As vezes a lei presume o dano para evitar a ausência da reparação da vítima e a impunidade do agente. É o que ocorre muitas vezes quando a ofensa trata dos direitos da personalidade, cuja comprovação se torna algo bem difícil.⁸³

Embora nossa Carta Magna de 1988 nos tenha garantido o direito a reparação dos danos extrapatrimoniais, o tema ainda gera muita discussão no meio acadêmico, há aqueles que questionam o dever de reparação da moral do modo como se dá e tem outros que defendem que se quer deveria haver uma reparação de algo alheio ao patrimônio e listam uma série argumentos contrários a essa reparação. O fato é que o volume de demandas cresce nessa seara, somado a isso, vem uma dificuldade em lidar com esse tipo de situação de uma forma objetiva, o que de certo modo acaba fomentando argumentos em oposição a reparabilidade do dano moral. Esses argumentos merecem especial atenção para se compreender as razões e funções que permeiam a existência desse tipo de reparação, o que facilitará adiante na compreensão da dinâmica da quantificação.

Com isso, são apresentados os argumentos mais utilizados antes da entrada em vigor da CF/88 e do art. 186 do CC, junto com as contra-respostas trazidas por Zulmira Pires de Lima⁸⁴, em estudo seu publicado em Boletim na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Roberto Pamplona. Maria Helena Diniz e demais renomados doutrinadores e estudiosos do direito.

⁸³ Id.

⁸⁴ LIMA, 1940 apud STOLZE; FILHO, 2020. p. 111.

4.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A REPARABILIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

4.3.1 Duração dos efeitos da lesão

O primeiro argumento contra a exigência da reparabilidade extrapatrimonial, levanta a questão da duração dos efeitos da lesão. Para os defensores desse argumento, a ofensa ao “patrimônio moral”, não merece ser classificada como um dano, em virtude da natureza temporária do efeito na moral. O argumento se resume em dizer que o sofrimento gerado não é suficientemente durável para causar um “dano” ao lesionado, e que se trata, na realidade, de uma simples ofensa.⁸⁵

Zulmira Pires de Lima⁸⁶, crítica este argumento e faz importante observação sobre a ideia do dano condicionado a duração da sensação penosa. A jurista menciona que para vincular o dano a duração do sofrimento, deve haver instrumentos que possibilitem medir essa duração, o que do ponto de vista médico e psicológico é impossível.

A segunda contra crítica advém de Pamplona (2020, pág.111) que menciona:

A questão da maior ou menor duração dos efeitos da lesão somente pode influir na forma e intensidade de sua reparação, que variará quantitativamente de acordo com as circunstâncias, e não, obviamente, na discussão da reparabilidade do dano, que se constitui sempre em uma ofensa, devendo ser reparado na medida de seus efeitos.

Além disso, como bem ressaltado pelo autor, há dores morais que perduram uma existência inteira, como no caso em que uma mãe perde seu filho pra morte, gerando por vezes consequências psicológicas e sociais mais sérias que as perdas materiais, levando, não raramente, a uma decadência física, e mental, afetando diretamente a dignidade da pessoa.⁸⁷ Por fim, menciona o autor que, até mesmo no campo dos danos materiais, há aquelas lesões com efeitos passageiros, a exemplo de uma agressão física leve.⁸⁸ Razões não faltam para que se considere a ofensa a moral um dano significativo e merecedor de reparos.

⁸⁵ STOLZE; FILHO, 2020. p. 110.

⁸⁶ Id.

⁸⁷ STOLZE; FILHO, 2020. p.110.

⁸⁸ Ibid., p.111.

4.3.2 Se há violação de um verdadeiro direito

Nessa tese, o dano extrapatrimonial é visto como a violação de um direito que deveria ser previsto no ordenamento jurídico e que antes de buscar a reparação pela ofensa desse suposto direito, deveria haver uma verificação se realmente existe uma ofensa por trás do direito.⁸⁹

Aqui ocorre uma confusão entre causa e efeito. Como fora rebatido pela maioria da doutrina, o dano moral, na realidade se trata do efeito da violação de um direito não material. Só existe dano indenizável se antes houve a lesão de um direito. O fato de os efeitos do direito violado serem imateriais não implica em inoccorrência de violação, ela está presente, só não é palpável.⁹⁰

4.3.3 Dificuldade de descobrir a existência do dano

O entendimento de alguns autores é de que *“é impossível na maioria dos casos, se não em todos, descobrir se o ofendido sofreu realmente uma dor, com a prática do fato ilícito e o juiz pode a cada passo ver um verdadeiro sofrimento onde não há mais do que uma hipocrisia dissimulada que ele não consegue desmascarar”*⁹¹

Para Pamplona e Stolze, o argumento tem sua lógica, enquanto elemento de retórica, mas cai por terra quando confrontado com a moralidade média do cidadão comum.⁹² Há situações em que não há como não se reconhecer a existência do dano moral, como é o caso da dor dos pais que fatalmente perdem um filho.

Contudo, admitem os autores que podem ocorrer circunstâncias em que fique difícil para o magistrado descobrir a verdadeira existência do dano moral, porém, para eles, isso se configura mais como uma simples dificuldade de ordem probatória que não impede à ressarcibilidade do dano.⁹³

Na opinião de Maria Helena Diniz, a prova da existência do dano moral *“não é impossível ou difícil, visto que, se tratar de pessoas ligadas à vítima por vínculo de*

⁸⁹ Id.

⁹⁰ Id.

⁹¹ Ibid., p.112.

⁹² Id.

⁹³ STOLZE; FILHO, loc. cit.

parentesco ou de amizade, haveria presunção juris tantum da existência de dano moral”⁹⁴

4.3.4 Impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro

Aqui chega-se a principal controvérsia entre aqueles que aceitam e os que rejeitam a reparação dos danos morais, pois os primeiros consideram satisfatório um processo de compensação, ao passo que seus opositores exigem um dano matematicamente redutível em pecúnia, sob pena de ser indevida qualquer prestação monetária.⁹⁵

Em sua obra Rodolfo Pamplona salienta que *“tal argumento toma por base uma equivocada visão da teoria da responsabilidade civil, considerando que todos os danos devem ser fixados pecuniariamente, pelo que nunca se poderia indenizar o dano extrapatrimonial.”*⁹⁶

Nesse mesmo sentido, Maria Berenice Dias também afirma que a indenização:

Não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenuie, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano (...).

4.3.5 Imoralidade de compensar uma dor com dinheiro

A sexta objeção levantada contra a reparabilidade do dano moral trata que seria imoral cobrar pelo sofrimento.

A argumentação contrária realizada por Augusto Zenun⁹⁷ e Rodolfo Pamplona é de que mais imoral do que compensar uma lesão com dinheiro, seria deixar o lesionado sem qualquer tutela jurídica e o lesionador para causar outros danos no futuro. Também é ressaltado que as o tema não deve ser tratado com radicalidade,

⁹⁴ DINIZ, 2002 apud STOLZE; FILHO, 2020 p. 115.

⁹⁵ STOLZE; FILHO, 2020. p.114.

⁹⁶ Id.

⁹⁷ Ibid., p.117.

que há solução, pois, não se trata de uma equivalência em dinheiro, mas sim, de uma satisfação dada a vítima, nem que seja por meio do dinheiro.⁹⁸

4.3.6 Amplo poder conferido ao Juiz

Também foi levantado o receio de uma “ditadura do Judiciário” que seria um temor marcado pelo positivismo jurídico, completando-se pela aceitação das premissas anteriores de que é muito difícil determinar a existência dos danos extrapatrimoniais e da possibilidade da sua quantificação, dando aos juízes uma carta em branco para disporem e decidirem com liberdade sobre o tema⁹⁹

A resposta aqui é de que o magistrado não é, nem deve ser um irresponsável, que fixará a indenização pelo dano moral a seu bel prazer. Ao contrário, deverá agir com as cautelas de sempre, examinando as circunstâncias dos autos e julgando com consciência e razoabilidade.¹⁰⁰

4.3.7 Impossibilidade jurídica da reparação

Por fim, o último argumento é de seria impossível no viés jurídico reparar um dano a moral, ou seja, restabelecer o *status* anterior ao dano. E a contra-argumentação que se têm e já foi mencionada diversas vezes durante o percurso desse trabalho, é que não se trata de restituir em sua integralidade o dano e sim de compensar. A mera utilização do termo reparo é apenas uma convenção utilizada entre tribunais e doutrina.

O que se tem em mente é que se a reparação não pudesse ter sua admissibilidade jurídica, não haveria sua previsão legal em ordenamentos jurídicos de outros países¹⁰¹. Entretanto, não se questiona que essa previsibilidade deve ser reduzida aos atos balizados por condutas capazes de gerar a presunção do dano, justamente para que não haja uma banalização do desse instituto.

⁹⁸ STOLZE; FILHO. loc. cit.

⁹⁹ Id.

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ Ibid., p.118.

Na obra de Aparecida Amarante¹⁰², isso se confirma quando a autora diz que para ser indenizado, o ato deve ser considerado desonroso pelo ofendido e possuir a gravidade (ilicitude) capaz de gerar presunção de prejuízo, excluindo da reparação, as condutas incapazes de ofender os bens jurídicos que merecem ser protegidos pela tutela estatal.

Em síntese, pode se concluir que, a reparação do dano extrapatrimonial é legalmente admissível, pois, se tratando de consequentialismos, tão ruim quanto uma reparação excessiva, seria, a omissão do direito e da justiça na prestação de suas funções sociais como Estado. Ao negar o direito a reparação dos danos extrapatrimoniais e sua busca no judiciário, o Estado estaria assumindo uma falha no seu papel como garante de direitos e prestador da devida tutela. Todavia, é reconhecido que os magistrados devem se manter atentos para distinguir os casos que merecem, de fato, a tutela jurisdicional, daqueles que são movidos pela má-fé ou impulsos sensacionalistas.

4.4 CUMULAÇÃO DE DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS

Diante da premissa que Há de se levantar que a reparação de dano patrimonial que tenha decorrido do mesmo fato jurídico ensejador do dano moral, não exclui ou substitui a indenização pelos danos morais e vice-versa, já que se tratam de ofensas contra bens jurídicos diferentes.

O que pode acontecer e já se admite é o pedido cumulativo entre dano moral e material. Entende-se que uma conduta pode desencadear vários danos e que o pedido de reparação de um dano não exclui o direito de pedir reparação pelo outro. Entretanto, nem sempre foi esse o entendimento.¹⁰³ Ressalte-se que a controvérsia jurisprudencial acerca da cumulatividade dos danos morais e patrimoniais se extinguiu quando o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 37, em 1992 em consonância com a nova ordem constitucional, afirmando que “*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*”.

¹⁰² AMARANTE Aparecida, **Responsabilidade civil por dano à honra**, Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 274.

¹⁰³ STOLZE; FILHO, 2020. p.122.

4.5 DANO MORAL E PESSOA JURÍDICA

Questão polêmica prevalecia quando se falava que uma pessoa jurídica poderia entrar com uma ação de danos morais, afinal pessoas jurídicas não são seres humanos, ou seja, não tem sentimentos tampouco podem ter senso do que é moral, já que essa seria uma característica da natureza humana. Contudo, atualmente considera-se possível que uma pessoa jurídica pleiteie seus direitos de reparação sobre danos que tenham eventualmente afetado sua moral.

Entende-se que por mais que a pessoa jurídica não possa reivindicar direitos que despertam sentimentos negativos inerentes a condição humana, não se deve negar aqueles direitos de personalidade dos quais ela participe, tais como a imagem e o bom nome.¹⁰⁴

Sobre essa questão, cabe especial destaque a trecho do livro de Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze *“se é certo que uma pessoa jurídica jamais terá uma vida privada, mais evidente ainda é que ela pode e deve zelar pelo seu nome e imagem perante o público-alvo, sob pena de perder largos espaços na acirrada concorrência de mercado.”*¹⁰⁵

De certo que a pessoa jurídica em si não possui uma psique para influenciar no modo como sente os eventos danosos, contudo, existe uma imagem vinculada a ela, a qual, se prejudicada, pode trazer um grande impacto econômico para ela e seus funcionários, que em ato reflexo podem até acabarem mal vistos ou desempregados e daí suas morais individuais é que serão afetadas. Não devemos nos esquecer que por trás de uma pessoa jurídica há um grupo de pessoas físicas que comandam ela e sofrem diretamente as consequências do impactos que a pessoa jurídica sofre.

5. NATUREZA JURÍDICA DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Até o momento, foi feita uma extensa análise dos principais conceitos que abarcam o tema da responsabilidade civil, conceitos de fundamental relevância para compreensão da problemática que envolve este trabalho, a insegurança jurídica quanto ao estabelecimento da quantificação do dano moral.

¹⁰⁴ Ibid., p.124.

¹⁰⁵ Id.

Nesse tópico será abordado o cerne desse problema, a principal questão que movimenta os debates em manuais de direito e jurisprudência voltados à quantificação dos danos morais e o estabelecimento dos seus critérios de aplicação.

Afinal, para que seja feita uma quantificação razoável do dano moral, é preciso entender, qual o objetivo por trás da imposição da obrigação de indenizar o dano sofrido na esfera da existência. Compreendendo as razões que fundamentam a aplicação da indenização, fica mais fácil estabelecer os critérios que devem ser analisados no momento da atribuição do *quantum*.

Pela análise do texto Constitucional, no art. 5º, incisos V e X, constata-se que ao ofendido é garantido o direito de receber uma indenização em resposta ao dano sofrido, seja ele material ou moral. Com isso estabelecido, os olhos do julgador se voltam à intenção do legislador quando ditou no texto do art. 944 do Código Civil, que “*A indenização mede-se pela extensão do dano.*” e ainda que “*Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização*”.

Afinal, questiona-se: Qual é a função da responsabilidade civil dos danos morais?

É nesse ponto que temos a raiz da problemática que envolve o tema, pois não há um consenso doutrinário para responder qual a natureza jurídica da reparabilidade do dano moral.

A ausência de uma redação legal objetiva a respeito da função da reparabilidade do dano moral e a falta do estabelecimento pela lei de critérios indicativos, transfere ao Poder Judiciário o papel interpretativo da natureza da reparabilidade da moral, fazendo com que em cada decisão que envolva a trama da indenização dos danos morais, ao magistrado seja incumbida a tarefa de decidir utilizando os fundamentos da corrente que mais se adéqua as suas noções principiológicas sobre o tema.

Não há problema nisso, desde que o conjunto de decisões que forem se apresentando criem uma jurisprudência consensual e forte, sem altas variações na atribuição de valores em casos semelhantes e sem a aplicação de critérios que destoam de outras decisões.

Para o autor Nelson Rosenvald¹⁰⁶, a questão poderia ser facilmente resolvida se chegassem os magistrados a um acordo, sobre a função da responsabilidade civil dentro do dano moral.

Ante o exposto, a partir desse ponto, serão comentadas as funções mais abordadas pela doutrina, atribuídas à responsabilidade civil dentro do dano moral.

5.1 FUNÇÃO COMPENSATÓRIA

Das funções que são atribuídas a responsabilidade civil sob a perspectiva do dano moral, esta é a única que não move divergência na doutrina. Como o próprio nome da função indica, seu objetivo é compensar o dano, diferente da responsabilidade aplicada aos danos patrimoniais, onde o principal objetivo é a reparação do dano.

A palavra indenização corresponde ao verbo indenizar que vem da junção da partícula *damnum* (dano) somada à partícula negativa *in* (sem) o que revela o significado de "sem dano". Desse modo, fica claro que o legislador se preocupou em restituir a situação em que se encontrava o terceiro antes de sofrer o dano, ao atribuir a indenização como forma de responsabilização civil. Embora essa seja a intenção do legislador, não podemos nos utilizar disso em relação aos danos morais, porque, na esfera da moral, trabalha-se com danos existenciais, o que nos permite afirmar que o bem jurídico violado não possui um valor econômico suscetível de uma apreciação objetiva. Estamos falando de dano a direitos personalíssimos. Assim sendo, não há como conceber a ideia de reparação que é tradicionalmente embutida na conceituação da indenização, pois, nesses casos, não é possível retirar a presença do dano, voltando ao estado anterior à ele. O máximo que o direito consegue fazer para atender ao interesse de quem foi violado, é exigir do ofensor a prestação de uma satisfação em pecúnia pelo comportamento reprovável.

Desse modo, a primeira noção que se deve ter em relação à natureza jurídica da responsabilização da moral é que o direito não é capaz de restituir o *status quo* do ofendido, mas deve agir na medida do possível para resguardar o direito digno da tutela estatal, impondo ao ofensor, o dever de compensar a dor que causou a

¹⁰⁶ ROSENVALD, 2017, p. 234.

outrem, mesmo que isso não seja o suficiente para findar a situação danosa gerada pela conduta ilícita. Isso é o mínimo que se espera do Estado em razão do dever de prestação da tutela jurisdicional.

Há um reconhecimento do ônus que foi gerado pela conduta humana e em respeito a esse ônus moral o juiz, de forma simbólica, procura estabelecer ao ofensor do direito alheio o dever de tentar compensar o dano que gerou, alocando os custos relacionados ao evento danoso, da vítima para o ofensor.¹⁰⁷

Resumindo em breves linhas, a conclusão a que se chega é que, por conveniência e comodidade o legislador estabeleceu no art. 5º, inciso X da Constituição Federal e no art. 944 Código Civil que o dano moral enseja o direito a indenização e ainda, quando ela for destinada ao dano moral, não deve ser interpretada sob um viés reparatório, e sim, compensatório.

Com isso, resta claro que a função compensatória não é apenas uma das funções da imputação da responsabilidade civil moral, como também é a sua principal razão, chegando a ser abordada por alguns autores, a exemplo cito o jurista Anderson Schreiber, como a única função que deveria ser considerada na responsabilidade civil dos danos morais. Contudo, isso é tema a ser tratado em tópico futuro que diz respeito as divergências doutrinárias na interpretação das funções da responsabilidade civil.

5.2 FUNÇÃO PUNITIVA

Outra função atribuída à responsabilidade civil que costuma ser recorrentemente levantada pela doutrina é a função punitiva ou sancionadora, conhecida como *punitive damages*.

Primeiramente, cabe ressalva de que alguns manuais fazem uma tradução equivocada do termo, *punitive damages*, como sendo “dano punitivo”, o que distorce por completo a verdadeira característica desta função, induzindo leigos a crerem que o dano assume um caráter punitivo, quando na realidade é a indenização a que condena-se o autor do dano que possui o caráter punitivo tratado.¹⁰⁸ O mais correto seria falar, assim, em indenização punitiva.¹⁰⁹ Seria esta, aliás, a tradução mais

¹⁰⁷ TARTUCE, 2020. p. 60.

¹⁰⁸ SCHREIBER, 2015, p.211.

¹⁰⁹ Id.

correta para a expressão *punitive damages*, já que o termo *damages* em inglês indica tanto o dano em si, quanto o montante atribuído à vítima em razão do dano.¹¹⁰

Esclarecida a obscuridade por trás do termo, passa-se a tratar sobre a função punitiva da responsabilidade civil em si. Essa função pode ser explicada como o objetivo por trás da indenização de punir o agente violador da norma por sua conduta antijurídica, atribuindo ao valor da indenização um acréscimo significativo, sempre visando à repressão da conduta e também sua inibição, tanto em relação ao ofensor como em relação a terceiros na condição de potenciais violadores da norma¹¹¹. Com isso em mente, o valor que corresponde ao *quantum* indenizatório deve ser superior ao dano efetivamente sofrido.

Em confirmação ao conceito tratado, eis a definição dada pelo jurista Anderson Schreiber. Para ele “a doutrina amplamente majoritária sustenta um duplo caráter da reparação do dano moral: (i) o caráter compensatório, para assegurar o sofrimento da vítima; e (ii) o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou”¹¹². O autor também menciona em sua obra o posicionamento de outros autores no tocante à função, a qual o trecho merece destaque:

Diversos autores sustentam, nesta direção, que “a indenização do dano moral tem um inequívoco sabor de pena, de represália pelo mal injusto”. Fala-se, no mesmo sentido, em função pedagógica, dissuasiva ou desestímulo, sendo certo que, em qualquer caso, o agente se vê obrigado a indenizar a vítima em quantia superior ao dano moral efetivamente sofrido.¹¹³

No geral, aqueles que defendem a presença dessa função afirmam que não basta a existência de uma função compensatória, que a responsabilidade civil também tem um papel desestimulador da prática de ilícitos. Desse modo, para os adeptos do *punitive damages*, a indenização também deve servir como meio de resposta à violação da norma jurídica, assim, seu valor deve ser proporcional a extensão do dano, mas também, à conduta do agente, passando a considerar critérios subjetivos para o estabelecimento do valor ressarcitório, como por exemplo, o grau de culpa do ofensor e sua capacidade econômica.

¹¹⁰ Id.

¹¹¹ ROSENVALD, 2017, p.127.

¹¹² SCHREIBER. 2015, pág. 212.

¹¹³ Id.

Pela ótica dessa função, na fixação do *quantum* indenizatório, o valor deverá ser arbitrado em uma quantia que desestime a prática do ilícito, devendo gerar para o ofensor um prejuízo tal que não compense eventuais benefícios econômicos advindos da prática ilícita¹¹⁴. É a chamada Teoria do Desestímulo. Neste sentido, o doutrinador André Gustavo Correa de Andrade, assevera que a aplicação da Teoria do Desestímulo é de interesse público, já que, ao mesmo tempo em que objetiva punir o autor do fato danoso, também visa desestimular a reiteração da conduta ofensiva, seja pelo próprio autor do dano ou até mesmo por terceiros.¹¹⁵

Uma das principais justificativas utilizada para o emprego dessa função está vinculada a ideia de que a função compensatória não seria suficiente para inibir a prática do ilícito por parte daqueles que possuem um grande poder aquisitivo, o que costuma acontecer com empresas de grande porte econômico. Nesses casos, o valor meramente compensatório pode ser visto como algo insignificante diante das possíveis vantagens que podem ser obtidas com a prática do ilícito. Isso acaba firmando no ofensor uma ideia de custo-benefício, indesejável para o direito¹¹⁶. A função punitiva teria então um caráter preventivo e pedagógico voltado aos interesses do Estado, enquanto que a função compensatória tem um caráter apenas satisfativo aos interesses da vítima do dano.

A aplicação da função punitiva da indenização começou a ganhar destaque nos Estados Unidos da América a partir de 1784 e de lá começou a ser difundida pelo mundo¹¹⁷. A ideia em si permanece a mesma: utilizar da indenização como um meio para punir o ofensor pela violação da norma jurídica, objetivando a prevenção da ofensa. Contudo, há uma diferença entre o modo como o *punitive damages* é aplicado nos EUA e como sua aplicação se faz aqui no Brasil.

Os norte-americanos dividem a atribuição da indenização em duas partes com valores distintos. Parte do valor diz respeito exclusivamente ao caráter compensatório da indenização, enquanto que a outra parte do valor que engloba a

¹¹⁴ MELO, Getúlio Costa. A teoria do desestímulo (punitive damages) no âmbito consumerista. **Âmbito Jurídico**, n. 128. Set. 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-128/a-teoria-do-desestimulo-punitive-damages-no-ambito-consumerista/>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2020.

¹¹⁵ Id.

¹¹⁶ MARTINS COSTA; PARGENDLER, 2005, apud FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Série pensando o direito** – Projeto pensando o direito. Relatório final da pesquisa “dano moral”. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-37_dano_moral_fgv.pdf>. Acesso em: 22 abril 2021. p. 112.

¹¹⁷ SCHREIBER. 2015, pág. 211.

natureza punitiva da indenização é tratada como um adicional à indenização¹¹⁸. São valores empregados separadamente. Isso permite com que o ofensor e o ofendido identifiquem o valor correspondente a cada função da indenização e traz força a essa natureza pedagógica da punição, pois o violador da norma consegue ter uma noção de quanto a sua conduta é considerada reprovável pelo Estado e quais as proporções negativas que ela trouxe à vítima.

Aqui no Brasil, o valor que corresponde a natureza punitiva da indenização está embutido junto com o valor que corresponde a compensação, em um montante único. Isso abre margem a muitas discussões sobre a validade da aplicação dessa função.

Mesmo diante das diversas críticas apresentadas, na perspectiva atual, a aplicação dessa função vem ganhando destaque nos julgados de tribunais estaduais e federais que versam sobre danos morais. Critérios quantitativos de cunho punitivista, como a capacidade econômica do ofensor e a menção expressa de um dever pedagógico e preventivo, têm sido aplicados por uma parte da jurisprudência que enxerga a punição como uma das funções da responsabilidade civil, ao lado da função compensatória.¹¹⁹

A função punitiva também tem um interesse social, à medida que a conduta do ofensor é reprimida pela imposição da indenização, essa repreensão serve de exemplo para a sociedade que por meio dela reafirma o valor e caráter impositivo da norma. Quando o Estado pune, ele está visando garantir a obediência de suas normas pela sociedade, mostrando o que acontece com quem descumpre a lei.

A função punitiva em seu caráter pedagógico tem um papel de afirmar a força da norma jurídica e a função punitiva em seu caráter social tem um papel mais preventivo.

¹¹⁸ Id.

¹¹⁹ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Série pensando o direito** – Projeto pensando o direito. Relatório final da pesquisa “dano moral”. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-37_dano_moral_fgv.pdf>. Acesso em: 22 abril 2021. p.91.

6. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA À RESPEITO DAS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Até o presente momento, a forma de responsabilização da moral, adotada pelos tribunais é predominantemente¹²⁰ em pecúnia, com fins compensatórios. Além disso, objetiva desestimular a repetição da conduta ilícita ou sua perpetuação. Esse é o entendimento que prevalece na jurisprudência, adotado por uma corrente que admite tanto uma função satisfativa como uma função punitiva para a indenização da moral. Contudo, não são todos os doutrinadores adeptos desse entendimento.

Atualmente existem 3 correntes doutrinárias que tratam da função da responsabilidade civil: a corrente compensatória, a corrente punitivista e a corrente mista.

A corrente compensatória só admite a existência da função satisfativa da indenização, enquanto que a corrente punitivista só admite a existência da função punitiva da indenização, alegando que a mera compensação do dano não é o suficiente ao atendimento dos princípios balizadores da ordem jurídica. Já a corrente mista, admite a existência das suas funções.

Como já pontuado anteriormente, a corrente mista tem sido muito popular entre as decisões. Contudo, há uma grande divergência doutrinária acerca da admissão de da função punitiva na responsabilidade civil e quando falamos de responsabilidade civil extracontratual essa divergência aumenta. Com o intuito de enriquecer o conhecimento sobre o assunto e compreender as razões para a defesa ou repúdio de tal critério, destaca-se o posicionamento de dois grandes nomes do direito civil sobre a questão.

6.1 AS CRÍTICAS DE ANDERSON SCHREIBER EM RELAÇÃO À ADOÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

O conteúdo que segue nesse tópico foi baseado nas informações coletadas na obra *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*¹²¹, lançada pelo jurista Anderson Schreiber.

¹²⁰ Há casos em que essa satisfação é dada de modo alternativo, como no caso da retratação pública por dano moral ocasionado pela mídia, ou nos casos em que o dano foi cometido em rede social.

¹²¹ Cf. nota 73 do capítulo 4.

No início, o autor explica que nos EUA a atribuição da indenização é dividida em duas partes com valores distintos. Parte desse valor diz respeito exclusivamente ao caráter compensatório da indenização enquanto que a outra parte que engloba a natureza punitiva da indenização é tratada como um adicional sobre o valor compensatório¹²². Já aqui no Brasil, o valor que corresponde à natureza punitiva da indenização está embutido junto com o valor que corresponde à compensação, em um montante único. A partir daí temos o primeiro obstáculo para atribuição da função punitiva. Cria-se, no Brasil, uma espécie de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado, e em que medida está simplesmente sendo compensando o dano, atenuando o efeito inibitório do ilícito que consiste na principal justificação do instituto do *punitive damages*¹²³. Em razão dessa falta de distinção entre os valores que correspondem a cada função que o autor afirma que a incorporação dessa função fere o Princípio do Não Enriquecimento Sem Causa.¹²⁴

No momento em que os magistrados vão fazer a atribuição do *quantum* não fica claro para o responsabilizado, tampouco àquele que vai receber a indenização, quanto do valor final corresponde de fato à punição pela conduta do requerido. Apenas são mencionados os critérios que foram considerados na determinação do valor final. Essa falta de pontuação específica sobre os valores de cada função dá margem a dúvidas. Questiona-se se o valor final do *quantum* indenizatório é realmente proporcional ou razoável aos critérios empregados, já que resta as partes fazerem suposições do valor considerado para cada critério sobre a quantia final.

Em paralelo a questão do enriquecimento sem causa, o autor menciona que a função punitiva fere a dicotomia que existe entre as esferas penal e cível. Ambas passam a ter como objetivo a defesa de um interesse alheio ao do ofendido (a tutela da norma lesada), transferindo a atenção para o ofensor e sua conduta e não para a vítima. A diferença apontada na obra é que na esfera penal, os juízes possuem um conhecimento técnico para punir e o apenado tem uma série de garantias processuais próprias à aplicação da pena, diferente da esfera civil onde o interesse primordial é reparar a vítima. A aplicação do *punitive damages* no direito civil chancelaria a atribuição de penas sem um balizamento legal, sem as garantias

¹²² Cf. nota 118 do capítulo 5.2.

¹²³ SCHREIBER. 2015, pág. 213.

¹²⁴ Id.

processuais próprias e sem a necessária tipificação prévia das condutas reprováveis¹²⁵.

Diante disso, se levanta a questão que ao aplicar o *punitive damages* o Poder Judiciário está violando o Princípio da Legalidade, aplicando uma função que não conta com previsão legal para ela¹²⁶. Todavia, afirma o autor que regularizar a aplicação da função punitiva retiraria seu principal atrativo prático, a aplicabilidade do apenamento sem uma lei prévia que defina isso no campo da responsabilidade civil. Sua regulamentação o tornaria dispensável competidor diante de outras medidas alternativas à indenização compensatória, como o sistema de sanções administrativas ou a simples expansão dos valores compensatórios em campo extrapatrimonial.¹²⁷

Por fim, a ideia de trazer uma punição ao ofensor pela indenização civil cairia por terra em se tratando da indenização de uma responsabilidade civil objetiva, onde não importa se o agente agiu com culpa para haver a incidência da responsabilização, ao contrário, quando falamos de atribuição de uma pena, a existência da culpa e sua análise a torna elemento essencial a imputação da responsabilidade.¹²⁸

6.2 A DEFESA DE NELSON ROSENVALD EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA VISÃO SOBRE A APLICAÇÃO DESSA FUNÇÃO NA AFERIÇÃO DOS DANOS MORAIS:

O conteúdo que segue nesse tópico foi baseado nas informações coletadas na obra *Funções da Responsabilidade Civil*¹²⁹, lançada pelo autor Nelson Rosenvald.

Desde o início da obra, Nelson tem uma visão positiva sobre a admissão da função punitiva no instituto da responsabilidade civil, todavia não deixa de fazer críticas a respeito do modo como está sendo inserida, especialmente diante de casos onde há uma responsabilidade extracontratual.

¹²⁵ SCHREIBER, loc. cit.

¹²⁶ Ibid. p. 214.

¹²⁷ SCHREIBER, pág. 215.

¹²⁸ SCHREIBER, pág. 213.

¹²⁹ ROSENVALD Nelson. **As funções da responsabilidade civil: A reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Na defesa da incorporação dessa função no âmbito cível, o autor afirma que a responsabilidade civil precisa ser vista sob uma perspectiva multifuncional para atender as necessidades da sociedade atual.¹³⁰ Ao longo da obra a Teoria do Risco é utilizada para sustentar a necessidade dessa multifuncionalidade. Ele aponta a existência de uma sociedade tecnologicamente avançada, contudo, vulnerável aos riscos e incertezas que acompanham esse desenvolvimento. Além disso, admite que uma responsabilidade civil monofuncional, ou seja, apenas sob um viés compensatório, é insuficiente para atender aos interesses jurídicos da sociedade contemporânea do risco que busca cada vez mais uma segurança jurídica, não apenas por meio da reparação, mas também, por meio da prevenção de danos¹³¹.

O autor menciona a prevenção como um Princípio da Responsabilidade Civil atual, que está ligada a admissibilidade de uma função punitiva.¹³²

Na obra, o jurista adota uma visão aristotélica da justiça, onde se admite que o Estado determine os comportamentos considerados virtuosos pelas pessoas, logo, o autor não admite que a responsabilidade civil se mantenha neutra diante de comportamentos que contrariem as ordens normativas e lesionem a sociedade. Trata-se de uma concepção ética, onde a responsabilidade civil é vista como um instrumento de direcionamento de condutas¹³³. Na visão do autor, para desenvolver esse papel de garante dos interesses sociais, a responsabilidade civil deve se valer de todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos fundamentais, em um sincretismo jurídico capaz de realizar um balanceamento de interesses, através da combinação de mais de uma função, a punitiva, precaucional e compensatória.¹³⁴

Uma das razões apresentadas para a admissão da função punitiva foi sua natureza desestimuladora de condutas ilícitas. Por ter um papel pedagógico, a função punitiva acaba incorporando e trazendo essa natureza preventiva, diante daquelas hipóteses em que a reparação por si só não é idônea a desestimular o ofensor à prática de ilícitos¹³⁵.

O autor também analisa a violação do direito sob uma perspectiva social¹³⁶. Por sua lógica, quando um interesse jurídico é violado, todos aqueles que estão

¹³⁰ Ibid. p. 95.

¹³¹ ROSENVALD, 2017. p. 28.

¹³² Ibid, p. 33.

¹³³ Ibid. p. 99.

¹³⁴ Id.

¹³⁵ Ibid. p. 119.

¹³⁶ Ibid. p. 112.

amparados pelo mesmo direito também correm o risco de sofrerem o mesmo tipo violação. Assim, quando se admite uma função punitiva na responsabilidade civil, se admite uma função social que deixa de voltar seu olhar apenas ao atendimento do interesse da vítima e passa a analisar o interesse da sociedade na proteção da norma que foi violada.

Nas palavras do autor:

A função compensatória corresponde somente ao ponto de vista individual do lesado, mas não opera satisfação em favor da sociedade.

(...)

Pode-se dizer que a tutela ressarcitória intervém para reparar consequências e efeitos de comportamentos ilícitos, mas não se afirma como instrumento de recomposição da ordem jurídica violada. O pagamento de uma quantia à vítima poderá reconstituir um valor material, mas não se preordena a tutelar o fundamento ético do ordenamento jurídico.¹³⁷

Desse modo, a sanção alcança o agente por seu comportamento social e juridicamente reprovável, como um elemento de segurança social.

No livro, Rosenvald reconhece que hoje não há um dispositivo legal que regulamente a aplicação da pena cível em uma ação autônoma, que é o modo como defende que seja admitida a função punitiva no Direito Civil. Em razão dessa ausência de previsão legal, ele critica os tribunais que em suas decisões fazem a aplicação de critérios voltados a função punitiva em ações que tem por fim exclusivo a compensação que é o que ocorre com as ações de danos morais. Afirma o autor, que essa atitude fere o Princípio da Legalidade.¹³⁸

Como quer Rosenvald:

Ora, a partir do momento em que sejam definidos parâmetros quanto ao máximo das penas civis, sua relação de proporcionalidade com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais e quem será o destinatário das condenações, reduzida será a possibilidade de ineficácia social da sanção. Como já afirmado, não há um receio propriamente contra a pena civil aquiliana, mas sim com relação a sua proporcionalidade.

(...)

Como consectário lógico de todo o exposto, somos peremptórios no sentido de que só haverá pena civil aquiliana no Brasil com reconhecimento pelo legislador em norma específica.¹³⁹

¹³⁷ ROSENVALD, 2017. p. 105

¹³⁸ ROSENVALD, 2017. p.264.

¹³⁹ Ibid. p.261.

O autor frisa que não é admitido extrair uma pena civil de uma norma genérica do Código Civil e que por isso, há a necessidade de que tal função seja regulamentada.

Em relação a adoção da função punitiva para os danos de ordem extrapatrimonial, afirma que o art. 944 do CC só se refere ao critério da extensão do dano o que evidencia a preocupação do Código apenas com compensação do ofendido. Sobre o parágrafo único do dispositivo, diz que este considera o grau de culpa do ofensor apenas para fins de redução do valor fixado e portanto, não deve ser utilizado em um viés punitivo, para o aumento do valor da causa¹⁴⁰.

Ante o exposto, podemos concluir da leitura da obra que embora o autor seja favorável ao reconhecimento e aplicação da função punitiva na responsabilidade civil, ele não é favorável a aplicação dessa função em ações que versem sobre danos extrapatrimoniais.

O jurista defende que na ação que trata do dano moral, o juiz não pode desviar o seu olhar do dano e do seu impacto sobre a vítima¹⁴¹, pois trata-se de uma ação com fins compensatórios. Aqui o olhar recai sobre os interesses **pessoais da vítima** e unicamente dela. Nesse caso, não cabe a consideração de critérios que tratem do exame de reprovabilidade do comportamento do ofensor, pois esse não se relaciona com o objetivo desse tipo de ação¹⁴². Segue trecho da obra que evidencia esse posicionamento:

Ao se confundir a função desestimuladora e a compensatória, na mesma e única condenação, por consequência, gera-se uma insatisfatória reparação dos danos, como também uma insuficiente ou mesmo imperceptível prevenção e punição de comportamentos lesivos.

Por isso, consideramos que tão salutar quanto a discussão sobre a introdução da sanção punitiva no Brasil é a própria delimitação das extremas do dano moral. Se dele expurgarmos aquilo que não lhe pertence, passaremos a perceber que aquele excesso poderia perfeitamente se ajustar a outro modelo jurídico. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça começou a implantar prudente critério bifásico de fixação de danos extrapatrimoniais e, consequentemente, de delimitação de seus confins.¹⁴³

Todavia, apesar de negar hoje a incidência da função punitiva na **quantificação** dos danos morais, o autor não se opõe a uma análise apartada, em ação própria, sobre a reprovabilidade da conduta do lesante em situações

¹⁴⁰ Ibid. p. 264.

¹⁴¹ Ibid. p. 239.

¹⁴² ROSENVALD, loc. cit.

¹⁴³ Id.

excepcionais em que se verifique a alta reprovabilidade da conduta (dolo ou culpa grave) para que, eventualmente, seja imposta uma condenação diversa, cuja finalidade será preventiva e inibitória¹⁴⁴. Contudo, reforça que essa análise punitiva sobre a conduta deve ser regulamentada pela legislação.

7. MÉTODOS DE ESTABELECIMENTO DA QUANTIFICAÇÃO

Antes da edição da Súmula 281 do STJ¹⁴⁵ e do reconhecimento pelos juristas que em seu art. 5º, incisos V e X, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a vedação a qualquer tipo de limitação legal relativa à tutela de direitos de personalidade¹⁴⁶, alguns juízes utilizavam métodos emprestados de legislações especiais para aferição da indenização do dano moral.

Eram utilizados os métodos matemático, tabelado/tarifado e o arbitramento equitativo.

Usufruindo do conhecimento passado por Isaura Salgado Silva e Igor Costa Couto¹⁴⁷ em estudo acadêmico referente aos critérios de quantificação do dano moral utilizados pelo STJ, classificam-se, resumidamente, os métodos da seguinte forma:

- Matemático: a indenização é calculada com base ora em penas criminais correspondentes com o ato ilícito¹⁴⁸, ora nos danos materiais¹⁴⁹.
- Tabelado ou tarifado: a indenização é arbitrada com base em um tabelamento prévio utilizando parâmetros mínimos e máximos para cada espécie de dano, podendo ser um tabelamento jurisprudencial ou legal.
- Arbitramento equitativo ou livre: a indenização é arbitrada pelo juiz que possui ampla margem para decidir o valor com base em critérios de seu fundamento.

Cada um desses métodos será explicado a seguir de forma mais detalhada.

¹⁴⁴ Ibid. p. 240.

¹⁴⁵ Súmula 281. A indenização por dano moral não está sujeita à tarificação prevista na Lei de Imprensa.

¹⁴⁶ FILHO. 2012, p. 104.

¹⁴⁷ SILVA, Isaura Salgado; COUTO, Igor Costa. **Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 20f. Pesquisa Acadêmica, Departamento de Direito, [S.l], [2000?]. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Isaura%20Salgado%20Silva%20e%20Igor%20Costa%20Couto.pdf>. Acesso em: 25 abril 2021. p. 6.

¹⁴⁸ Ex: Injúria, calúnia e difamação que são tipos previstos no Código Penal.

¹⁴⁹ Nos casos em que um dano material acaba gerando um dano moral.

7.1 MÉTODO MATEMÁTICO

Esse método possui duas bases de cálculo, distintas que são aplicadas em situações diferentes para definir o valor da indenização. A primeira era utilizada nos casos em que o dano moral decorria de uma conduta tipificada no Código Penal. Nesses casos, a pena criminal era utilizada como base de cálculo. Sua aplicação tinha como fundamento o art. 1.547 do Código Civil de 1916 que dizia¹⁵⁰:

Art. 1547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.
Parágrafo Único: Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550).

Em detrimento disso, quando o dano moral advinha de um crime, ele sofria uma limitação na determinação do valor de sua indenização (o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva).¹⁵¹ Esse método foi muito criticado, pois o art. 1.547 não tratava do dano moral e sim, de um prejuízo material que não pôde ser provado, ou seja, um dano material não comprovado, igualando essas duas espécies de danos ou induzindo que essas estariam necessariamente ligadas.

Se nas situações que envolviam a aplicação da primeira base de cálculo surgiram dúvidas se estaria se admitindo um vínculo necessário entre dano patrimonial e dano moral, na aplicação da segunda base de cálculo essa ideia foi confirmada.

A segunda base de cálculo se pautava no valor do dano material com múltiplos definidos discricionariamente pelo juiz¹⁵². Esse critério de cálculo desconsiderava a autonomia dos danos morais frente aos materiais. Além disso, o fator de multiplicação não guardava uma objetividade em si e dependia unicamente do arbítrio do magistrado, ferindo de certo modo a exigência de que toda decisão deve ser fundamentada pelo juiz.

¹⁵⁰ YAMAGUTI, Igor Issami. **Dano moral e o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça na fixação da indenização**. 93f. Monografia (graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p.37.

¹⁵¹ YAMAGUTI, loc. cit.

¹⁵² Id.

7.2 MÉTODO TARIFADO OU TABELADO

Na ausência de critérios que dispusessem o modo como deveria ser estabelecida a quantificação da decisão, alguns magistrados arbitravam os valores indenizatórios tomando como base valores mínimos e máximos predeterminados de forma tabelada. Essa tarifação podia ser legal, quando expressa em lei, ou jurisprudencial, quando os valores tabelados se baseavam em valores fixados anteriormente em casos semelhantes.¹⁵³

Um exemplo da aplicação desse método era o art. 84, § 1º, do Código Brasileiro de Telecomunicações¹⁵⁴, que mandava fixar a indenização entre 5 e 100 salários mínimos para as hipóteses de calúnia, difamação ou injúria.

Outra situação que apresentava o método da tarifação no âmbito legal era A Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67). Até ser julgada pelo STF em 2009 na ADPF 130/DF (BRASÍLIA, 2008), ela limitava em seus arts. 51 e 52, determinados números de salários mínimos à responsabilidade civil do jornalista profissional e da empresa que explorava o meio de informação ou divulgação¹⁵⁵.

Após julgamento da ADPF 130 e a publicação da Súmula 281, STJ e STF se posicionaram contrários a aplicação dos dispositivos legais supracitados da Lei de Imprensa, como critérios para o estabelecimento da indenização de danos morais.

O entendimento atual é de que a Constituição de 1988 não recepcionou os arts. 51 e 52 da Lei de Imprensa, pois não são compatíveis com o texto constitucional que estabelece no seu art. 5º, incisos V e X¹⁵⁶, uma proteção ampla aos direitos de personalidade.

¹⁵³ YAMAGUTI, 2017, p.38.

¹⁵⁴ Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. (Revogado pelo Decreto-lei nº 236, de 28.2.1967)
§ 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

¹⁵⁵ FILHO, 2012. p. 104.

¹⁵⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

De acordo com esse entendimento, se manifestou o quinto precedente da Súmula 281 é o RESP 513057/SP¹⁵⁷ que foi julgado pela Quarta Turma do STJ, em 18 de setembro de 2003, tendo como relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Em seu voto, o relator sustentou com base em Arruda Miranda, que:

É de reconhecer-se que a vigente Constituição, ao prever indenização por dano moral por ofensa à honra, pôs fim à responsabilidade tarifada prevista na referida lei especial, que previa um sistema estanque, fechado, de reparabilidade dos danos praticados pela imprensa (BRASÍLIA, 1998, p. 5).

O ministro também citou o RESP 52842/RJ¹⁵⁸ e reproduziu trecho do voto condutor de autoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito que diz:

De todos os modos, entendo que com a disciplina constitucional de 1988 abre-se o caminho para melhor tratar essas situações que machucam pessoas honradas. A limitação imposta pelo art. 52 da Lei de Imprensa, que restringe a responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação a dez vezes as importâncias fixadas no artigo 51, a meu juízo, não mais está presente.

[...]

A Constituição de 1988 cuidou dos direitos da personalidade, direitos subjetivos privados, ou, ainda, direitos relativos à integridade moral, nos incisos V e X do artigo 5º, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, declarando, ademais, invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando, também, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Na verdade, com essa disciplina clara, a Constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se postula mais a reparação pela violação dos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório.”

Também há o entendimento de que o tarifamento legal violaria os princípios da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade, visto que não considera as

¹⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial nº RESP 513057/SP, Relator. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Julgado em: 18 set. 2003, Publicado em: 19 dez. 2003. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=429541&num_registro=200300475238&data=20031219&peticao_numero=-1&formato=PDF> Acesso em: 20 abr. 2021. p.6.

¹⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 52.842, Relator. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rio de Janeiro, Julgado em: 16 set. 1997, Publicado em: 27 out. 1997. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400252056&dt_publicacao=27-10-1997&cod_tipo_documento=&formato=PDF> Acesso em: 20 abr. 2021. p.3.

subjetividades de cada caso, reparando o dano moral de forma genérica e deficitária.¹⁵⁹

7.3 MÉTODO DO ARBITRAMENTO JUDICIAL

Atualmente, verifica-se pela jurisprudência do STJ que o livre arbitramento judicial ou arbitramento equitativo, tem sido o método adotado. Em relação aos demais, esse demonstra ser o mais coerente diante da natureza subjetiva que envolve a matéria dos danos morais.

Nesse método, para obter o valor indenizatório, o juiz faz uma análise casuística, ou seja, leva em conta as particularidades de cada caso e com base nisso, nos seus conhecimentos jurídicos e no bom senso, ele fixa o valor entendido como justo.

A dificuldade prática está justamente nessa ampla liberdade conferida ao juiz para decidir em quais critérios se pautará, sendo uma das razões pela qual há essa variação de valores presente no arbitramento dos danos morais. Contudo, apesar de presente tal dificuldade, essa não faz o método do livre arbitramento menos digno, sendo o único capaz, ao menos até o momento, de respeitar as subjetividades de cada caso, oferecendo uma valoração proporcional e razoável da indenização. Além disso, o juiz não está totalmente desamparado na escolha dos critérios, ele pode se pautar em orientações doutrinárias e jurisprudenciais, devendo agir sempre com prudência, razoabilidade, valendo-se de sua experiência jurídica e atendendo a realidade fática.

Importante destacar que o agir razoável é o agir sensato, comedido, moderado que guarda uma certa proporcionalidade. Enfim, razoável é aquilo que é, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional.¹⁶⁰ Sintetizando, a razoabilidade está atrelada ao binômio necessidade e proporcionalidade. O valor fixado deve atender aos fins a que se destina, no caso, a sua função e se restringir a isso. Se o magistrado adota uma corrente mista em relação as funções da indenização extrapatrimonial, então o valor da indenização deverá atender as funções punitiva e satisfativa de modo justo, ou seja, sem ir além disso, resultando na aplicação da proporcionalidade. O valor não pode ser ínfimo, ao ponto de não

¹⁵⁹ YAMAGUTI, 2017, p.40.

¹⁶⁰ FILHO, 2012. p. 105.

atender aos fins aos quais se destina, mas também não pode ser exacerbado, indo além da sua proposta funcional e gerando um enriquecimento sem causa. Ele deve a situação fática e de modo proporcional refletir isso no valor indenizatório.

Com isso em mente, resta examinar os critérios possíveis utilizados nos tribunais para o arbitramento da indenização dos danos extrapatrimoniais.

8. CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO UTILIZADOS NOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E FEDERAIS BRASILEIROS

A elaboração desse capítulo tem como principal fonte de dados uma pesquisa que trata especificamente da temática do Dano Moral, promovida pela Fundação Getúlio Vargas, coordenada por Flavia Portella Püschel, em parceria com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, atendendo ao Projeto Pensado o Direito.¹⁶¹

A pesquisa faz uma análise das diversas posições doutrinárias adotadas a respeito dos critérios de fixação das indenizações, de modo completo. Também apresenta a análise de 1.044 (mil e quarenta e quatro) acórdãos retirados das amostras de tribunais das Justiças Estaduais, da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho, expondo quais são os critérios empregados na prática, os valores que costumam ser atribuídos as demandas que tratam de danos morais, assim como, as situações mais comuns que englobam essa questão. O texto também traz o olhar que a jurisprudência dos tribunais superiores tem sobre a reparação dos danos morais, destacando algumas decisões relevantes e apresentando alguns projetos de lei que correm em relação a uniformização dos critérios de quantificação e finaliza propondo seu próprio projeto de lei a respeito desses critérios.

Pois bem, tomando como base exclusivamente os acórdãos dos Tribunais Estaduais e Federais levantados nessa pesquisa, é possível ter uma boa noção de quais critérios costumam ser empregados pelos magistrados no momento da quantificação do dano moral.

Primeiramente, constata-se que esses tribunais tendem a adotar um posicionamento misto diante da natureza da indenização, apresentando critérios voltados à compensação da vítima e critérios de natureza punitiva, assim como

¹⁶¹ Cf. nota 120 do capítulo 5.2.

critérios limitadores - como a proibição do enriquecimento sem causa - e critérios vagos, como a simples menção da “razoabilidade”, ou simplesmente “as circunstâncias fáticas” ¹⁶².

Importante ressaltar que os critérios selecionados pela pesquisa foram explicitamente mencionados pelos tribunais em suas decisões e se fez uma redução das expressões sinônimas a uma mesma categoria. Em casos duvidosos, entenderam as expressões distintas como representativas de critérios próprios, objetivando respeitar ao máximo as possíveis variações dadas à questão da quantificação dos danos morais pelos tribunais. Além disso, não foi feita distinção por votos: os critérios mencionados em todos os votos foram computados como critérios do acórdão. Aqueles que foram mencionados em mais de um voto no mesmo acórdão foram computados apenas uma vez. ¹⁶³

Segue a lista dos critérios identificados mais relevantes a esse estudo:

- 1. Enriquecimento sem causa:** a indenização não tem como objetivo o enriquecimento da vítima e sim a prestação de uma satisfação, de modo que, não pode gerar um enriquecimento ao ofendido.
- 2. Extensão do dano:** a reparação mede-se pela repercussão do dano na esfera pessoal da vítima, levando em consideração para isso a gravidade do dano e a intensidade dele.
- 3. Posição da Vítima:** análise das condições pessoais da vítima que foram violadas e por isso devem ser consideradas no arbitramento da indenização.
- 4. Capacidade Econômica Vítima:** vinculada a ideia de que a indenização não pode gerar um enriquecimento sem causa.
- 5. Capacidade Econômica Agressor:** atendimento a função punitiva da indenização, é analisado para que o juiz fixe um valor que tenha um efeito negativo em relação ao ofensor, para repreender e desestimular sua conduta.
- 6. Razoabilidade:** a indenização deve fixar valor que seja adequado aos motivos que o determinaram e os meios escolhidos para isso devem ser compatíveis com os fins visados.
- 7. Equidade:** a decisão deve respeitar em certa medida os valores estabelecidos em casos semelhantes e não pode ser discriminatória.

¹⁶² FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 99.

¹⁶³ Ibid., p.44.

- 8. Proporcionalidade:** o valor deve ser proporcional aos critérios analisados.
- 9. Concausa:** quando a vítima concorre para o resultado danoso.
- 10. Indústria da Moral:** preocupação com a proliferação de ações judiciais incentivadas pelos altos valores das indenizações.
- 11. Punitivo:** referência expressa à intenção, objetivo ou função de punir o autor do ilícito.
- 12. Pedagógico:** referência expressa a objetivo ou função pedagógica da responsabilidade civil por danos morais.
- 13. Preventivo:** referência expressa à intenção, objetivo ou função de prevenir a prática de ilícitos.
- 14. Simples Violação da Norma:** referência a condenação pela simples violação de um direito, sem necessidade de ocorrência ou comprovação de dano (*in re ipsa*).
- 15. Grau de Culpa:** análise da culpabilidade do ofensor. Considerado um critério punitivo quando utilizado para aumentar o valor indenizatório e usado como atenuante da incidência da extensão do dano, quando utilizado para diminuir o *quantum*.
- 16. Ganhos Obtidos Pela Prática do Ilícito:** o valor indenizatório deve ser maior que os ganhos obtidos com a conduta violadora para desestimular a prática do ilícito.
- 17. Circunstâncias Fáticas:** referência genérica às circunstâncias fáticas do caso.
- 18. Lapso Temporal:** tempo transcorrido entre a prática do ilícito e a propositura da ação de responsabilidade civil.
- 19. Práticas atenuantes pelo ofensor:** consideração de medidas tomadas pelo autor do ilícito para atenuar o dano sofrido pela vítima.
- 20. Conduta das partes antes/depois do dano:** consideração da conduta da vítima e/ou do autor do ilícito antes e/ou depois da prática do ilícito.

Dentre esses critérios, àqueles que assumem uma natureza compensatória, voltada à assistência da vítima, são:

- 1. Enriquecimento sem causa;**
- 2. Extensão do dano;**
- 3. Posição da Vítima;**
- 4. Capacidade Econômica da Vítima;**

Já em relação àqueles que apresentam uma função punitiva por trás da sua aplicação, podemos considerar, os seguintes critérios de quantificação de dano moral constantes da tabela¹⁶⁴:

1. Capacidade Econômica do Agressor;
2. Punitivo;
3. Pedagógico;
4. Preventivo;
5. Simples Violação;
6. Grau de Culpa
7. Ganhos Obtidos:

8.1 CRITÉRIOS MAIS UTILIZADOS NOS TRIBUNAIS ESTADUAIS:

Foram feitas análises de 333 (trezentos e trinta e três) julgados de tribunais estaduais diversos, sendo esses o TJRS, TJSP, TJSE, TJPA e TJMS. Da análise desses casos verifica-se que o critério mais utilizado pelos tribunais estaduais foi a **proibição do enriquecimento sem causa**, sendo empregado na fundamentação de 206 (duzentos e seis) julgados, o que indica uma grande preocupação dos tribunais analisados em manter a razoabilidade dos valores concedidos a título de danos morais.

O segundo critério mais adotado, foi a **extensão do dano**, contando com a sua presença em 195 (cento e noventa e cinco) julgados, o que também indica a relevância que se dá na prática para a aplicação da função compensatória da indenização.

O critério da **posição da vítima** também foi mencionado consideravelmente, em 110 (cento e dez) acórdãos.

Dentre os critérios punitivos, aquele que ocorreu com maior frequência foi a **simples violação do direito**, com 72 (setenta e duas) ocorrências, seguida pela **menção expressa à função punitiva dos danos morais** com 66 (sessenta e seis) ocorrências¹⁶⁵.

¹⁶⁴ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 88 e 89

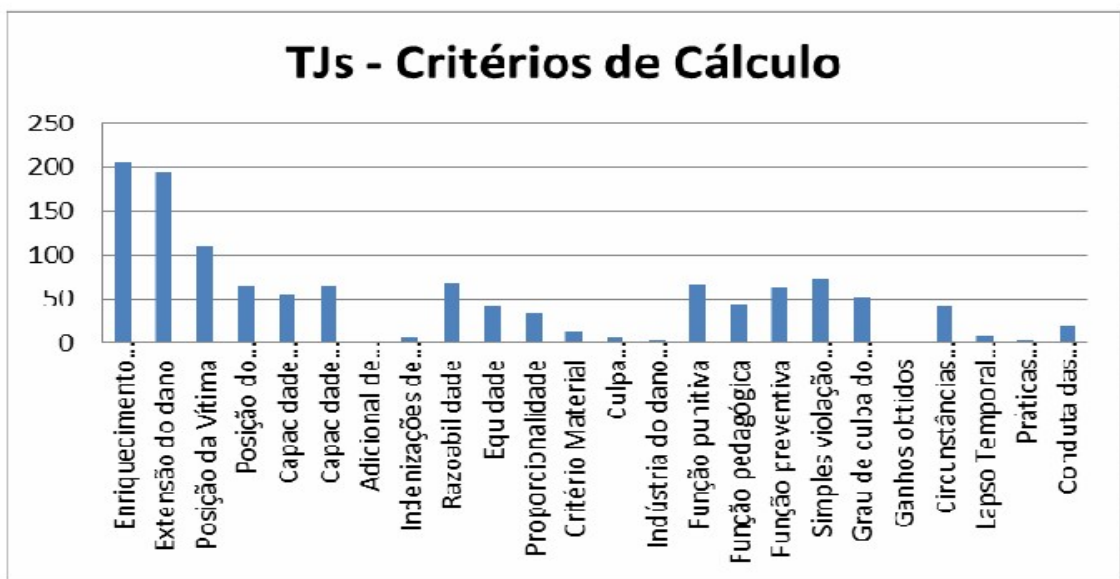
¹⁶⁵ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 91.

Verifica-se, por fim, que em aproximadamente 52% dos casos, há referência a pelo menos um critério de cálculo de natureza punitiva¹⁶⁶, o que demonstra um crescimento das decisões que vêm admitindo uma função punitiva da indenização do dano moral, concomitantemente com a função compensatória.

Seguem gráficos demonstrativos acerca da aplicação desses critérios, retirados da pesquisa referente ao Projeto Pensando o Direito.

O primeiro gráfico mostra os critérios que foram mais aplicados nas decisões manifestas pelos Tribunais de Justiça. Já o segundo, mostra quais critérios de natureza punitiva foram adotados para determinação do *quantum* indenizatório, junto com a quantidade de decisões que fizeram menções a cada um desses critérios

Gráfico 1 – Número de Ocorrências de Cada Critério de Cálculo nas Decisões dos Tribunais Estaduais.

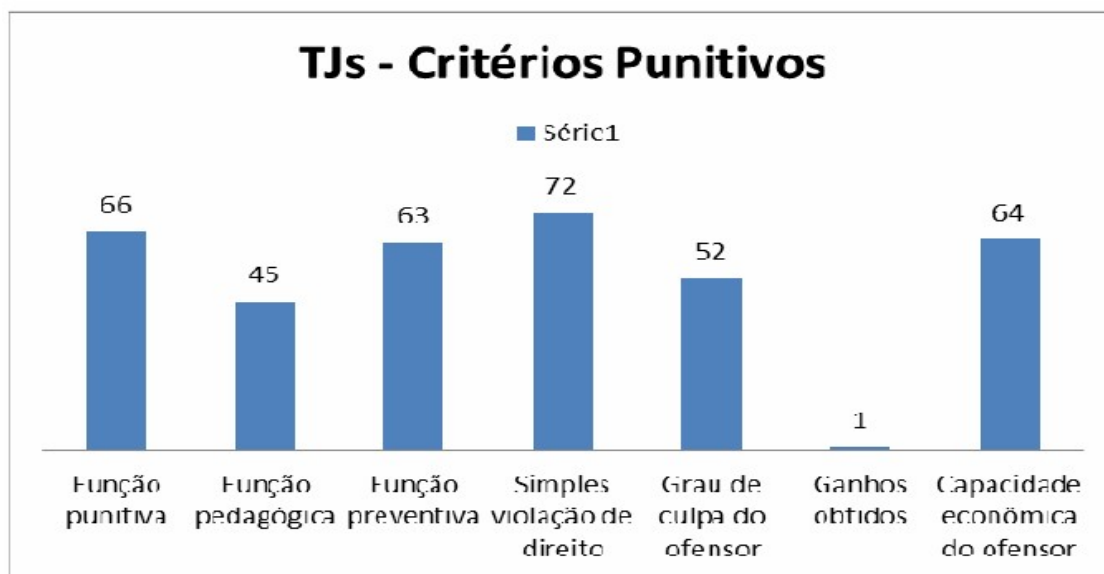


Fonte: Fundação Getúlio Vargas, Pesquisa do Projeto Pensando o Direito (2010).¹⁶⁷

¹⁶⁶ Ibid. p. 92.

¹⁶⁷ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 91.

Gráfico 2 – Número de Ocorrências de Cada Critério Punitivo nas Decisões dos Tribunais Estaduais.



Fonte: Fundação Getúlio Vargas, Pesquisa do Projeto Pensando o Direito (2010).¹⁶⁸

8.2 CRITÉRIOS MAIS UTILIZADOS NOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Para identificação dos critérios de quantificação que são adotados pela Justiça Federal, foi feita a análise de 297 (duzentos e noventa e sete) acórdãos dos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Região. Com a análise das decisões, novamente verificou-se que o critério empregado com maior número de ocorrências foi a **proibição do enriquecimento sem causa**, tendo sua menção em 175 (cento e setenta e cinco) ocorrências, afirmando novamente a preocupação que os tribunais possuem com a limitação dos valores concedidos a título de danos morais.

O critério com segundo maior número de ocorrências foi a **razoabilidade** que não deixa de ser uma condição para aplicação do critério anterior, afinal, para vedar um enriquecimento sem causa, se faz necessária a atribuição de um valor que seja proporcional e razoável as condições que envolvem o caso.

Logo em sequência, vem a **extensão do dano**, nos apontando de novo a relevância da função compensatória da responsabilidade por dano moral e a

¹⁶⁸ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 92.

importância da avaliação da repercussão da ofensa sobre a vítima como medida da compensação.¹⁶⁹

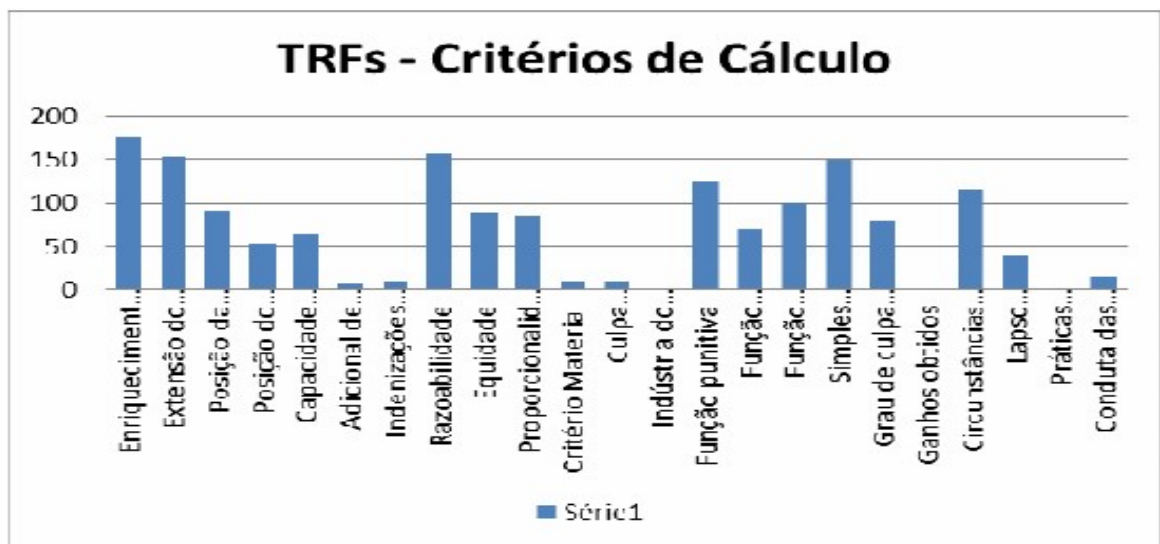
Dentre os critérios punitivos, aquele de maior ocorrência foi a **simples violação do direito**, com 150 (cento e cinquenta) ocorrências, seguida pela **menção expressa à função punitiva dos danos morais**, com menção em 124 (cento e vinte e quatro) ocorrências.

Em 251 (duzentos e cinquenta e um) acórdãos, ou seja, em aproximadamente 84,51% dos casos, houve a referência a pelo menos um critério de cálculo punitivo, o que evidencia uma tendência maior dos tribunais federais em relação aos tribunais estaduais em adotarem critérios de natureza punitiva.¹⁷⁰

Seguem gráficos demonstrativos acerca da aplicação desses critérios nos tribunais federais.

O primeiro gráfico mostra os critérios que foram mais aplicados nas decisões manifestadas pelos TRF's. Já o segundo, mostra os critérios de natureza punitiva que foram adotados para determinação do *quantum* indenizatório, junto com o número de decisões que mencionaram cada um desses critérios punitivos.

Gráfico 3 - Número de Ocorrências de Cada Critério de Cálculo nas Decisões dos Tribunais Federais.



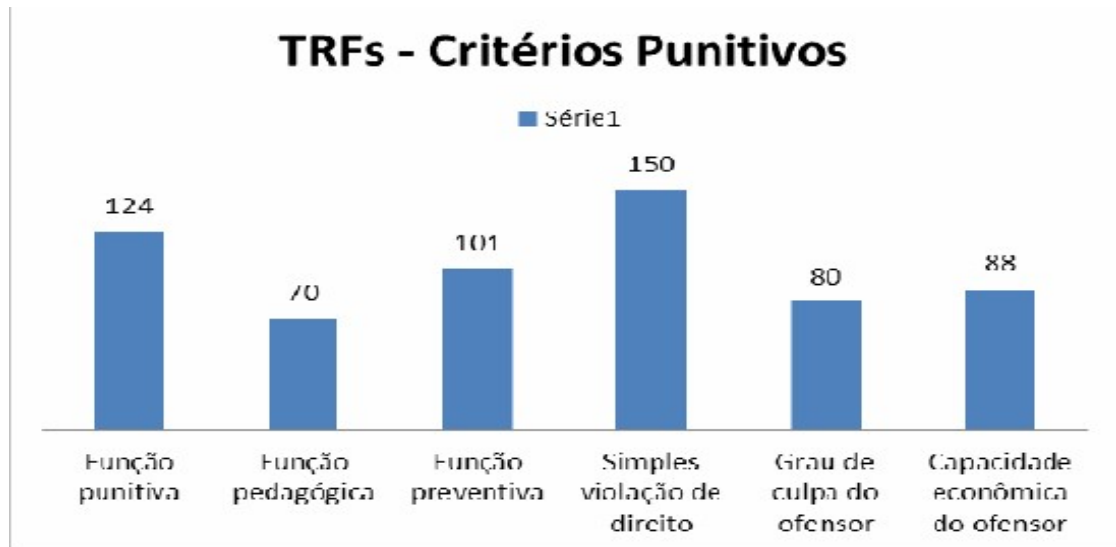
Fonte: Fundação Getúlio Vargas, Pesquisa do Projeto Pensando o Direito (2010).¹⁷¹

¹⁶⁹ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 93 e 94.

¹⁷⁰ Id.

¹⁷¹ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 94.

Gráfico 4 - Número de Ocorrências de Cada Critério Punitivo nas Decisões dos Tribunais Federais.



Fonte: Fundação Getúlio Vargas, Pesquisa do Projeto Pensando o Direito (2010).¹⁷²

Diante desses dados, nota-se que entre os tribunais estaduais e federais há a predominância da aplicação de dois critérios de natureza compensatória, **a vedação do enriquecimento sem causa** e **a extensão do dano**, contudo esses não são os únicos critérios que merecem ser apontados. Também há um uso considerável de critérios de natureza punitiva, desses destacam-se, a **simples violação do direito**, a **expressa menção da função punitiva** da indenização e a **capacidade econômica do ofensor**, indica que, apesar das divergências doutrinárias, uma parte considerável da jurisprudência aceita a ideia de que a responsabilidade civil por danos morais também serve para punir e dissuadir o autor da prática da ilicitude. Surpreendentemente constata-se pela análise dos julgados que embora o critério punitivo se mostre presente, sua aceitação pelos magistrados **não** resultou na atribuição de valores altos para as indenizações.

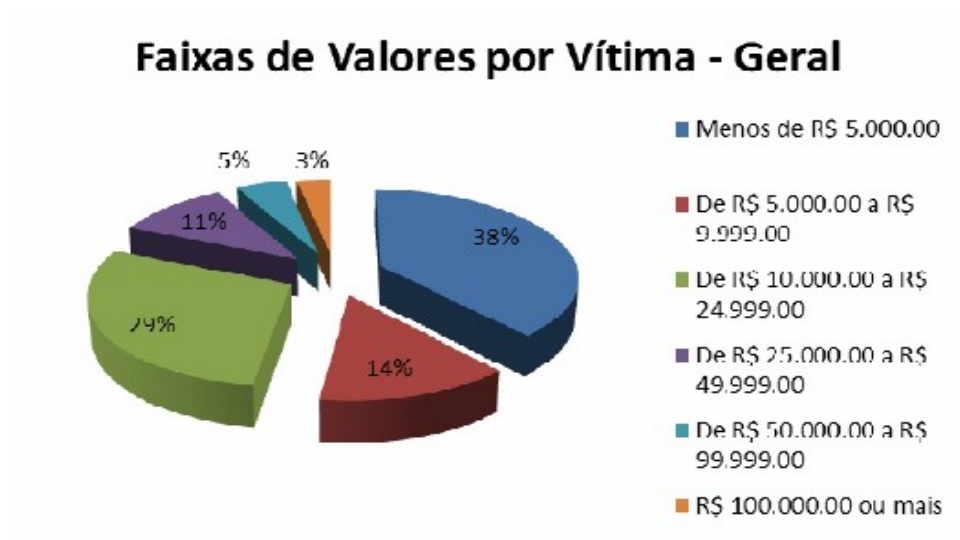
De acordo com os dados fornecidos, combinando-se os resultados de todas as amostras de julgados (mil e quarenta e quatro julgados), temos que em 81% por cento dos casos os valores das indenizações foram fixados em até R\$ 24.999,00 (vinte e quatro mil novecentos e noventa e nove mil reais), desses, 38% dos casos corresponde as vítimas que receberam menos que R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sendo que em 29% dos casos as vítimas receberam valores entre R\$10.000,00 (dez

¹⁷² FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 95.

mil reais) e 24.999,00 (vinte e quatro mil novecentos e noventa e nove mil reais). Em apenas 3% dos casos, as vítimas receberam valores superiores a R\$100.000,00 (cem mil reais).

Isso pode ser verificado pela análise do gráfico a seguir:

Gráfico 5 - Faixas de Valores Arbitrados pelos Tribunais à Título de em Danos Morais

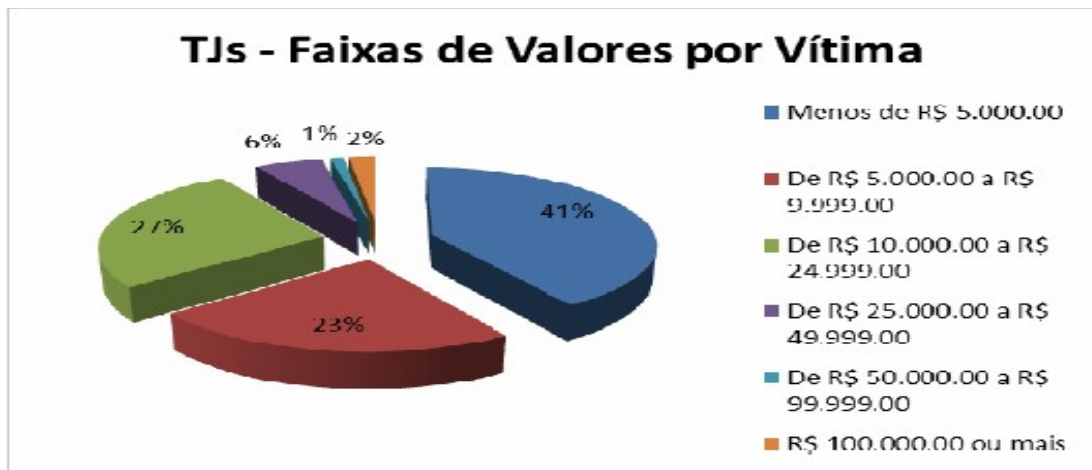


Fonte: Fundação Getúlio Vargas, Pesquisa do Projeto Pensando o Direito (2010).¹⁷³

A mesma situação se verifica em relação às amostras de julgados analisadas separadamente, assim, nos Tribunais Estaduais, 41% das vítimas receberam menos que R\$ 5 000,00 (cinco mil reais). Em 91% por cento dos casos, esse valor foi de até R\$ 24.999,00 (vinte e quatro mil novecentos e noventa e nove mil reais).

Os casos em que as vítimas receberam valores superiores a R\$100.000,00 (cem mil reais) representam apenas 2% do total.

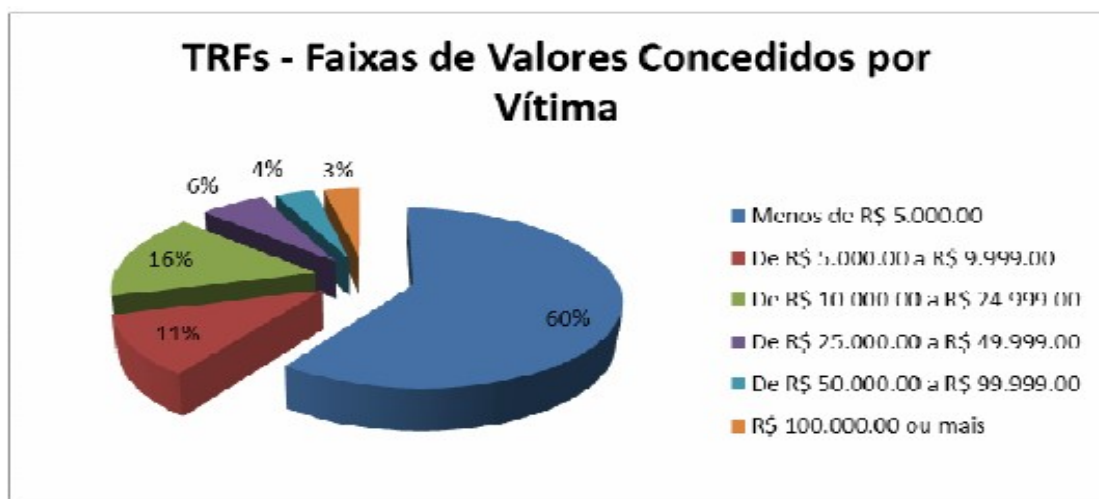
¹⁷³ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 74.



Fonte: Fundação Getúlio Vargas, Pesquisa do Projeto Pensando o Direito (2010).

Já nos Tribunais Regionais Federais, 60% das vítimas receberam menos que R\$ 5 000,00 (cinco mil reais) e em 87% por cento dos casos, esse valor foi de até R\$24 999,00 (vinte e quatro mil novecentos e noventa e nove mil reais), sendo que em apenas 3% dos casos as vítimas receberam valores superiores a R\$100 000,00 (cem mil reais), conforme demonstra a tabela a seguir:

Gráfico 7 - Faixas de Valores Arbitrados pelos Tribunais Federais à título de Danos Morais



Fonte: Fundação Getúlio Vargas, Pesquisa do Projeto Pensando o Direito (2010).¹⁷⁴

Pois bem, desse modo, conclui-se que os valores arbitrados pelos tribunais estaduais, federais e regionais do trabalho, em sede de dano moral, não têm se

¹⁷⁴ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 74.

mostrado exorbitantes, o que refuta, ao menos até o presente, a idéia de uma Indústria do Dano Moral. No geral, há uma grande preocupação por parte desses tribunais em manter a razoabilidade em suas decisões, sempre atentos a atenderem aos interesses da vítima, exigindo do ofensor uma compensação que não ocasione um enriquecimento sem causa, critério que foi mais abordado nas decisões. Todavia, há de se questionar se as funções da indenização que estão sendo empregadas nas decisões, de fato, estão sendo atendidas, especialmente em se tratando da função punitiva.

Os argumentos justificantes da aplicação da função punitiva estão vinculados aos seus objetivos, preventivo e pedagógico que juntos intentam a inibição da conduta ilícita por meio da indenização. Refletindo sobre isso, natural seria que essas decisões que admitem a aplicação de critérios de cunho punitivo, arbitrassem os valores indenizatórios em quantias suficientes a ponto de provocarem no ofensor a desmotivação necessária em relação a prática do ilícito. Contudo, em uma espécie de contradição a isso, verifica-se que as decisões têm sido bem contidas no arbitramento dos valores indenizatórios, o que desperta o questionamento se esses valores estão sendo eficazes para o atendimento da função punitiva.

Em segundo plano, foi analisada a capacidade dos tribunais em manterem um tratamento igualitário no arbitramento das decisões diante de casos semelhantes. Para isso, a pesquisa selecionou dentre as situações mais frequentes, aquelas que mais se assemelham em matéria fática.

As constelações¹⁷⁵ selecionadas foram as seguintes:

- Tribunais Estaduais: Cobrança indevida; Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido.
- Tribunais Regionais Federais: Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido.

Segue tabela com o valor mínimo e máximo concedido para cada uma dessas constelações nos respectivos tribunais:

¹⁷⁵ Grupo de casos com matéria fática semelhante.

Tabela 1 - Constelações Analisadas pelos Tribunais e os Valores Máximo e Mínimo Arbitrados nessas Constelações.

TRIBUNAIS	CONSTELAÇÃO	CASOS	VALOR MÍNIMO	VALOR MÁXIMO
TJs	<i>Cobrança Indevida</i>	23	1 500,00	14 563,23
	<i>Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido</i>	198	500,00	38 000,00
TRFs	<i>Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido</i>	108	1 000,00	25 030,00

Fonte: Fundação Getúlio Vargas, Pesquisa do Projeto Pensando o Direito (2010).¹⁷⁶

A partir da observação da tabela, considerando apenas os valores máximo e o mínimo arbitrados, nota-se que há uma variação considerável.

O valor máximo para casos de cobrança indevida nos Tribunais de Justiça é aproximadamente 9,7 vezes o valor mínimo. Já o valor máximo para inscrição no SERASA nos Tribunais de Justiça é aproximadamente 76 vezes o valor mínimo, enquanto que, o valor máximo para inscrição no SERASA nos Tribunais Regionais Federais é aproximadamente 25 vezes o valor mínimo.

Agora, para que possa haver uma constatação verdadeira se há uma variação digna de ressalva, cabe uma análise mais específica, considerando o número de casos de cada constelação com o valor, ou faixa dele que foi arbitrado para cada um desses casos.

Com isso, segue outra tabela referente ao número de ocorrências de cada constelação por faixa de valor, arbitrado à título de danos morais em cada Tribunal:

¹⁷⁶ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 78.

Tabela 2 - Número de Ocorrências de Cada Constelação por Faixa de Valor, Arbitrado à Título de Danos Morais.

			Menos de R\$ 5.000,00	De R\$ 5.000,00 a R\$ 9.999,00	De R\$ 10.000,00 a R\$ 24.999,00	De R\$ 25.000,00 a R\$ 49.999,00	De R\$ 50.000,00 a R\$ 99.999,00	R\$ 100.000,00 ou mais	Não informado	
TJE	Ocorrências	Cobrança Indevida	16	5	2	0	0	0	0	23
	% dentro da Constelação	Cobrança Indevida	69,60%	21,70%	8,7%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	100%
	Ocorrências	Inscrição no SERASA/SPC/CCF/ Protesto indevido	88	55	50	2	0	0	3	198
	% dentro da Constelação	Inscrição no SERASA/SPC/CCF/ Protesto indevido	44,40%	27,80%	25,30%	1,00%	0,00%	0,00%	1,5%	100%
TRF	Ocorrências	Inscrição no SERASA/SPC/CCF/ Protesto indevido	79	17	9	1	0	0	2	108
	% dentro da Constelação	Inscrição no SERASA/SPC/CCF/ Protesto indevido	73,10%	15,70%	8,3%	0,90%	0,00%	0,00%	1,9%	100%

Fonte: Fundação Getúlio Vargas, Pesquisa do Projeto Pensando o Direito (2010).¹⁷⁷

Pois bem, diante desses novos dados, verifica-se que a variação entre os valores indenizatórios ainda permanece, contudo quando há uma análise das porcentagens referentes aos casos que tiveram a atribuição de seus valores altos, identifica-se que a maioria dos casos está distribuída em faixas de valores considerados baixos (menos de cinco mil reais, por média, em torno de mil e quinhentos reais) e que poucos são os casos que tiveram uma quantificação alta (entre vinte e cinco mil reais e quarenta e nove mil novecentos e noventa e nove mil reais). Com isso, a constatação de um tratamento desigual no arbitramento das indenizações entre os casos cai. Não quer dizer que não exista variação, ela está presente, contudo geralmente não costuma atingir valores muito distantes entre os casos.

Mesmo que o intervalo de variação de valores aparente ser amplo, há uma grande concentração de casos em faixas mais estreitas de variação de valores, apontando que a diferença entre os extremos refere-se a casos excepcionais.

¹⁷⁷ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 79.

Isto é um indicativo de que em volume, as diferenças de valores entre casos de natureza e matéria semelhante não é tão alta. Poucos casos, excepcionais, foram identificados com um valor indenizatório muito acima do padrão encontrado entre seus semelhantes.

A título de exemplo, se nota pela leitura da tabela é que 91% dos casos de cobrança indevida nos Tribunais Estaduais tiveram os valores indenizatórios fixados aproximadamente entre R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) e R\$ 9.999,00 (nove mil, novecentos e noventa e nove mil reais), o que corresponde a uma diferença de aproximadamente 6,6 vezes. Antes de avaliar a porcentagem de casos e suas faixas de valores, a diferença apontada para os casos de cobrança indevida, era de aproximadamente 9,7 vezes. O mesmo se repete com as outras constelações da tabela.

Para os casos nos TJ's que envolveram Inscrição Indevida de Dívida, 72,2% dos casos se encontraram distribuídos nas faixas de valores abaixo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Já nos casos de Inscrição Indevida de Crédito analisados pelos tribunais federais, 73,10% dos casos tiveram seus valores indenizatórios fixados em valores menores que R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); 15,70 % entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 9.999,00 (novecentos e noventa e nove mil reais); Apenas 8,3% dos casos tiveram suas indenizações fixadas entre R\$ 10.000 (dez mil reais) e R\$ 24.999,00 (vinte e quatro mil, novecentos e noventa e nove mil reais). Ainda assim, é importante reforçar que essa diferença de valores arbitrados em casos semelhantes existe, mesmo que não seja tão frequente entre os casos. A depender da situação econômica em que se encontra o ofendido e o ofensor, diferenças mesmo que pareçam pequenas, podem refletir grandemente na esfera pessoal dessas pessoas.

Na tentativa de uniformizar a jurisprudência e trazer mais segurança jurídica que o Superior Tribunal de Justiça manifesta suas decisões paradigmáticas. Em relação a quantificação dos danos morais não seria diferente. Visando estabelecer critérios mais objetivos para facilitar o papel dos magistrados no momento da determinação do *quantum* indenizatório, o STJ vem adotando um método especial para reanalisar os valores a título de dano moral que chegam até sua competência.

9. MÉTODO E CRITÉRIOS UTILIZADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quando há uma divergência de entendimentos sobre determinada matéria entre os tribunais estaduais e federais, recorre-se ao STJ para que ele, em seu papel de corte superior, estabeleça seu entendimento sobre a matéria conflituosa. Com base nos julgados do STJ, os tribunais inferiores conseguem ter um parâmetro para decidirem. Esse é o papel uniformizador do STJ.

Em se tratando de matéria tão polêmica como é o caso dos danos morais, onde as divergências e incertezas permeiam nosso judiciário, a corte superior não poderia se eximir de um posicionamento sobre o tema da quantificação.

Em uma atitude inovadora e que tem se mostrado coerente, o STJ vem aplicando em suas decisões que envolvem a reanálise de valores arbitrados à título de danos morais um método bifásico para chegar em um valor que a corte entende ser razoável, satisfativo e proporcional.

A priori, cabe a ressalva de que a reanálise dos valores das indenizações que chegam até o tribunal superior, via de regra, seria inadmissível, tendo em vista que a Súmula 7 do STJ¹⁷⁸ veda o reexame de matéria fática e probatória. Contudo, nos casos em que valor arbitrado pelo tribunal local se mostra irrisório ou exorbitante, distante dos parâmetros fixados pela corte, admite-se que o STJ reformule o valor arbitrado pela instância inferior, pois nessas situações a análise do valor arbitrado trata-se de uma questão de direito e não de matéria fática.¹⁷⁹

Com isso em mente, vamos à análise do método empregado pelo STJ na revisão dos valores arbitrados a título de dano moral.

O método é chamado de bifásico, pois a análise do valor passa por duas fases distintas.

Primeiro, o magistrado identifica qual foi o direito violado, depois ele seleciona os precedentes que trataram de casos envolvendo o mesmo interesse jurídico e

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Direito processual civil - dos recursos. Corte Especial. 28 jun 1990. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf> Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁷⁹ SILVA; COUTO, [2000?], p. 6.

estabelece um valor base, se pautando nos valores observados nessa jurisprudência selecionada.¹⁸⁰

Na segunda etapa, o ministro tem o papel de fazer a análise casuística da situação, ou seja, observar as peculiares inerentes ao caso e ir sopesando essas subjetividades no valor indenizatório, até que se atinja o valor final.¹⁸¹

Segue trecho do acórdão (RESP 1153541/RS) prolatado pela Terceira Turma do STJ, em um caso onde a parte autora pleiteou danos morais por ter sido incluída em cadastro de devedores sem aviso prévio. Na ocasião o relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, detalhou o conceito do método bifásico em decisão que se tornou referência para que as outras turmas do STJ também começassem a utilizar tal modelo.

VI – Método bifásico para o arbitramento equitativo da indenização.

O método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da reunião dos dois últimos critérios analisados (valorização sucessiva tanto das **circunstâncias** como do **interesse jurídico lesado**).

Na *primeira fase*, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o **interesse jurídico lesado**, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (**grupo de casos**). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na *segunda fase*, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as **circunstâncias particulares do caso** (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. De um lado, será alcançada uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obter-se-á um montante que corresponda às peculiaridades do caso com um arbitramento equitativo e a devida fundamentação pela decisão judicial. (grifado)

Com isso, nesse tipo de método, o objetivo é que o magistrado, na primeira fase, consiga atender ao interesse jurídico da vítima de modo satisfativo e

¹⁸⁰ Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.152.541/RS, Relator. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, Julgamento: 13/09/2011, Publicação: 21/09/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088429&num_registro=200901570760&data=20110921&formato=PDF> Acesso em: 22 abr. 2021. p.19.

¹⁸¹ Id.

equânime, tomando como base os valores considerados satisfativos que foram fixados anteriormente em casos precedentes. Ao mesmo tempo, a decisão deve respeitar as singularidades do caso, fazendo uma análise delas na segunda fase, refletindo essas subjetividades no valor da indenização, sempre fundamentando as situações que incorrem na majoração ou minoração do *quantum*.

Desse modo, estaria se atingindo uma equidade, respeitando a faixa de valores utilizados em casos semelhantes, mas estabelecendo uma variação razoável e proporcional com base nas diferenças inerentes ao próprio caso, atendendo ao Princípio da Reparação Integral.

O Princípio da Reparação Integral do dano tem por objetivo, restabelecer o equilíbrio entre as partes, seja por meio da compensação ou restauração. Ao agente que ocasionou o dano é imposto o dever de prestar uma satisfação ao lesado, em sua integralidade, tomando como base a extensão do dano¹⁸².

A ideia tem fins nobres, contudo os magistrados devem ficar atentos a certos detalhes, para não acabarem repetindo erros cometidos anteriormente em outros métodos de quantificação, a exemplo do método tarifado, já citado neste trabalho. Os juízes devem ter um cuidado especial no momento da fundamentação, para não se basearem exclusivamente nos precedentes anteriores ao caso, porque pode ser interpretado como uma forma de tarifamento judicial.

O próprio Ministro Paulo de Tarso Sanseverino reforça esse cuidado no RESP 959.780¹⁸³, de sua relatoria, expondo que “*Deve-se ter o cuidado, inclusive, com o tarifamento judicial, que começa silenciosamente a ocorrer, embora não admitido expressamente por nenhum julgado, na fixação das indenizações por danos extrapatrimoniais de acordo com precedentes jurisprudenciais, considerando apenas o bem jurídico atingido*”. Em razão disso, é fundamental que os juízes fundamentem bem suas decisões, de forma clara e indicando os critérios adotados.

Desse modo, são apresentados os principais critérios adotados pela jurisprudência do STJ.

¹⁸² LAGE, Daniele. Dano Extrapatrimonial: A responsabilidade civil e o dever de reparação. **Revista Jus Navigandi**, [S.l.], ano 20, 25 jun. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/83506/dano-extrapatrimonial/2>>. Acesso em: 02 mai. 2021.

¹⁸³ Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 959.780, Relator. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, Espírito Santo, Julgamento: 26/04/2011, Publicação: 06/05/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099275/recurso-especial-resp-959780-es-2007-0055491-9/inteiro-teor-19099276>> Acesso em: 22 abr. 2021. p. 16 e 17.

É consensual entre o meio jurídico que há uma dificuldade em estabelecer os critérios que serão adotados na quantificação dos danos morais, todavia, alguns critérios, já se mostram constantes nas fundamentações do STJ.

Pois bem, utilizando dos dados informados em estudo realizado por Isaura Salgado e Igor Costa Couto¹⁸⁴, além de habitual pesquisa doutrinária, identifica-se que os critérios de fixação do *quantum* mais utilizados nas decisões do STJ são:

- Extensão do dano;
- Grau de Culpa do ofensor;
- Eventual culpa concorrente da vítima;
- Capacidade econômica do ofensor;
- Condições pessoais da vítima;
- Vedação ao Enriquecimento Sem Causa;
- Razoabilidade e Proporcionalidade.

Cada um desses critérios será explicado e detalhado a seguir.

9.1 EXTENSÃO DO DANO

A extensão do dano tem relação direta com a criação do instituto da responsabilidade civil. Com previsão no art. 944 do Código Civil, a extensão do dano, vem acompanhada do Princípio da Reparação Integral do Dano que estabelece a razão pela qual a responsabilidade civil existe que é restabelecer o *status quo* anterior ao dano ou, como no caso dos danos morais, exigir do ofensor a prestação de uma satisfação ao ofendido.

Diz o art. 944, caput, do Código Civil que “A indenização mede-se pela extensão do dano.”

Portanto a extensão do dano é o critério mais influente na determinação do valor indenizatório e entender ela é fundamental para verificar se a quantificação estabelecida foi justa.

¹⁸⁴ Cf. nota 145 do capítulo 7.

Pois bem, falar em extensão do dano significa falar na repercussão que a violação do direito gerou no ofendido. Estamos falando da gravidade do dano e da intensidade de suas consequências¹⁸⁵. Assim sendo, o juiz deve fazer uma análise dos impactos que fato em si e suas consequências trazem nas relações civis e pesar isso no arbitramento do *quantum*.

A extensão do dano, a depender da situação, pode se dar no presente e se perpetuar, repercutindo no futuro do ofendido, sendo no âmbito profissional, pessoal ou social, podendo ter uma duração média, ampla ou reduzida e tudo isso será analisado no momento da fixação do valor.¹⁸⁶

Segundo a Ministra Nancy Andrichi:

Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz decide se o dano deve ser reparado com 10, 20 ou 200 salários mínimos. A inscrição do nome do pretendo devedor no SERASA vale, *e.g.*, menos do que a morte de um ente querido, que vale mais do que um atraso em vôo internacional. Por essa trilha já visivelmente insegura, cria a jurisprudência alguns parâmetros, maleáveis, mas objetivos, como decorrência da fluidez do critério: presume-se, com alguma margem de tolerância, o tamanho do abalo – e da compensação – com base na gravidade do atentado.¹⁸⁷

Importante distinguir que a extensão do dano se refere, como o próprio nome do critério nos indica, ao dano (interesse jurídico violado) e o que advém dele e não deve ser confundida com outros voltados à conduta do autor do ilícito, a exemplo da “duração da conduta”¹⁸⁸.

9.2 GRAU DE CULPA DO OFENSOR

Aqui temos um critério que a princípio pode ser de natureza punitiva. Quando o magistrado faz a análise do grau de culpa ele tira seu olhar da vítima e pousa sobre o ofensor, passando a valorar o elemento subjetivo (culpa) que motivou a

¹⁸⁵ SILVA; COUTO, [2000?], p. 13.

¹⁸⁶ XAVIER, Marcella Carvalho P. **TCC Critérios legais de quantificação do dano moral**: proposta de alteração do artigo 944 do código. 30f. Monografia (graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. p.15.

¹⁸⁷ Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, RESP 931.556, Rel. Min. Nancy Andrichi. Julgado em 17/06/2008, apud SILVA; COUTO, [2000?], p.7.

¹⁸⁸ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Série pensando o direito** – Projeto pensando o direito. Relatório final da pesquisa “dano moral”. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-37_dano_moral_fgv.pdf>. Acesso em: 22 abril 2021. p. 45.

conduta ilícita do ofensor, pode diminuir ou aumentar o valor indenizatório com base nisso, manifestando o grau de reprovabilidade da situação¹⁸⁹.

Apesar de ser adotado pelo STJ, a utilização desse critério cria discussões doutrinárias bem relevantes.

Para Maria Celina Bodin, o grau de culpa não deveria ser usado como possibilidade de majoração do dano, pois não haveria previsão legal para isso, já que o art. 944, parágrafo único do Código Civil se limita em dizer que “*Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.*”. A argumentação é a de que em o dispositivo não abriu a possibilidade para que a análise da culpa fosse utilizada para além da diminuição do valor indenizatório¹⁹⁰.

9.3 EVENTUAL CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA

Aqui avalia-se se o autor da ação foi responsável de algum modo pelo dano sofrido. Se constatado que o ofendido também teve culpa pelo dano gerado, o valor da indenização é reduzido na medida em que a vítima colaborou para a ocorrência do dano ou agravamento dos prejuízos enfrentados por ela¹⁹¹, nos mesmos moldes do que estabelece o art. 945 do CC/2002, que determina: “*Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano*”.

9.4 CAPACIDADE ECONÔMICA DO OFENSOR

A situação econômica do ofensor é um critério punitivo, contudo pode ser utilizado também como um limitador da discricionariedade do juiz na dosagem do valor.

Analisando pelo viés punitivo, identificamos que este critério está ligado com os objetivos preventivos e pedagógicos da indenização, ou seja, com a sua natureza

¹⁸⁹ Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.152.541/RS, Relator. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, Julgamento: 13/09/2011, Publicação: 21/09/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088429&num_registro=200901570760&data=20110921&formato=PDF> Acesso em: 22 abr. 2021. p.13.

¹⁹⁰ BODIN DE MORAES, M. C. Conceito, função e quantificação do dano moral. **Revista IBERC**, v. 1, n. 1, p. 1 - 24, 22 maio 2019. p. 10.

¹⁹¹ SILVA; COUTO, [2000?], p.8.

punitiva. Quando o juiz analisa a capacidade econômica, ele está verificando o patrimônio do ofensor e com isso, analisando qual valor seria suficiente para atingir a esfera do ofensor ao ponto de desestimular a prática ilícita, repreendê-la e satisfazer a vítima.¹⁹² Além disso, a análise da capacidade econômica do ofensor estabelece limites para o valor fixado, não podendo atingir o mínimo existencial do ofensor.

Precisa haver um equilíbrio, ou seja, uma decisão que seja satisfativa ao ofendido, mas também não seja onerosa demais, ao ponto de afetar a subsistência do ofensor, quando esse não for detentor de muitas posses. Para os casos em que o ofensor não possui uma suficiência econômica capaz de cumprir com o valor arbitrado em sede de indenização, sugere-se que ao invés de se restringir a uma compensação em pecúnia que corre riscos de não ser cumprida, o juiz amplie suas possibilidades de sanção e recorra de forma cumulada ou independente a uma forma de compensação alternativa, para que nenhuma das partes deixe de atender ao que impõe o instituto da responsabilidade civil.

Interessante observar que nos casos em que há muitos demandantes, para que o montante total da indenização não fique muito alto, os Ministros reduzem o valor a que cada demandante faz jus. Assim, um filho único pleiteando indenização pela morte de seu pai será mais reparado que cada membro de uma família numerosa pleiteando a mesma coisa.¹⁹³

9.5 CONDIÇÕES PESSOAIS DA VÍTIMA

Nesse critério a análise recai sobre as características pessoais da vítima que representam sua individualidade. O juiz vai analisar as condições relacionadas aos hábitos e modo de vida do ofendido, tais como, a posição social, trabalho, cultura, atividades cotidianas relacionadas ao lazer, idade, eventuais problemas físicos e/ou psicológicos, capacidade econômica, entre outras condições presentes na vida do indivíduo, desde que estejam relacionadas com o evento danoso¹⁹⁴.

¹⁹² Cf. nota 197 deste capítulo.

¹⁹³ SILVA; COUTO, [2000?], p. 8.

¹⁹⁴ FAVARETTO, Cícero Antônio. **A Fixação do Valor Indenizatório do Dano Extrapatrimonial nas Relações de Consumo**. 95f. Monografia (graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p.45.

Visto por esse ângulo, há de se notar que esse critério possui relação com a extensão do dano, já que nesta análise o juiz também volta seu olhar para a esfera pessoal da vítima com o intuito de medir a repercussão daquele dano. A análise da posição da vítima tem um papel de apoio na identificação da extensão do dano, ampliando essa, quando a posição da vítima guardar uma relação negativa com o dano¹⁹⁵. A título de exemplo, pense em um caso onde uma criança com déficit de atenção sofre diversas humilhações e xingamentos na escola por parte do seu professor e na frente de outros colegas. Nesse caso, o juiz fará uma análise da idade da vítima, do ambiente social frequentado por essa vítima (escola), da doença que acompanha a vítima, e outras condições pessoais desse indivíduo que pesam no momento do juiz determinar um valor indenizatório, pois guardam uma relação negativa com a conduta do ofensor. É com base na análise dessas condições pessoais, que o juiz vai concluir qual é a gravidade e a intensidade da violação, pois esses elementos estão vinculados a essas características pessoais.

De modo sucinto, o tratamento que é dado a um direito depende da forma como esse direito é vivido pelo seu detentor, sendo a razão pela qual os casos envolvendo danos morais se diferem uns dos outros, pois cada indivíduo vive o direito de uma maneira diferente em intensidades distintas. Todavia, o juiz deve ter um cuidado especial ao valorar a posição da vítima, principalmente quando envolve posições sociais e políticas, para que não ocorra uma discriminação velada, ocasionando indenizações díspares em casos semelhantes, apenas por conta de algum fator pessoal que no fim acaba não influenciando na situação como um todo¹⁹⁶.

Cabe mencionar que as condições pessoais da vítima devem ser analisadas, mesmo nos casos em que temos uma condenação *in re ipsa*, ou seja, diante de uma condenação onde o dano não precisa ser provado, conforme estabelece o Enunciado n. 455 do Conselho de Justiça Federal¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Id.

¹⁹⁶ Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.152.541, Relator. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, Julgamento: 13/09/2011, Publicação: 21/09/2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099275/recurso-especial-resp-959780-es-2007-0055491-9/inteiro-teor-19099276>. Acesso em: 22 abr. 2021. p.13 e 14.

¹⁹⁷ Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência.

9.5.1 Capacidade Econômica da Vítima

Embora esse critério não tenha sido mencionado como um critério independente entre os mais utilizados pelo STJ, indubitavelmente necessário mencioná-lo, já que se trata de uma das condições pessoais do ofendido, ou seja, de certa forma ele é mencionado, mas não tanto quanto outras condições pessoais que envolvem a vítima.

A análise da capacidade econômica da vítima está relacionada ao Princípio do Não Enriquecimento Sem Causa. O magistrado observa as condições econômicas da vítima fixando um valor indenizatório que não gere um enriquecimento, mantendo o ofendido na sua condição econômica.

Embora tal lógica seja compreensível, o critério é bem criticado no meio jurídico, pois levanta a ideia de que o juiz, ao adotá-lo, estaria violando o Princípio da Igualdade, previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988¹⁹⁸. Isso porque, as pessoas com poder aquisitivo menor, acabam recebendo menos que pessoas com poder aquisitivo maior, mesmo em casos semelhantes.

Sobre a utilização desse critério, a terceira turma do STJ, em acórdão relatado pelo Ministro Ari Pargendler decidiu :

CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. A condição social da vítima, de pobre, não pode ser valorizada para reduzir o montante da indenização pelo dano moral; a dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida por pessoas abonadas ao serem privadas de um ente querido. Recurso especial conhecido e provido.¹⁹⁹

Além dessa questão da violação da igualdade, a doutrina questiona a relevância da adoção desse critério no cumprimento das funções punitiva e satisfativa da indenização.

Para Rizzato Nunes²⁰⁰ *“Não se pode olvidar das características da indenização no caso de dano moral: ela é satisfativo-punitiva. O elemento satisfativo*

¹⁹⁸ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

¹⁹⁹ Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Recurso Especial nº 951.777, Relator. Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em: 19/06/2007. Publicado em: 27/08/2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8908378/recurso-especial-resp-951777-df-2006-0096518-1>> Acesso em: 24 abr. 2021.

²⁰⁰ NUNES, 2005 apud FAVARETTO, 2005, p. 55.

deve ser buscado no evento causador do dano, não na condição econômica da vítima”.

Basicamente o que o jurista quer dizer, é que, temos duas naturezas reconhecidas como pertencentes a responsabilidade civil: a punitiva e a satisfativa. Os critérios utilizados para determinação do valor da indenização devem ter como objetivo o atendimento dessas funções. No caso a condição econômica do ofendido não atende a nenhuma das funções. A função punitiva se volta ao **agente ofensor**, razão pela qual a análise da capacidade econômica da **vítima** não se relaciona com essa natureza da indenização. Agora, em relação à função compensatória, também não se mostra interessante a adoção desse critério, pois para cumprir a função compensatória o magistrado utiliza como parâmetro a extensão do dano, o grau de culpa das partes e as condições pessoais da vítima que se vinculam com o dano. Porém, a análise da condição financeira da parte lesada não possui relação com o dano e em nada contribui para o cumprimento da função compensatória, razão pela qual tem sido considerada desnecessária no arbitramento do *quantum*²⁰¹.

9.6 VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Esse critério, na realidade, está ligado a um Princípio do Direito Civil. O Princípio da Vedação ao Enriquecimento sem Causa tem amparo na cláusula geral do art. 884 do Código Civil. Esse artigo determina: *“Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”*

Este princípio está ligado ao Princípio da Solidariedade, da Equidade e também com o Princípio da Razoabilidade. Ele tem sua origem baseado em uma ideia de respeito ao próximo e a propriedade alheia.²⁰² Sob essa ideia, o direito não admite que uma pessoa enriqueça às custas de outra, sem que haja uma razão justificável. Além disso, deve haver um equilíbrio entre as partes, uma não pode ter vantagem sobre a outra.

²⁰¹ FAVARETTO, 2008. p.55.

²⁰² SOUZA, Vinícius Eduardo Silva. Enriquecimento sem causa como cláusula geral do Código Civil: Interpretação civil-constitucional e aplicabilidade judicial. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 01 jun. 2011. Disponível em: <[https:// ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/enriquecimento-sem-causa-como-clausula-geral-do-codigo-civil-interpretacao-civil-constitucional-e-aplicabilidade-judicial/#:~:text=Causa%2C%20a%20saber%3A-,%20a%20atualiza%20dos%20valores%20monet%20rios.>](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/enriquecimento-sem-causa-como-clausula-geral-do-codigo-civil-interpretacao-civil-constitucional-e-aplicabilidade-judicial/#:~:text=Causa%2C%20a%20saber%3A-,%20a%20atualiza%20dos%20valores%20monet%20rios.>)> Acesso em: 30 abr. 2021.

O Princípio da Reparação Integral fala em restituir a relação anterior ao dano, em restabelecer o equilíbrio da relação entre as partes, e não em tirar vantagem sobre o ofensor. Esse princípio exige do juiz uma atenção especial no momento da fixação do valor indenizatório. O *quantum* deve ser suficiente para satisfazer a vítima, não pode ser irrisório, para não ofender a parte lesada, tampouco exorbitante, prejudicando o ofensor. Ele deve ser justo, equilibrado, ou seja, proporcional ao que exige a natureza da indenização.

É de extrema importância que o magistrado deixe claro quais critérios que fundamentaram sua decisão e a razão da escolha de cada critério, para que as partes não se sintam prejudicadas.

9.7 RAZOABILIDADE

A razoabilidade como fora mencionado anteriormente em outra oportunidade²⁰³, diz respeito a coerência do magistrado em sua decisão, diante de todos os fatos e critérios apresentados. O juiz deve fixar um valor que atenda ao fim a que foi proposto, ou seja, respeitando as funções da indenização e considerando as subjetividades do caso que foram incorporadas na análise de cada critério determinado por ele. Desse modo, podemos dizer que a razoabilidade está ligada a consideração da realidade fática, bom senso, experiência do magistrado, prudência, lógica e limites do razoável²⁰⁴.

Segundo Sérgio Cavalieri a razoabilidade é definida como tudo aquilo que seja, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional²⁰⁵, baseado na situação fática concreta, ou seja, uma decisão razoável é aquela que se mostra coerente a situação apresentada, necessária ao que se exige dela pelo e equilibrada em relação ao arbítrio do juiz.

Ainda se referindo a aplicação da razoabilidade no arbitramento dos danos extrapatrimoniais, Cavalieri ensina que:

A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da *lógica do razoável* deve ser a bússola norte adora do julgador. Razoável é aquilo que

²⁰³ Cf. Páginas 66 e 67 deste documento.

²⁰⁴ SILVA; COUTO, [2000?], p.10.

²⁰⁵ FILHO, 2012. p.103.

é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Enfim, razoável é aquilo que é, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes²⁰⁶.

Mesmo sendo de muito valia, o critério não pode ser o único presente na decisão, sob o risco ser considerada uma decisão não fundamentada. Isso porque esse critério é muito amplo. Utilizar-se apenas da razoabilidade e proporcionalidade sem considerar outros critérios torna a decisão extremamente vaga e sem substância. A própria aplicação desses princípios perde o sentido, já que a verificação da incidência deles acontece verificando se os outros critérios foram atendidos, se a decisão não traz outros critérios, não há como expor ou afirmar de modo transparente que a razoabilidade foi realmente atendida.

Infelizmente, muitas decisões se limitam a mencionar apenas esse critério conjuntamente com a proporcionalidade.

Em suma, o critério serve para justificar que o valor estipulado foi justo, ou seja, suficiente atendendo aos fins aos quais se destina, sem ir além da sua proposta funcional, fazendo uma ponderação adequada das situações inerentes ao caso por meio dos demais critérios adotados. Desse modo demonstrando na sentença os critérios relevantes para a emissão do seu juízo de valor e correlacionando-os ao caso concreto proposto pela vítima²⁰⁷.

10. CONCLUSÃO

Esse trabalho teve como objetivo principal a identificação de um método de quantificação do dano moral que seja razoável e disponha de critérios minimamente objetivos que possam orientar os magistrados na fixação dos valores indenizatórios.

²⁰⁶ Id.

²⁰⁷ FAVARETTO, 2008. p.49.

Partindo dessa ideia, o trabalho foi dividido em duas etapas. De início, para demonstrar aonde o dano moral se insere no contexto da responsabilidade civil, foi feita uma análise detalhada desse instituto e seus pressupostos. Depois, foi dado um enfoque sobre o dano moral e as funções da sua indenização.

A segunda parte do trabalho tratou sobre os métodos e critérios utilizados pelos tribunais na análise dos danos morais, fazendo um estudo de cada um deles, a fim de identificar quais atendem melhor a natureza jurídica da indenização do dano moral e que podem ser utilizados como parâmetro.

Durante a análise do dano, foi esclarecido que o dano moral corresponde à violação de um interesse autônomo ligado a personalidade do indivíduo merecedor da tutela do Estado, ou seja, é um direito personalíssimo que foi violado, sendo de interesse para a ordem jurídica a sua reparação.

Compreendido o que é o dano moral, se fez um estudo sobre a natureza jurídica da sua indenização, a fim de identificar quais critérios deveriam ser empregados no momento da fixação do valor, dando preferência aqueles que respeitassem as funções dessa responsabilização. Ocorre que, durante as pesquisas, foi constatado que não há um consenso doutrinário acerca das funções admitidas para a responsabilidade civil. Foram identificadas três correntes doutrinárias que tratam dessa questão:

- A satisfativa
- A punitiva
- A mista.

Enquanto a corrente satisfativa admite apenas a função compensatória dentro da responsabilidade civil, que tem como objetivo a reparação/compensação do ofendido, a corrente punitiva admite uma função retributiva, cumulada com uma função dissuasiva e preventiva, manifestada por meio de uma pena civil. Já a corrente mista, admite ambas as funções dentro do instituto.

Em se tratando da função da indenização do dano moral, as correntes permanecem as mesmas, ficando à discricionariedade do juiz escolher qual corrente adotar e os critérios que se aproximam da corrente adotada.

Em certo momento do trabalho foi trazida a opinião do jurista Nelson Rosendal a respeito da aplicação de critérios de natureza punitiva na quantificação da indenização de danos morais. Embora o preclaro seja a favor da incorporação da função punitiva dentro da responsabilidade civil, ele se mostra contrário a utilização

de critérios punitivos na quantificação dos danos morais. Sob o ponto de vista do autor, no caso dos danos morais, cuja tutela é voltada a reparação de um bem jurídico pessoal da vítima e apenas dela, não se devem misturar as funções punitiva com a compensatória na fixação do valor. Nesse caso, a tutela deve ser voltada apenas para a vítima e para a satisfação de seus interesses. No caso dos danos morais, a vítima não tem interesse no grau de reprovabilidade da conduta do agente. O interesse da vítima é voltado apenas ao recebimento de uma compensação pelo dano que sofreu.

Além disso, complementando essa ideia de que não cabe o emprego da função punitiva na responsabilização da moral, Anderson Schreiber afirma que essa função na esfera cível não é recepcionada pela lei. Portanto, admitir critérios de cunho punitivo seria violar o Princípio da Legalidade, além de ir contra as novas tendências da responsabilidade civil, cada vez menos preocupada com a análise da culpa para responsabilização do ofensor.

Todavia, embora haja esse entendimento de que a natureza jurídica da indenização por danos morais deve ser apenas compensatória, a jurisprudência tem aplicado critérios de natureza punitiva na quantificação dos danos morais, mostrando-se mais adepta a corrente mista.

Com base em pesquisa jurisprudencial realizada pela FGV, que contou com a análise de 1044 acórdãos tratando dos danos morais, foi verificada essa tendência entre os tribunais regionais e federais na aplicação de critérios de natureza satisfativa e punitiva. Também foi constatado nessa pesquisa que os valores arbitrados à título de danos morais não costumam ser muito altos, mesmo com a adoção de critérios de natureza punitiva, que a princípio, ensejariam a atribuição de valores mais altos, por objetivarem o desestímulo das condutas lesivas. Na realidade, os tribunais têm se mostrado bem prudentes no arbitramento dos valores e especialmente atentos à obediência do Princípio do Não Enriquecimento sem Causa, quebrando a ideia de que existe uma Indústria dos Danos Morais influenciada pela adoção de critérios de natureza punitiva.

Nessa pesquisa também foi identificada uma variação entre os valores arbitrados, contudo essa variação não se mostra tão dispare. Apenas em casos excepcionais foram identificados valores muito altos que destoam da média, ainda assim, a variação está presente.

Ao fim do trabalho, na consulta sobre o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em relação à quantificação dos danos morais, foi identificada a aplicação do método que, até o momento, melhor atende a quantificação do dano moral. O método conhecido como bifásico foi criado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino e vem sendo adotado pelo STJ e se mostrando adequado.

O método se divide em duas fases, na primeira etapa, o juiz estabelece um valor base partindo de uma referência a outros valores que foram fixados em precedentes anteriores. Na segunda etapa, há a análise das subjetividades que envolvem o caso e nela são adotados critérios que influenciam no resultado final do valor. Com isso, neste tipo de método, o magistrado, na primeira fase, consegue atender de modo equânime tanto o interesse jurídico da vítima, como as circunstâncias particulares ao caso. O juiz parte da análise do interesse da vítima e dos valores arbitrados em casos anteriores que atenderam a esse mesmo interesse, para depois, modificar o valor que tinha sido fixado com base nas **circunstâncias particulares ao caso** (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), gerando um arbitramento proporcional as situações particulares que envolveram o caso.

Desse modo, pelo método bifásico se atinge uma equidade, respeitando a faixa de valores utilizados em casos semelhantes, mas estabelecendo uma variação razoável e proporcional com base nas diferenças inerentes ao próprio caso. Atende assim, de modo eficiente, ao Princípio da Reparação Integral.

Também foram identificados alguns critérios que costumam ser incorporados junto com o método bifásico pelo STJ. São eles: a extensão do dano, o grau de culpa do ofensor (critério punitivo); a eventual culpa concorrente da vítima; a capacidade econômica do ofensor (critério punitivo); as condições pessoais da vítima; a vedação ao enriquecimento sem causa e a razoabilidade junto com a proporcionalidade.

Conclui-se então, que na fixação dos valores indenizatórios dos danos morais, os magistrados não estão totalmente desamparados. Embora existam várias incertezas em torno deste tema, alguns critérios já são reconhecidos como base para fixação do *quantum* indenizatório. Juntando esses critérios ao método bifásico, consegue-se ter um parâmetro razoável para fixação do *quantum* que atende a função compensatória, dissuasiva e preventiva admitida pela jurisprudência e

estabelece limites mínimos que podem auxiliar os magistrados nessa tarefa complexa que é quantificar os danos morais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. Ed. Jurídica e Universitária. Aspectos da locação predial. 1966.

AMARANTE, Aparecida, **Responsabilidade civil por dano à honra**, Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

BRASIL. **Código Brasileiro de Telecomunicações**. Lei nº 4.117, de 27, ago. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117compilada.htm#:~:text=LEI%20N%204.117%2C%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201962.&text=Institui%20o%20Código%20Brasileiro%20de%20Telecomunicações.&text=Art.&text=Telefonia%20é%20o%20processo%20de%20internacionais%20aprovados%20pelo%20Congresso%20Nacional.> Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Jair Lot Vieira. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2017.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei nº 3.071, de 1º de jan. 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 22 nov. 2020

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 out. 2020

BRASIL. **Constituição Federal de 1998**. Organização do texto por Editora Jurídica e Editora Manole. 9. ed. Até a EC nº 95/2016. São Paulo: Manole, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Direito processual civil - dos recursos. Corte Especial. 28 jun 1990. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf> Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 281. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Direito processual civil - dos recursos. Corte Especial. 28 jun 1990. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf> Acesso em: 29 abr. 2021.

BODIN DE MORAES, M. C. Conceito, função e quantificação do dano moral. **Revista IBERC**, v. 1, n. 1, p. 1 - 24, 22 maio 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil**. Organização por Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos->

judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf> Acesso em: 22 abr. 2021

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 8º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FAVARETTO, Cícero Antônio. **A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo**. 95f. Monografia (graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas. 2012.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Série pensando o direito**: relatório final da pesquisa “dano moral”. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-37_dano_moral_fgv.pdf>. Acesso em: 22 abril 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil, direito das obrigações**: Parte Especial – Responsabilidade Civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

LAGE, Daniele. Dano Extrapatrimonial: a responsabilidade civil e o dever de reparação. **Revista Jus Navigandi**, [S.l.], ano 20, 25 jun. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/83506/dano-extrapatrimonial/2>>. Acesso em: 02 mai. 2021.

MELO, Getúlio Costa. A teoria do desestímulo (punitive damages) no âmbito consumerista. **Âmbito Jurídico**, n. 128. Set. 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-128/a-teoria-do-desestimulo-punitive-damages-no-ambito-consumerista/>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2020.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHREIBER, Anderson, **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos, 6. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Isaura Salgado; COUTO, Igor Costa. **Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 20f. Pesquisa Acadêmica, Departamento de Direito, [S.l.], [2000?]. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JURIsaura%20Salgado%20Silva%20e%20Igor%20Costa%20Couto.pdf>. Acesso em: 25 abril 2021.

SOUZA, Vinícius Eduardo Silva. Enriquecimento sem causa como cláusula geral do Código Civil: Interpretação civil-constitucional e aplicabilidade judicial. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 01 jun. 2011.

Disponível em: <[STOLZE, Pablo; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil 3: responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/enriquecimento-sem-causa-como-clausula-geral-do-codigo-civil-interpretacao-civil-constitucional-e-aplicabilidade-judicial/#:~:text=Causa%2C%20a%20saber%3A-,%20Art.,a%20atualiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20valores%20monet%C3%A1rios.> Acesso em: 30 abr. 2021.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.152.541, Relator. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, Julgamento: 13/09/2011, Publicação: 21/09/2011. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099275/recurso-especial-resp-959780-es-2007-0055491-9/inteiro-teor-19099276>. Acesso em: 22 abr. 2021.

Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Recurso Especial nº 951.777, Relator. Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em: 19/06/2007. Publicado em: 27/08/2007. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8908378/recurso-especial-resp-951777-df-2006-0096518-1>> Acesso em: 24 abr. 2021.

Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 959.780, Relator. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, Espírito Santo, Julgamento: 26/04/2011, Publicação: 06/05/2011. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099275/recurso-especial-resp-959780-es-2007-0055491-9/inteiro-teor-19099276>> Acesso em: 22 abr. 2021. p. 16 e 17.

Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 52.842, Relator. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rio de Janeiro, Julgado em: 16 set. 1997, Publicado em: 27 out. 1997. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400252056&dt_publicacao=27-10-1997&cod_tipo_documento=&formato=PDF> Acesso em: 20 abr. 2021

Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial nº 513.057/SP, Relator. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Julgado em: 18 set. 2003, Publicado em: 19 dez. 2003. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=429541&num_registro=200300475238&data=20031219&peticao_numero=-1&formato=PDF> Acesso em: 20 abr. 2021

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

XAVIER, Marcella Carvalho P. TCC **Critérios legais de quantificação do dano moral**: proposta de alteração do artigo 944 do código. 30f. Monografia (graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020.

YAMAGUTI, Igor Issami. **Dano moral e o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça na fixação da indenização.** 93f. Monografia (graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.