

A valorização do dano moral e aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no Direito Civil

POR FRANCISCO CARVALHO CORRÊA (*)

SUMARIO: I. Introdução. — II. Responsabilidade civil. — III. Dano moral. — IV. Funções do dano moral. — V. Dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas indenizações por danos morais. — VI. Da valorização do dano moral. — VII. Conclusão. — VIII. Referências.

Resumo: o presente trabalho busca inicialmente conceituar a responsabilidade civil, apresentando suas espécies, bem como, seus elementos. Em seguida, é feita uma abordagem acerca do dano moral, matéria de estudo, estabelecendo sua importância no Direito Brasileiro, juntamente com a fixação do quantum indenizatório. Mais a frente, são apresentadas as funções do dano moral, seja compensatória ou punitiva. Logo em seguida, é analisado a importância do princípio da razoabilidade e proporcionalidade e suas aplicações nas indenizações por danos morais. Por fim, é trazido à baila a valorização do dano moral, nas ações indenizatórias no dias atuais.

Palavras chaves: responsabilidade civil - dano moral - princípios da razoabilidade e proporcionalidade

The appreciation of the moral damages and application of the reasonableness and proportionality principles in Civil Law

Abstract: *this study aims do initially conceptualize liability, presenting its species and its elements. Then na approach about the moral damage, the area of study is made, establishing its importance in Brazilian law, along with the establishment of indemnity quantum. Later on, the functions of moral damages are presented, either compensatory or punitive. Soon after, it is analyzed the importance of the principles of reasonableness and proportionality and its applications in compensation for moral damages. Finally, it is, brought into the dande appreciation of moral damages in compensation claims, today.*

Keywords: *civil responsibility- moral damage- principles of reasonableness and proportionality*

I. Introdução

A Responsabilidade Civil nasceu a partir da necessidade da reparação de um dano como forma de ressarcir os prejuízos dele decorrentes, sendo que tal reparação seria efetivada por meio de uma compensação pecuniária para a vítima que sofresse o dano.

Tal instituto possui raízes no Direito Romano e Francês, e no Direito Brasileiro começou a ser positivado com a promulgação do Código Civil de 1916 e, posteriormente com a vigência do Código Civil de 2002.

Na doutrina, examinamos a Responsabilidade Civil baseando-se na conduta do agente, o dano e o nexo causal.

(*) Prof. de Derecho Procesal Civil, Prof. Práctica Jurídica II, Prof. de Introducción al estudio del Derecho, Prof. de Derecho Constitucional, Faminas, Campus Muriaé, Muriaé, Minas Gerais, Brasil.

O presente artigo almeja abordar o conceito e do que se trata a Responsabilidade Civil, assim como suas espécies, com foco no dano moral, os titulares da ação de reparação e sua natureza jurídica para em seguida tratar da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade no momento da quantificação do dano moral.

É sabido que o dano moral caracteriza-se como ofensa ou violação de bens de ordem moral de determinada pessoa, o que se encontra respaldado no nosso ordenamento jurídico em seu artigo 5, incisos V e X da Constituição da República Federativa de 1988 e em seu artigo 186 do Código Civil de 2002.

Entretanto, embora seja introduzido, admitido e reconhecido em nossa legislação, é motivo de grande discussão entre juristas e doutrinadores que divergem quanto aos limites e efeitos do dano moral, por se tratar de um bem imaterial sendo impossível a sua valoração.

Neste contexto, a principal contenda acerca do assunto, depara-se no que tange aos efeitos negativos causados pela possibilidade da não aplicabilidade do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade no momento da quantificação do dano moral, podendo acarretar um desequilíbrio entre os pólos da ação, proporcionando a vítima um enriquecimento ilícito, como também ao ofensor uma sanção pecuniária ínfima, ao ponto do mesmo interpretar ser mais interessante continuar na prática lesiva, retirando o foco do caráter precípuo da indenização em educar o ofensor para desestimulá-lo da prática delituosa para com a vítima.

II. Responsabilidade civil

II.1. Conceito de responsabilidade civil

A responsabilidade civil advém da violação de determinada norma jurídica já existente, a qual gera certa obrigação àquele causador do dano de reparar ou indenizar o lesionado.

O Código Civil, em seu artigo 186 resta demonstrado tal responsabilidade ao mencionar que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O ilustre doutrinador Sergio Cavalieri apresenta seu conceito para a responsabilidade civil, vejamos:

“A responsabilidade civil parte do posicionamento que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar, pois todos temos um dever jurídico originário o de não causar danos a outrem e ao violar este dever jurídico originário, passamos a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado. O ato jurídico é espécie de fato jurídico” (2008: 2).

Em síntese, nos dizeres de Maria Helena Diniz:

“A responsabilidade civil é a aplicação das medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal” (2006: 40).

Assim, surge a responsabilidade civil, quando há a necessidade da reparação de um dano causado por uma pessoa a outra, existindo a obrigação de ressarcimento dos prejuízos causados à vítima que sofreu o evento danoso.

II.2. Espécies de responsabilidade civil

Conforme explica a doutrina especializada, a responsabilidade civil é dividida em subjetiva e objetiva, em razão da existência de culpa do agente, que será ou não considerada elemento obrigatório de reparar o dano.

II.2.1. Responsabilidade civil objetiva e subjetiva

II.2.1.1. Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva transcorre de um ato praticado pelo agente, de forma culposa ou dolosa. Isto significa que, caberá a vítima, para que obtenha a indenização, demonstrar o nexo causal entre a conduta do ofensor e o dano, bem como a culpa deste.

Essa culpa se caracteriza no momento em que o agente causador do dano age com imprudência ou negligência, conforme artigo 186 do Código Civil.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz:

“Na responsabilidade subjetiva o ilícito é o seu fato gerador, de modo que o imputado, por ter-se afastado do conceito de “bônus pater famílias” deverá ressarcir o prejuízo, se provar que houve dolo ou culpa na ação. Sua responsabilidade será individual, podendo ser direta ou indireta. Será direta, quando o agente responder por ato próprio. Será indireta, apenas nas situações previstas em lei, nas quais se admite culpa presumida “juris et de jure”, operando-se, conseqüentemente, conforme o caso, a inversão do “onus probandi”, ou ainda, gerando responsabilidade civil objetiva (CC, art. 933)” (2007: 53).

Vale ressaltar que, no instituto da responsabilidade civil subjetiva, o dever de indenizar é em regra, do agente causador da conduta danosa, porém, em casos em que ocorra culpa exclusiva da vítima, não há que se falar em reparação por parte do causador do dano.

II.2.1.2. Responsabilidade civil objetiva

Consiste em reparar um dano sem que haja necessidade de análise de culpa, bastando apenas que exista um dano, da conduta humana e o nexo de causalidade.

Sua base se encontra na teoria do risco, onde todo aquele que exercer alguma atividade que cause risco de dano a terceiros, se o dano ocorrer de fato, deve ser reparado, mesmo que a culpa não seja concorrente.

Diz Carlos Roberto Gonçalves:

“A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia 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, que 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 de trabalho” (2005: 73).

A responsabilidade civil objetiva se faz presente no artigo 927, e em virtude de sua amplitude, resta configurada somente nos casos previstos em lei conforme parágrafo único do Código Civil que esclarece que:

“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

II.3. Elementos da responsabilidade civil

São elementos necessários da responsabilidade civil: a conduta humana, seja ela negativa ou positiva; nexo de causalidade entre a conduta praticada e a lesão causada e o dano, conforme palavras de Mari Helena Diniz:

“Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois o lado da culpa, como fundamento da responsabilidade temos o risco. Ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado á vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada. Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano” (2007: 37).

II.3.1. Conduta humana

A conduta humana corresponde ao primeiro elemento da responsabilidade civil e é todo e qualquer comportamento praticado por um indivíduo, seja de forma positiva, em forma de uma ação, ou negativa, como sendo uma omissão.

Quando se trata de ação ou omissão praticada por uma pessoa, deverá a mesma ser praticada de forma voluntária, sem que haja qualquer vício de consentimento. Sobre esse tema Pablo Stolze explica:

“Por isso, não se pode reconhecer o elemento “conduta humana”, pela ausência do elemento volitivo, na situação do sujeito que, apreciando um raríssimo pergaminho do século III, sofre uma micro-hemorragia nasal e, involuntariamente, espirra, danificando seriamente o manuscrito. Seria inadmissível, no caso, imputar ao agente a prática de um ato voluntário. Restará, apenas, verificarmos se houve negligência da diretoria do museu por não colocar o objeto em um mostruário fechado, com a devida segurança, ou, ainda, se o indivíduo violou normas internas, caso em que poderá ser responsabilizado pela quebra desse dever, e não pelo espirro em si” (2014: 73).

Nesse sentido, conclui-se que a o primeiro elemento da responsabilidade civil deve ser observada a conduta humana, devendo ser voluntária é ilícita para que haja a imputação e a reparação do dano.

II.3.2. O dano

O Dano está sempre ligado à ideia de prejuízo suportado pelo agente, podendo ser coletivo ou individual, moral ou material. É necessário a presença de algum dano ou prejuízo para que a responsabilidade civil se configure, pois caso contrário, não seria necessário indenização para reparação de um dano. Nas palavras de Pablo Stolze, citando Sérgio Cavalier Filho:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento —risco profissional, risco proveito, risco criado etc.—, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa o até dolosa” (2014: 81).

Desta forma, a lesão ou prejuízo a um bem tutelado juridicamente, pode se dar de forma extrapatrimonial (dano moral) ou patrimonial (dano material).

Carlos Roberto Gonçalves sustenta que “material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. Moral é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio” (2012: 359).

Conforme a doutrina, o dano material ou patrimonial, pode ser subdividido em lucro cessante e dano emergente. O dano emergente está pautado no artigo 402 do Código Civil, e traduz aquilo que a vítima perdeu efetivamente, correspondendo ao dano avaliado mais facilmente. Já o lucro cessante, na dicção legal, é o que a vítima deixou de lucrar, razoavelmente.

Por fim, o dano moral ou extrapatrimonial é aquele prejuízo que afeta o ânimo intelectual, moral e psíquico da vítima, ferindo, principalmente, os direitos da personalidade.

II.3.3. Nexo de causalidade

É a conexão que une o dano a conduta do agente. Trata-se de um elemento indispensável para concluirmos quem foi o causador do dano. Se a vítima que sofreu o dano não identificou o nexos de causalidade que leva o ato danoso sofrido ao responsável, não haverá como ser ressarcido, o que no caso concreto, nem sempre é fácil de estabelecer uma relação de causa e efeito.

Caso Fortuito ou Força Maior, Fato Exclusivo da Vítima e Fato de Terceiros são as excludentes de responsabilidade, impedindo que se materialize o nexos causal.

II.3.3.1. Caso fortuito ou força maior

Conforme previsão legal, o caso fortuito ou força maior são definidos como sinônimos, em seu artigo 393, parágrafo único do Código Civil: “O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

Ambos podem ser entendidos como uma força externa a conduta humana, alheia a vontade e de natureza inevitável, o que não quer dizer que apesar de ser inevitável não possa ser imprevisível.

A característica principal da força maior é a inevitabilidade, mesmo sendo conhecida a sua causa (um terremoto, por exemplo, que pode ter sua previsão pelos cientistas), ao passo que, no caso fortuito, tem a sua distinção na imprevisibilidade.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz:

“na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc.” Já “no caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando morte” (2002: 346).

II.3.3.2. Fato exclusivo da vítima

O exclusivo desempenho culposo da vítima tem o condão de romper o nexos de causalidade, o que não gera responsabilidade civil ao agente.

Vale ressaltar que somente se houver atuação exclusiva da vítima ocorrerá à quebra do nexos causal. Se houver fato concorrente, a indenização deverá ser mitigada, na proporção da atuação de cada sujeito, conforme esclarece o artigo 945 do Código Civil: se a vítima 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.

II.3.3.3. Fato de terceiro

O fato de terceiro ocorre pela conduta realizada por um terceiro envolvido na situação e não pelo agente causador do dano.

Deve-se entender por terceiro, aquele mais além do causador do dano e da vítima, onde nessas situações em que incida fato de terceiro, o mesmo deve ser identificado para que o agente que causou o dano não seja responsabilizado, pois não foi através de sua conduta que o fato ocorreu e sim nas mãos de um terceiro, mas como este não pode ser identificado, o estado será de caso fortuito.

No caso do transportador, conforme Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal que esclarece que: “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

Neste caso, cabe ao transportador indenizar a vítima e ingressar com uma ação de regresso em face de terceiro que agiu de forma a ocorrer o dano, conforme dispõe o artigo 735 do Código Civil: a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

III. Dano moral

III.1. Conceito

O dano moral corresponde àquela lesão que atinge o indivíduo no que tange aos seus direitos da personalidade (dignidade, honra, imagem, intimidade), e não em seu patrimônio.

O surgimento do dano moral ocorre quando o princípio da dignidade da pessoa humana é ferido, causando algum dano a vítima. Nos dizeres de Paulo Nader:

“O dano moral é quando alguém atenta contra a constituição física da pessoa natural ou atinge em sua composição incorpórea, como o nome, a honra, a liberdade em diversas manifestações, a psique. O efeito que o dano moral provoca é a dor física ou psíquica, ambas não mensuráveis por padrões matemáticos ou econômicos” (2009: 82).

Segundo Maria Helena Diniz “o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo” (2006: 92).

Gagliano e Pamplona Filho trazem o conceito do dano moral da seguinte maneira:

“O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (2006: 55).

Já o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves sustenta o que vem a ser o dano moral e suas consequências, bem como ressalva que, o dano moral não é propriamente o sofrimento tolerado pelo ofendido, mas sim a consequência do dano:

“Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., (...), e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano” (2012: 379).

Conforme mencionado, o dano moral não atinge a esfera patrimonial da vítima, tanto que a indenização satisfaz o pagamento de determinada quantia em dinheiro, destinada a uma satisfação compensatória para amenizar o sofrimento da vítima.

III.2. A reparação do dano moral no Direito brasileiro

O Código Civil de 1916 foi à primeira legislação brasileira a prever a indenização por danos morais, e somente haveria tal ressarcimento se estivesse expresso no referido Código, conforme exemplifica Gonçalves:

“O Código Civil de 1916 previa algumas hipóteses de reparação do dano moral, como quando a lesão acarreta aleijão ou deformidade, ou quando atinge mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar (art. 1 538); quando ocorresse ofensa à honra da mulher por defloramento, sedução, promessa de casamento ou rapto (art. 1 548); ofensa à liberdade pessoal (art. 1 55); calúnia, difamação ou injúria” (art. 1 547) (2005: 576).

Logo após, com a vinda Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é que se começou a falar na ampla reparação por danos morais em nosso ordenamento jurídico, trazendo uma maior dimensão e nova feição ao dano moral, conforme dizeres de Sergio Cavalieri:

“A Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade da pessoa humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos” (2007:76).

Já o artigo 5 da nossa Carta Magna, trás o direito à reparação por danos morais como “Direitos e Garantias Fundamentais”, conforme *caput* do referido artigo e seus incisos V e X, *in verbis*:

“Artigo 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 a 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 à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (...)”.

Mas foi somente com a chegada do Código Civil de 2002, que a norma existente passou a ser representada e adequada, através dos artigos 186 e 927 do mesmo diploma legal, *expressis verbis*:

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

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

III. 3. A Fixação do *quantum* indenizatório

Diante da dificuldade existente para que seja realizada a quantificação e apuração do valor do dano moral, criaram-se critérios doutrinários e legais para que seja fixado o *quantum* indenizatório.

Quando tratada da referida fixação por danos morais, a equação a ser feita não é simples e nem exata, uma vez que o tema gira em torno da incerteza, considerando que a dignidade da pessoa é personalíssima. Nesse sentido, opina Gonçalves:

“O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimativa. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula “danos emergentes — lucros cessantes”, a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado” (2009: 378).

Vale ressaltar que devido à complexidade da reparação do dano moral, não basta que o magistrado aplique apenas o que se encontra disposto no artigo e na Constituição, é necessário que se faça a análise de dois critérios para alcançar o valor compensatório.

O primeiro, trata-se da extensão do dano sofrido, correspondendo a qual bem jurídico foi lesionado, uma vez que existe uma escala de valores que diferencia no momento da quantificação do dano moral. Por exemplo, em primeiro lugar, a vida, em segundo, a liberdade, a honra, conforme se pode observar o artigo 5 da Constituição Federal. Deste modo, para cada bem jurídico ofendido, existe um tratamento diferenciado, quando, por exemplo, de um homicídio, ou ofensa à honra da pessoa, ou até uma inscrição indevida no cadastro de inadimplentes.

Já o segundo, refere-se à condição pessoal da vítima, a lesão sofrida, devendo o magistrado ao estabelecer o valor da recompensa, verificar o status da vítima. Quanto a isso opina Clayton Reis:

“E quando se tratar de danos morais? Como será possível aferir o estado de espírito da pessoa antes e depois da lesão para valorar o *pretium doloris*? Será possível concluir que a pessoa lesionada apresentará um estado diverso do anterior à ofensa” (2010: 74).

IV. Funções do dano moral

Boa parte da doutrina brasileira entende que o dano moral possui duas forças, quais sejam, compensatória para a vítima, e punitiva para o autor do dano. Sobre o tema, Caio Mário opina da seguinte forma:

“Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido” (Pereira, 2001: 338).

IV.1. Função compensatória

A natureza compensatória nas ações indenizatórias consiste no *quantum* de caráter indenizatório, ou seja, com o objetivo de compensar a vítima pela lesão sofrida, proporcionando uma reparação pelo dano sofrido.

A respeito do tema, Moraes assevera:

“Aquele que sofre um dano deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz—se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; ‘indenizar’ é palavra que provém do latim, ‘in dene’, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências — o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5, X, se refira à indenização do dano moral” (2009: 145).

Nesse sentido, conclui-se que a função compensatória da responsabilidade civil é de natureza pecuniária, de atenuar o sofrimento daquele que foi lesado, tendo em vista que, o dano moral não pode ser reparado efetivamente, em face da impossibilidade de retorno ao *status quo ante* (estado anterior a referida ofensa).

IV. 2. Função punitiva

A função punitiva é aquela através da qual o dano moral proporciona caráter punitivo ao ofensor ou causador daquele dano ou lesão à vítima. Tem por finalidade desestimular o ofensor, de forma inibitória e pedagógica, a praticar novamente o ato lesivo.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “o caráter punitivo é puramente reflexo, ou indireto: o causador do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva” (2012: 401).

Para a ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz, a natureza punitiva consiste:

“(...) uma sanção imposta ao ofensor, visando à diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa —integridade física, moral e intelectual— não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis” (2006: 108).

Marcus Oliveira aduz que para a reparação do ato ilícito não há limites para o *quantum* indenizatório, importando somente a punição:

“Se entender que a reparação deva ser fixada como punição a situação inverte-se completamente. Não há limites para o estabelecimento do valor. (...) o que importa neste caso é a punição, o exemplo dado para que agente não repita o ato” (2001: 55).

A função punitiva tem inspiração no *punitive damages*, teoria adotada nos Estados Unidos, “onde indenizações milionárias enriquecem vítimas de ofensas morais, constituindo-se em verdadeira loteria jurídica” (Oliveira, 2001: 56).

No entanto, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, faz uma ressalva as diferenças encontradas no direito norte-americano e no direito brasileiro, afirmando:

“É preciso considerar as diferenças decorrentes das condições econômicas, raízes históricas e dos costumes, bem como o conteúdo e os limites dos poderes de que se acham investidos os seus juízes e ainda o sistema de seguros dos estados Unidos da América do Norte. Diversamente do direito norte-americano, inspira-se o nosso sistema jurídico na supremacia do direito legislado, expressa no preceito constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (2012: 402).

Também o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves estabeleceu críticas referentes ao caráter punitivo na doutrina brasileira:

“A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages*, do direito norte-americano, é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico constitucional da legalidade das penas (...). Ademais, pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento. Se a vítima já estiver compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito” (2012: 403).

Assim, conclui-se que a função punitiva do dano moral é de punir o ofensor/causador do dano a outrem, fixando um valor superior a uma simples compensação, para atingir de forma específica o seu patrimônio.

V. Dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas indenizações por danos morais

A tarefa do magistrado em estabelecer um valor que proporcione o desestímulo ao ofensor a praticar novamente o ato ilícito, e ao ofendido de que não sofra um enriquecimento ilícito, não é tão simples quanto parece, sendo neste momento em que o magistrado se atenta aos critérios de natureza subjetiva, quais sejam, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, analisados no caso concreto.

Nos dizeres de Nelson Nery Júnior:

“O princípio da proporcionalidade pode ser entendido como uma lei de ponderação, devendo ser sopesados os interesses e direitos em jogo para que se alcance a solução concreta mais justa. A razoabilidade, pois, deve ser entendida como uma “proibição do excesso”, objetivando aferir a compa-

tibilidade entre o fato ocorrido, a gravidade do dano, as condições sócio-econômicas do ofensor e ofendido e o fim a ser alcançado com a indenização, de modo a evitar restrições desnecessárias ou incorrer em excessos” (2002: 161).

Assim, fica demonstrado que o magistrado, no momento da quantificação do dano moral, deverá fazer uso dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que seja razoável nas decisões, fazendo prevalecer o bom senso, afastando excessos.

Conforme comenta Sérgio Cavalieri Filho:

“Não é fácil, como se vê, estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Nessa tarefa penosa deve o juiz valer-se de um juízo de razoabilidade, de um juízo causal hipotético, que, segundo Larenz, seria o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito gerador da responsabilidade civil. Deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito” (2000: 73).

O valor quantificado pelo dano moral depende dos critérios relacionados à razoabilidade e proporcionalidade entre o dano causado e o fato lesivo. Tal evento, advém de análise feita pelo julgador acerca: da avaliação das circunstâncias do fato, como o tempo em que a vítima esteve em sofrimento, os reflexos que o dano causará no presente e futuro, as partes envolvidas no conflito e as condições físico-psicológicas do ofendido e do ofensor, respeitando, as peculiaridades de cada caso.

Tais princípios estão intimamente ligados à quantificação do valor conferido ao dano moral, visto que são os princípios norteadores do ordenamento jurídico, determinando um justo equilíbrio entre, o dano que a vítima experimentou e o prejuízo que foi causado pelo autor do dano.

Quanto a este assunto, opina Venosa da seguinte forma:

“Embora possam ser estabelecidos padrões ou faixas indenizatórias para algumas classes de danos, a indenização por dano moral representa um estudo particular de cada vítima e de cada ofensor envolvido, estados sociais, emocionais, culturais, psicológicos, comportamentais, traduzidos por vivências as mais diversas. Os valores arbitrados deverão ser então individuais, não podendo ser admitidos padrões de comportamento em pessoas diferentes, pois cada ser humano é um universo único” (2010: 345).

V.1. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas indenizações por danos morais

Com o propósito de chegar a um senso comum, é livre arbítrio do magistrado, aplicar a reparação com os poderes que lhe foram atribuídos, tornando-o justo a cada caso concreto. Mas, é sabido que para o magistrado utilizar-se apenas do critério do arbitramento estariam ferindo os princípios básicos, quais sejam, princípios da legalidade e da isonomia. Por esta razão, o magistrado tem a faculdade de poder aplicar o critério da tarifação.

Assim, ficam existindo dois sistemas que servem de parâmetro para que seja fixado o *quantum* indenizatório nas reparações por danos morais sofridos pela vítima.

No sistema da tarifação, existe uma predeterminação legal ou jurisprudencial com relação ao valor a ser arbitrado na indenização, devendo, o magistrado, analisar cada caso concreto, observando os limites estipulados em cada ocasião.

Este critério de tarifação é discutido pela doutrina para a sua não utilização, uma vez que é quase impossível prever as situações em que ocorram tais eventos lesivos, bem como a sua gravidade. Nos dizeres de Rodrigo Mendes Delgado:

“Seria impossível criar uma tabela que abrangesse, não apenas todos os eventos possíveis de ocasionar danos morais, mas também que pudesse prever um valor específico para cada dano” (2004: 111).

Assim, para aqueles que entendem da não aplicação deste critério, os sofrimentos morais decorrentes de uma lesão não podem ser medidos, economicamente.

Já o arbitramento, corresponde ao poder inerente outorgado ao magistrado, para decidir o caso concreto, com base em seus conhecimentos, mantendo-se apenas nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Vale ressaltar que, o livre arbítrio do magistrado possui preceito legal conforme artigo 371 do novo Código de Processo Civil, qual seja:

“O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Sobre o tema, opina Castro:

“O arbitramento não tem como objetivo pagar ou indenizar, na feição etimológica (in+damnum), de retirar o dano. Não se trata de aferir o preço da dor: o objetivo é trazer algum bem a quem sofreu o mal já consumado, que não se pode desfazer. Cuida-se de conceder benefício apto a, de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a desligar-se do sofrimento ou da ofensa à dignidade e à honra” (2007: 160).

O magistrado não ficará preso às provas que lhe são apresentadas, exclusivamente, podendo usar-se de seu conhecimento e livre arbítrio para proferir uma decisão, razão pela qual é adotado no nosso ordenamento jurídico o critério da arbitragem. Sobre o tema, Cavalieri Filho aduz:

“Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral” (2008: 91).

Desta forma, resta demonstrado que, apesar das dificuldades do magistrado no momento da quantificação da indenização por danos morais, é palpável que exista uma decisão de forma justa, no sentido de punir o ofensor pelo dano causado, como satisfazer o ofendido em face da lesão sofrida, sem que o primeiro não se exima da responsabilidade de reparar seu erro compensando o lesado, e também do segundo de não obter como resultado do seu pleito indenizatório um enriquecimento sem causa.

VI. Da valorização do dano moral

Em se tratando de matéria complexa, a valoração do dano moral, na maioria dos casos, não é tratada com a merecida e necessária atenção. Isto porque se acredita ser de cunho puramente subjetivo do lesado, o que tornaria impossível mensurar sua extensão.

Verdadeiramente, é indiscutível de que a dor não tem preço, tornando assim, o tema essencialmente complicado. Mas, o direito é ciência viva, e em constante evolução, buscando soluções cada vez mais concretas para valorar o dano moral.

A sociedade tornou-se consciente em relação aos seus direitos, ligada ao amparo jurídico e atenção, que foram dispensados à matéria, a partir do ano de 1988, e vem se observando que, no decorrer dos anos, houve um grande volume de ações que buscam indenizações por danos morais ou cumuladas ao dano moral. Para esse tipo de demanda, observam-se que, muitos dos casos, as ações são ajuizadas de forma forçada, fundadas em fatos que não as justificam, restando bem clara as intenções de enriquecimento fácil, o que pode ser somado a isso, os valores que são exigidos, que não guardam proporcionalidade com o dano alegado, tendendo a serem sempre altos.

Ao passo em que casos possuem o pleito legítimo, existem inúmeros outros casos abusivos, degradando as relações sociais.

De um parâmetro geral, as pessoas são estimuladas a buscar o Poder Judiciário para reparar supostos danos morais abrangidos em razão de qualquer e banal desavença (como por exempli, um descumprimento contratual), ao invés de recorrerem ao litígio processual quando de fato vivenciam situações que atentem ao dano moral.

Por essa razão, muito se tem falado em uma “indústria do dano moral”, na qual, as pessoas procuram o Judiciário como um jogo de loteria, num anseio desenfreado por alcançar ganhos fáceis.

A facilidade de se postular em juízo sem gasto financeiro, sobretudo no que se refere aos Juizados Especiais, nos quais em determinadas condições, não é necessário o patrocínio processual do advogado, além de serem impuníveis as ações infundadas, o que acabam por incentivar o número crescente de ações.

Necessário se faz que se tornem pacíficas a doutrina e jurisprudência acerca da quantificação e caracterização do dano moral, que haja conscientização social sobre o assunto e, inclusive, que os magistrados enquadrem os comportamentos indevidos como litigância de má-fé (ocasião em que a parte que utiliza indevidamente o Judiciário terá que indenizar a outra parte e arcar com as devidas custas processuais e honorárias advocatícias, conforme o previsto nos artigos 79 à 81 do novo Código de Processo Civil) a fim de que seja reduzido o acentuado número de ações abusivas buscando o enriquecimento ilícito com suporte em infundados pleitos de reparação por danos morais que abarcam o nosso Judiciário.

Vale ressaltar que, o abuso da máquina do Judiciário tem gerado demora na prestação jurisdicional, prejudicando aqueles que efetivamente possuem direitos devidos a serem apreciados, os quais foram lesados, além dos gastos, que para o Estado, representam desgastes psicológicos daqueles envolvidos na lide, incluindo o magistrado, que deve fazer uma análise subjetiva do fato a ser analisado.

Assim, conclui-se que, a procura pela vantagem indevida acaba banalizando um instituto de suma importância e que levou tanto tempo em ser reconhecido pelo nosso ordenamento jurídico.

VII. Conclusão

O presente estudo possui o desígnio de demonstrar a inquietação no que se refere à aplicação do *quantum* indenizatória nas ações de reparação por danos morais, levando em consideração as condições econômicas tanto do ofensor quanto do ofendido.

Concluímos que existem várias funções atribuídas às ações de indenização por danos morais, sendo que as mais importantes são a compensatória e a punitiva. Entendendo-se por compensatória, aquela que fixa um determinado valor a indenização de modo a compensar a vítima pela lesão sofrida. Enquanto a punitiva, busca arbitrar o valor da indenização com a finalidade de punir o causador do dano, evitando que este reincida na prática danosa.

Para que seja aplicado o *quantum* indenizatório, foi oferecido ao magistrado ferramentas para que o mesmo possa chegar a uma decisão satisfatória e ao mesmo tempo justa. Estas ferramentas foram divididas em critérios representados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com aplicação da tarifação e arbitramento.

No Brasil, o sistema mais adotado é o do arbitramento, em que o magistrado, utilizando-se de seus conhecimentos e analisando cada caso concreto, faz uso do seu livre arbítrio para aplicar uma pena equitativa ao ofensor.

Tal decisão proferida pelo magistrado, para que seja justa, deve respeitar alguns limites para que, ao mesmo tempo que o ofendido seja ressarcido e que sua dor seja amenizada, o ofensor não seja sobrecarregado de forma a não suportar o valor do prejuízo.

Desta forma, resta demonstrado a importância da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade feitos pelo magistrado no momento da quantificação das ações de indenizações por danos morais. O que em caso contrário, pode ocorrer a possibilidade de haver um valor exacerbado, ao ponto da vítima ultrapassar em grande valor o seu ressarcimento, vindo a incidir em enriquecimento sem causa, abrindo assim, precedentes para que várias pessoas possam fazer uso do judiciário como “trampolim para alcançar a riqueza”, transformando assim, a indenização por danos morais em um bilhete de loteria.

Ressalta-se que, a valorização do dano moral, no decorrer dos anos, tem sofrido um grande aumento de ações que buscam, na maioria dos casos, o enriquecimento fácil.

Portanto, após extensa discussão sobre o tema, resta demonstrado a imprescindibilidade da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na busca de uma decisão justa, a fim de ressarcir a vítima/ofendido, amenizar a sua dor e da mesma forma punir o ofensor, desencorajando-o da reincidência da prática lesiva.

VIII. Referências

CAVALIERI FILHO, Sérgio (2007). *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas.

— (2008). *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas.

CASTRO, Guilherme (2007). *Couto de Direito Civil: Lições*. Niteróio, RJ. Impetus.

CÓDIGO CIVIL (2002). Lei nº 10.406, 10 de Janeiro. Brasil.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988). Brasília: DF, Senado.

DELGADO, Rodrigo Mendes (2004). *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 2ª ed. São Paulo: Mizuno.

DINIZ, Maria Helena (2002). *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 346-7.

— (2006). *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva.

GONÇALVES, Carlos Roberto (2005). *Responsabilidade Civil*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva.

— (2009). *Direito Civil Brasileiro*. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, v. IV.

— (2012). *Direito Civil Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva.

VENOSA, Silvio de Santos (2004). *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 4ª ed. Atual. São Paulo: Editora Atlas, Vol. IV.

MORAES, Maria Celina Bodin (2010). *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil e constitucional*. São Paulo: Renovar.

NADER, Paulo (2009). *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. RJ: Forense, v. 7.

NERY JÚNIOR, Nelson (2002). *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto y SILVEIRA, João José Custódio da. (2001). *Dano Moral: proteção jurídica da consciência*. 2ª ed. São Paulo: LED.

PEREIRA, Caio Mário da Silva (2001). *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. RJ: Forense.

REIS, Clayton (2000). *Avaliação do Dano Moral*. 3ª ed. RJ: Forense.

— (2010). *Dano Moral*. 5ª ed. atual. e ampl. RJ: Forense.

VENOSA, Sílvio de Salvo (2006). *Direito Civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas.

Sites pesquisados

<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1053055/o-principio-da-razoabilidade-como-parametro-de-mensuracao-do-dano-moral-lorena-pinheiro-barros-e-danielle-borgholm> [Fecha de consulta: 05/04/2016].

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132982,61044-+banalizacao+do+dano+moral> [Fecha de consulta: 05/04/2016].

<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/6408/1/Quadro%20comparativo%20-%20CPC%20-%20Caputo,%20Paulo.pdf> [Fecha de consulta: 07/04/2016].

Fecha de recepción: 08-04-2016

Fecha de aceptación: 05-07-2016