

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO

DANIELA SANTOS DE SOUZA

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DOS DANOS
EXTRAPATRIMONIAIS

São Leopoldo
2018

DANIELA SANTOS DE SOUZA

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DOS DANOS
EXTRAPATRIMONIAIS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso
de Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos – UNISINOS

Orientadora: Prof.^a Ms. Isabel Cristina Porto Borjes

São Leopoldo

2018

Aos meus pais, por todo o amor, apoio, e confiança depositados em mim, imprescindível à realização desta monografia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Flávio e Rosélia, que sempre me incentivaram a estudar, pesquisar, e que me proporcionaram todo o suporte para o estudo. Agradeço em especial à minha avó Diva, que projetou em minha vida que é necessário ansiar pelo conhecimento.

Ao meu namorado Jonas, que entendeu a minha ausência em momentos essenciais para a realização desta pesquisa, bem como me apoiou em todos os períodos da graduação.

Ao meu irmão Vinicius, familiares, bem como meus amigos, que me proporcionaram todo o suporte necessário para a realização desta monografia.

Agradeço especialmente à minha Orientadora Isabel Borjes, por todo o brilhante conhecimento transmitido em aula, que despertou em mim o interesse pelo assunto aqui pesquisado, e por toda a orientação fundamental para a realização deste trabalho.

Agradeço, ainda, a todos os meus Professores da Graduação, já que apesar do tema aqui proposto ser específico de uma área do Direito, dentre a gama de possibilidades, eu não seria capaz de realizar esse objetivo sem todo o conhecimento transmitido, muito obrigada.

“Bajo el rótulo de una tarifa o tope legal, o de pautas meramente indicativas, suelen esconderse indenizaciones que son inaptas para reparar integralmente el perjuicio causado, con inevitable secuela de anaquía e injusticia.”¹

Ramón Daniel Pizarro.

¹ PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño Moral**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 291.

RESUMO

A temática central do presente estudo reflete a análise da constitucionalidade da tarifação da indenização do dano moral. Dentre os temas que são relacionados estão os conceitos da responsabilidade civil, as funções da reparação civil, tais como a compensatória, punitiva e preventiva, bem como o Princípio da Reparação Integral. Ademais, aborda-se acerca da evolução do instituto do dano extrapatrimonial no Direito Brasileiro, dos primórdios, ou do seu surgimento, até a banalização deflagrada em período posterior à promulgação da Constituição de 1988, demonstrando-se a necessidade de se atribuir um novo conceito ao instituto, que se adeque a possibilidade da sua indenizabilidade. Outrossim, refletindo a problemática que envolve a valoração e arbitramento do dano extrapatrimonial, analisa-se as formas de arbitramento, legal ou judicial, existentes no Direito Brasileiro, para que com essa reflexão, chegue-se a conclusão de qual é o melhor método a ser adotado pelo Magistrado para arbitrar uma valoração justa do dano moral. O tarifamento legal é o pior deles, por ser desumano com a vítima; mas judicial também pode prejudicá-la, pois permite decisões arbitrárias. Assim, demonstra-se que o uso do arbitramento judicial por equidade, chamado de *método bifásico* é o mais justo e coerente, porque exige do julgador uma análise genérica das decisões pelos tribunais do país em casos semelhantes, mas exige também uma análise do caso concreto, atendendo critérios objetivos e subjetivos acerca da vítima e do seu ofensor. Só assim é possível apurar um valor justo que satisfaça a vítima e puna o seu ofensor.

Palavras-chave: Dano moral. Valoração. Tarifamento legal. Tarifamento Judicial. Método bifásico.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 CAPÍTULO I - DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
2.1 Conceito	9
2.2 Funções.....	12
2.3 Princípio da Reparação Integral.....	20
3 CAPÍTULO 2 – DO DANO EXTRAPATRIMONIAL	28
3.1 Evolução do instituto no Direito Brasileiro	28
3.2 Banalização do dano moral e necessidade de novo conceito	40
3.3 Dificuldade na valoração e no arbitramento do <i>quantum</i> indenizatório	48
4 CAPÍTULO III – DAS FORMAS DE ARBITRAMENTO DO DANO	51
4.1 Tarifamento legal e suas implicações	51
4.2 Arbitramento judicial.....	61
4.3 Arbitramento judicial equitativo ou método bifásico	75
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
REFERÊNCIAS.....	85

1 INTRODUÇÃO

A temática central da presente monografia reflete a análise da constitucionalidade da tarifação da indenização do dano moral. Dentre os temas que serão abordados estão os conceitos da responsabilidade civil, as funções da reparação civil e, principalmente, o Princípio da Reparação Integral.

Para tanto, é preciso discorrer acerca da evolução do instituto do dano extrapatrimonial do Direito Brasileiro, dos primórdios, ou do seu surgimento, até a banalização deflagrada em período posterior à promulgação da Constituição de 1988, demonstrando a necessidade de se atribuir um novo conceito ao instituto, que se adeque a possibilidade da sua indenizabilidade.

Outrossim, demonstrando a problemática que envolve a valoração e arbitramento do dano extrapatrimonial, referir-se-á sobre as formas de arbitramento, legal ou judicial, para que com essa reflexão, se possa analisar se o tarifamento legal é constitucional e, ainda, qual seria o melhor método a ser adotado para chegar a uma valoração justa. Além do tarifamento legal, e o tarifamento judicial, se almejará demonstrar o método bifásico de arbitramento das indenizações, e a sua aplicação nos Tribunais Pátrios.

A presente monografia cinge-se diante da problemática que envolve o arbitramento da indenização do dano extrapatrimonial, onde se discute qual seria o melhor método para aferi-lo. Dentre os métodos apresentados na doutrina e no ordenamento jurídico, está o arbitramento legal, que já foi utilizado em legislações e outros tempos, e atualmente vem sendo fomentado o seu debate, principalmente, após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista que prevê tal forma de tarifação para os danos extrapatrimoniais sofridos dentro da relação trabalhista.

Diante desta problemática que vem sendo discutida, surge-se o questionamento se seria constitucional o tarifamento legal do dano extrapatrimonial, sendo a busca por esta resposta o problema central a ser abordado neste trabalho.

Nesse contexto, tem-se como objetivo principal a análise acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da tarifação legal do dano moral, bem como a análise do arbitramento judicial e do arbitramento judicial por equidade, chamado de método bifásico, que vem sendo adotado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O trabalho é desenvolvido em três capítulos. No primeiro capítulo analisa-se o conceito de responsabilidade civil, as funções da reparação e o Princípio da Reparação Integral. No segundo capítulo, estuda-se a evolução do dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, do surgimento até sua banalização e necessidade de um reconceito. Além disso, expõe-se a dificuldade de valoração dessa espécie de dano. Por fim, no último capítulo verifica-se as formas possíveis de arbitramento do dano extrapatrimonial que a doutrina e jurisprudência aceitam, bem como analisa-se qual desses métodos é considerado mais eficaz e justo à vítima e qual tem sido aplicado pelos Tribunais.

Tal tema revela-se a sua pertinência diante da problemática envolvendo o arbitramento do dano moral, e a verificação de qual seria o método mais adequado para chegar-se ao valor da indenização devido pelo causador do dano. O dano moral e seu arbitramento engloba uma problemática, principalmente, analisando-se a disparidade entre as indenizações arbitradas no Judiciário, revelando-se tema de importante debate.

Atualmente, o tema em questão ganhou novo fôlego após a aprovação e entrada em vigor da Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, denominada de Reforma Trabalhista, que dispõe acerca de um tabelamento do dano moral dentro da relação de trabalho, gerando inúmeras críticas, inclusive atacando a constitucionalidade desses dispositivos.

Diante disso, fundamental a discussão do tema, para verificar a constitucionalidade desse tipo de tabelamento, e ainda, reflexivamente, verificar qual o método mais adequado e justo para o arbitramento da indenização dos danos morais.

2 CAPÍTULO I - DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito

A idéia de responsabilidade é instrínseca ao Direito.¹ Segundo Sergio Cavaliere Filho, citando San Tiago Dantas, o objetivo primordial do ordenamento jurídico é proteger as tutelas lícitas, e realizar a reprimenda das condutas ilícitas, de modo a amparar o agir do ser humano que se adequa ao ordenamento jurídico, condenando o ser que o desacata.²

Historicamente, o termo responsabilidade não surgiu nos primórdios como noção de reparação, mas sim variou no Direito Romano como *sponsio* e *stipulatio*, que significavam expressões utilizadas quando um devedor confessava uma obrigação com um credor, oferecendo-lhe uma caução ou *responsor*. Na verdade, essa conceituação de responsabilidade arcaica era intimamente ligada à garantia do pagamento de uma dívida já assumida pelo devedor.³

Importa salientar, consoante acentua Paulo Nader, que a noção de responsabilidade não é exclusiva do campo jurídico, transitando esta ainda pelos campos da moral, da religião e dos regramentos do trato social, amoldando-se, por exemplo, na noção de que todo o motorista é responsável pelo trânsito, já que possui deveres inerentes ao seu ato de conduzir veículo automotor.⁴

Ressaltada a multidisciplinaridade da responsabilidade, temos que na seara do Direito Civil é por meio desta que os indivíduos se lastreiam para a proteção de suas prerrogativas, quando as têm violadas por outrem.⁵

Nesse prisma, de forma a contextualizar a origem da responsabilidade no campo jurídico, temos que ela advém do Direito Romano, expressada na máxima *neminem laedere*, que se traduz no dever geral de não prejudicar ninguém⁶,

¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 1. ed. São Paulo: Sairava, 2015. p. 23.

² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.

³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, tomo I. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 155.

⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 6.

⁵ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitives damages* no direito comparado e brasileiro**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 25.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.

fazendo-se que nenhum sujeito de direitos adentre na esfera jurídica de direitos de outrem. Essa máxima a ser seguida, é fundamental e intrínseca à convivência em sociedade, não se tratando de simples advertência, mas na verdade, de um imperativo que se impõe ao homem, a fim de designar deveres e gerar obrigações.⁷

A responsabilidade civil é inerente ao estar em sociedade, ou seja, para que haja uma harmonia dos direitos entre os indivíduos é necessário que haja a responsabilização das transgressões civis, seja para que tudo retorne ao seu lugar, ou se chegue mais próximo disto. Esta inserção social do instituto é bem sedimentada no conceito do dano, de Marco Aurélio Bezerra de Melo, que refere que “o dano civil provoca um desequilíbrio social, cujo retorno à normalidade passa pela necessidade de sua reparação”.⁸

Ou seja, toda a ação que gere um prejuízo a outrem acarreta a responsabilização, ou o dever de compensar, havendo exceções a esta regra, que denominamos de excludentes do dever de indenizar. Nesta toada, os princípios basilares da responsabilidade civil anseiam pela restauração do equilíbrio que fora rompido, seja este na esfera patrimonial ou extrapatrimonial do ser humano, o que se não for restaurado tal equilíbrio poderá ser objeto de “inquietação social”.⁹

Essa interferência de um ser no campo jurídico de outrem, ainda pode ser chamada de externalidade, ou seja, o que define essa interferência como uma externalidade é a ausência de compensação entre a ação e os indivíduos envolvidos. Diz-se que esta externalidade é negativa quando há uma interferência de um sujeito no âmbito de direitos de outra pessoa de modo a prejudicá-la, enquanto que a externalidade pode ser positiva, se este sujeito vier a beneficiar outra pessoa.¹⁰

Caio Mário enaltece que a responsabilidade civil está presente na ideia de uma relação binômica entre reparação e sujeito passivo:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da

⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 437.

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações, responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 263.

responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.¹¹

Temos, dessa forma, que a essa relação binômica é o esteio da responsabilidade civil, bem como a palavra equilíbrio é fundamental para compreender-se os seus conceitos, já que a pretensão em se reestabelecer esse equilíbrio que fora prejudicado ou violado pelo dano causado é fonte geradora da responsabilidade civil.¹²

Não obstante, cumpre destacar ainda que a responsabilidade civil é capaz de gerar duas espécies de deveres jurídicos, um primário ou originário e um secundário ou sucessivo. O primeiro está ligado ao ilícito, ou ainda, à violação ou dever de não adentrar-se à esfera de direitos de outrem. Não obstante, o segundo, advém do encargo que é resultante desta violação de direitos, traduzido no dever de reparar o dano causado ao sujeito que teve a sua esfera de direito violada. Conforme explana Sergio Cavalieri Filho, é realizando tal raciocínio que surge a noção de responsabilidade civil adotada hoje, que se perfectibiliza no dever sucessivo de fazer com que o agente restaure o dano que causou, diante da violação do dever originário.¹³

Em complemento, só há a presença da responsabilidade civil, se houver a superveniência do descumprimento de determinado dever jurídico.¹⁴ É ainda latente a relação de dependência entre a violação e o dever de reparar, onde a infração justifica o dever jurídico de reparação e a recomposição corrige a violação realizada pelo sujeito.¹⁵

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Livro eletrônico, não paginado.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 5.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

¹⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 8.

¹⁵ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30.

A fim de conceituar a responsabilidade civil, Alexandre Cortez Fernandes¹⁶ destaca que a responsabilidade civil procede do dever restrito de indenizar advindo de um ato de um agente que veio a lesar outrem, sendo tal definição encontrada no artigo 927 do Código Civil¹⁷, assim disposto: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Há de se ressaltar que a responsabilidade civil é uma decorrência da violação e não uma obrigação primária, já que sempre provirá do descumprimento do dever jurídico originário.¹⁸ Deve-se, portanto, realizar-se uma separação da obrigação de responsabilidade, onde, conforme já destacado, a obrigação é o dever primário, ao passo que a responsabilidade é o dever jurídico secundário. Nesse sentido, há de se destacar a definição de Karl Larenz, citada por Sérgio Cavalieri Filho: “a responsabilidade é a sombra da obrigação”, ou seja, não há dever secundário sem o colorido dever primário.¹⁹

2.2 Funções

A principal função da responsabilidade civil seria primordialmente o ressarcimento das perdas sofridas pela vítima de um dano.²⁰ Sérgio Cavalieri Filho explica que o dano que foi provocado fez com que se rompesse o equilíbrio da relação entre os agentes, de maneira que a responsabilidade civil deve se preocupar em restabelecer o *status quo ante* do indivíduo que teve seus direitos atacados por terceiro, sendo esta a função primordial da responsabilidade civil.²¹

O artigo 944 do Código Civil de 2002 determina que a indenização, mede-se pela extensão dos danos.²² Significa que a vítima só poderá pleitear os danos realmente sofridos, sob pena de enriquecimento ilícito.

¹⁶ FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil: responsabilidade civil**. Caxias do Sul, RS: Educus, 2013. Livro eletrônico.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

¹⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, tomo I. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 155.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações, responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 283.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 13.

²² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

A doutrina enaltece três espécies de funções da responsabilidade civil: a função de reparação, de prevenção e a de punição.²³ Essas três funções da responsabilidade civil, são latentes, podendo ser facilmente visualizadas como a reparação do dano causado à vítima, a punição do indivíduo que provoca o dano e o desencorajamento perante a sociedade da prática da conduta lesiva.²⁴ Alexandre Cortez Fernandes²⁵ se refere às três funções da responsabilidade civil como sendo reparatória, de sanção e de garantia.

Tais três funções da responsabilidade civil são bem delineadas e ilustradas nas lições de Nelson Rosenvald, que assim leciona:

Creemos que no direito brasileiro do alvorecer do século XXI, a conjunção dessas orientações permite o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil: (1) Função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) Função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas. Certamente há uma função preventiva subjacente às três anteriores, porém consideramos a prevenção um princípio do direito de danos e não propriamente uma quarta função. A prevenção detém inegável plasticidade e abertura semântica, consistindo em uma necessária consequência da incidência das três funções anteriores.²⁶

A função reparatória, ou ainda compensatória, segundo Fabio Ulhôa Coelho “visa reequilibrar o que o prejuízo desequilibrou”.²⁷ Esta seria a função precípua da responsabilidade civil, se buscando primordialmente o regresso ao *status quo ante*, sendo o valor a ser determinado no *quantum* indenizatório o suficiente para se reparar ou compensar a lesão que fora sofrida pela vítima.²⁸

Ramón Daniel Pizarro destaca que “reparar importa restablecer el equilibrio preexistente alterado por el daño”, ou seja, por força da reparação se busca a

²³ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 14.

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

²⁵ FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil: responsabilidade civil**. Caxias do Sul, RS: Educus, 2013. Livro eletrônico.

²⁶ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 95.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações, responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 284.

²⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 14.

recomposição, que seria aproximar-se da situação em que a vítima se encontrava antes da ocorrência do dano.²⁹

Nesse contexto, a reparação consiste em repor-se diretamente o bem que fora perdido, ou quando não se pode fazê-lo de maneira direta, há o arbitramento de pagamento de indenização consistente no valor do bem material ou compensatório do direito imaterial lesado.³⁰

Em contraponto aos autores que entendem que a responsabilidade civil tem tripla ou dupla função, Fabio Ulhôa Coelho entende que, principalmente no campo dos danos extrapatrimoniais, a função é única, sendo apenas a compensação da “dor que algumas vítimas sofrem”, referindo que não há sancionamento ao causador do dano, nem mesmo prevenção face a eventos danosos futuros, não podendo se confundir danos morais com *punitive damages*, sendo este a penalização pela violação de direitos de outrem.³¹

Importante mencionar que Maria Helena Diniz refere que a função da responsabilidade civil teria duplo viés, seja por primeiro, a garantia de que o direito que foi violado da vítima seria resguardado, e ainda, serviria a responsabilização como uma “sanção civil” de origem compensatória, com a reparação do dano causado, e a punição do agente que lesou, retirando o ânimo da prática de atos que causem danos.³²

É imperioso destacar que, por vezes, com a indenização a ser arbitrada, se procura restaurar o equilíbrio que fora perdido diante da ocorrência do dano, sendo que de um modo geral, esta indenização quando se tratar de um dano patrimonial ela poderá ser exata. Ao passo que, quando se tratar de uma indenização fixada se tratando de um dano extrapatrimonial, o valor pecuniário terá função satisfatória, ou se identificará como compensação jurídica pelo dano ocorrido.³³

Dito isso, extrai-se que há dois momentos da reparação, ou duas formas, sendo a primeira a reparação específica e a outra é a reparação através do pagamento de indenização pecuniária. Um tipo de reparação não exclui a outra, havendo danos em que serão necessários para o cumprimento da função

²⁹ PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 309.

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações, responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 431.

³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9.

³³ PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p.77.

compensatória que ocorram os dois modos de reparação, como, por exemplo, quando há um dano extrapatrimonial decorrente de uma publicação na internet ou em mídia periódica, que difama a imagem de um indivíduo. Neste caso, não cumprirá a função reparadora o simples pagamento de indenização à pessoa que teve sua imagem denegrada, sendo necessário também que a publicação seja excluída, para que o dano não continue se reverberando com o tempo.³⁴

Essas duas formas de reparação não se excluem, mas podem ser separadas, quando não há a possibilidade de cumprir-se uma, impõe-se a outra, como dispõe o texto do artigo 947 do Código Civil³⁵: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

Ocorre que o cumprimento de tão somente a função reparatória não é suficiente para um remédio justo e adequado ao dano ocorrido, já que a função compensatória tem seus objetivos voltados ao passado, permanecendo a ânsia pelo prevenir e punir com mais ênfase o causador do dano. Ante este cenário, é necessário aproximar-se o máximo do *status quo ante*, refletindo a punição e a prevenção, principalmente nos danos extrapatrimoniais.³⁶

Caroline Vaz reitera que a primordial função é a reparatória ou compensatória. Contudo, é necessário que a responsabilidade civil obtenha funções de modo a impactar na postura social, sendo, imprescindível, para atingir tal fito, a perfectibilização das funções punitivas e preventiva, em casos excepcionais.³⁷

Além do viés reparatório, temos que a responsabilidade civil apresenta função preventiva, que possui conteúdo puramente socioeducativo, de modo a publicitar que condutas que violam a esfera de direitos de outrem não serão permitidas no convívio social. Essa função cumprida pela responsabilidade civil não afeta só as partes integrantes da relação ditada pela ocorrência do dano, mas atinge de maneira oblíqua a sociedade em geral.³⁸

³⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 1. ed. São Paulo: Sairava, 2015. p. 333.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

³⁶ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 159.

³⁷ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitives damages* no direito comparado e brasileiro**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40.

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

A previsão da reparação para um dano que é praticado, seja ela legal ou contratual, é de suma importância para a imposição da regra geral de não lesar a esfera de direitos de outrem. Entretanto, a simples previsão desta reparação não possui ânimo para desencorajar a observância a obrigação de não lesar, sendo imprescindível, neste contexto, a atuação diligente do judiciário, eis que a regra positivada ou contratual, torna-se sem resultados práticos, não obtendo qualquer comoção ou conteúdo pedagógico.³⁹

Sob tais aspectos, temos que a maior distinção entre a função reparatória e a preventiva da responsabilidade civil é que a função pedagógica tem como fito criar efeitos ao futuro, enquanto que a reparatória examina o passado⁴⁰, buscando recompor situação ocorrida.

Além da reflexão da distinção entre a função pedagógica e a compensatória, há de salientar que a função preventiva é uma consequência da função reparatória, já que a indenização arbitrada tem como básica função o ressarcimento à vítima, bem como, em segundo momento, e conseqüentemente, tal indenização arbitrada deverá evitar a reincidência na prática do dano, ou ainda, que outras pessoas não o pratiquem.⁴¹

Outrossim, visando a responsabilidade civil por dano extrapatrimonial, destaca-se a presença de um duplo viés, sendo o caráter compensatório, para atenuar a situação da vítima do dano injusto, e um caráter punitivo da indenização a ser arbitrada, que consistiria na imposição de uma penalidade exemplar (indenização), diminuindo o patrimônio do agente que causou o dano e transferência desse patrimônio à vítima.⁴²

A responsabilidade civil com função dupla, compensatória e punitiva, apesar de não ser unânime na doutrina brasileira, é encontrada na jurisprudência, como por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça, onde em julgados há a defesa do agregamento da função punitiva na fixação da indenização, vejamos a ementa:

³⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 14.

⁴⁰ BENACCHIO, Marcelo. A função punitiva da responsabilidade civil no código civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do código civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 650.

⁴¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 16.

⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 219.

PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - TORTURA COMETIDA POR POLICIAIS CIVIS.

1. Não incidência da Súmula 7/STJ a hipótese em comento, por não se tratar de reexame do contexto fático-probatório e sim de sua valoração.
2. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.
3. Quantia de 200 (duzentos) salários-mínimos, fixada pela sentença e confirmada pelo Tribunal Estadual, que se apresenta razoável, diante da grave situação fática descrita nos autos, consubstanciada na tortura praticada por policiais civis.
4. Recurso especial improvido.⁴³

Refletindo-se o entendimento sedimentado na ementa do acórdão colacionado acima, temos que se tem prevalecido o duplo caráter da reparação pecuniária do dano extrapatrimonial, no sentido de que há o caráter reparatório/compensatório para a vítima do dano, e caráter punitivo ao transgressor de direitos imateriais alheios, refletindo-se que a responsabilidade civil possui conteúdo lenitivo e sancionatório.⁴⁴ Porém, há de se fazer a ressalva que o primordial da responsabilidade civil é a função reparatória, enquanto que a função punitiva deve ser uma mera consequência, conforme acentua Carlos Roberto Gonçalves:

É de se salientar que o ressarcimento do dano *material* ou *patrimonial* tem, igualmente, natureza sancionatória indireta, servindo para desestimular o ofensor à repetição do ato, sabendo que terá de responder pelos prejuízos que causar a terceiros. O caráter punitivo é meramente reflexo, ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua do ressarcimento dos danos não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio lesado.⁴⁵

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 487.749/RS**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ordalino Ribeiro de Campos. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 12 de maio de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200201653902>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 504.

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 505.

Veja-se que ainda que se reconheça este duplo caráter da responsabilidade civil em danos extrapatrimoniais pela doutrina e jurisprudência, tem-se que por vezes este reconhecimento de caráter punitivo da indenização sedimenta-se apenas no campo teórico, já que apesar de se mencionar tal função, a punição não está claramente fixada, ou até mesmo não ocorre pelo receio do enriquecimento sem causa.⁴⁶

Importa referir que a função punitiva referida no Direito Brasileiro não se relaciona com a indenização punitiva, ou seja, ou *punitive damages*, já que a função punitiva se trata de um caráter valorativo para fixação da indenização.⁴⁷ Na verdade, o que se denota é que a jurisprudência brasileira não recepcionou a teoria dos *punitive damages* do Direito Americano ou da *Common law*, como uma forma individual de indenização, mas sim apenas aproveita critérios desta teoria para o balizamento da indenização, tais como a culpabilidade do agente que praticou o dano e a capacidade econômica das partes envolvidas na relação jurídica entabulada pelo evento danoso.⁴⁸

Há doutrinadores contrários à aplicação das indenizações punitivas, como por exemplo, Maria Celina Bodin de Moraes, que afirma que se forem adotados sem qualquer ressalva o caráter punitivo e deixá-lo a cargo do Magistrado, há o risco de se violar o princípio da legalidade, criando-se penas na sede civil sem previsão legal, e sem respeitar-se garantias já sedimentadas no âmbito penal, podendo-se ainda, ocorrer o *bis in eadem*, sendo o agressor condenado tanto na seara penal, quanto na civil, já que nesta última a indenização assume os contornos de punição penal.⁴⁹

Na mesma senda de raciocínio leciona Humberto Theodoro Junior ao destacar a separação da seara penal da seara cível:

Há, nisso, razão de ordem ética, que, todavia, deve ser acolhida com adequação e moderação no campo da responsabilidade civil, que é

⁴⁶ MARINANGELO, Rafael. A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do código civil.** São Paulo: Atlas, 2012. p. 684.

⁴⁷ MARINANGELO, Rafael. A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do código civil.** São Paulo: Atlas, 2012. p. 686.

⁴⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção.** São Paulo: Atlas, 2012. p. 78.

⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 260.

geneticamente de direito privado, e não de direito público, como se dá com o direito penal. A este, e não ao direito privado, compete reprimir as condutas que, na ordem geral, se tornam nocivas ao interesse coletivo. Urge, pois, respeitar-se a esfera de atuação de cada segmento do direito positivo, sob pena de sujeitar-se o indivíduo a sofrer sanções repetidas e cumuladas por uma única infração. Um dos princípios fundamentais da repressão pública aos delitos é justamente o que repele o *bis in idem*, isto é, a imposição de duas condenações, em processos diferentes, pela mesma conduta ilícita.⁵⁰

Há de se mencionar que Pontes de Miranda⁵¹ advertia acerca do juízo punitivo na seara civil, já que considerava que a restituição dada pela indenização busca trazer a pessoa lesada à mesma situação patrimonial em que se estava, ou ainda, mesmo estado pessoal em que se encontrava antes do dano, o que se a indenização tivesse caráter punitivo, seria uma afronta ao princípio do enriquecimento ilícito, não podendo a indenização se confundir com a pena.

Entretanto, há autores que defendem os *punitive damages*, mas não como uma função da responsabilidade civil, mas como uma indenização independente, que assume função punitiva, e que para que ela possa ser aplicada deverão ser observados pressupostos, dentre eles, a ocorrência de dano extrapatrimonial, a grave culpa do agressor ou causador do dano, e a obtenção de lucro com o ato ilícito.⁵²

Ou seja, não serão em todos os danos que poderão assumir função punitiva, podendo ser observado, que a função de punir é considerada na jurisprudência como uma baliza ou critério para aferir o aumento no valor da indenização a ser arbitrada em favor da vítima do dano imaterial, não havendo na legislação brasileira previsão concreta do viés punitivo para a responsabilidade civil.⁵³

Nesta toada, temos que a adoção dos *punitive damages* deve ser questão vislumbrada com cautela. Nesse íterim, poderia ser justificada a sua utilização caso fosse positivado, com a reversão do valor ao Estado, entendendo-se que a função punitiva já encontra-se implícita à indenização arbitrada ao indivíduo que violar

⁵⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. p. 73.

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito civil, tomo XXII**. São Paulo: Borsoi, 1968. p. 183.

⁵² LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 164.

⁵³ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitives damages* no direito comparado e brasileiro**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 81.

esfera de direitos de outrem, dispensando-se a fixação de um valor além para aumentar a indenização, apenas com o fito de punir-se o agente ofensor.⁵⁴

2.3 Princípio da Reparação Integral

Antes de adentrar-se ao conteúdo do princípio em comento, é necessário estabelecer que reparar um dano, seja ele de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, resulta em transformar *indene* o prejuízo causado, entendendo-se por indene tudo aquilo que está incólume, sendo que o escopo principal de justiça dentro da responsabilidade civil é que a recomposição do dano causado seja realizada de modo a volver-se à situação anterior, antes do dano ocorrido.⁵⁵

A reparação sempre almeja o retorno à situação anterior ao dano, tentando-se refazer-se o equilíbrio que fora rompido com o acontecimento do fato dano.⁵⁶ A reparação de modo *lato sensu* é o montante que será devido pelo transgressor ao indivíduo que teve sua esfera de direitos violada ou ainda diante do descumprimento de alguma obrigação, sendo que esta recomposição poderá delinear-se em três modalidades: a reparação *in natura*; a reparação específica e a indenização.⁵⁷

A modalidade de reparação *in natura* se dará quando “for possível o retorno ao estado anterior ao evento danoso”⁵⁸. O Ministro Tarso Sanseverino⁵⁹ refere que esta modalidade de reparação é a primeira das modalidades de restituição, sendo que esta busca a devolução à vítima do dano exatamente o bem que lhe fora retirado de seu patrimônio, sendo este modelo o mais idealizado de reparação dentro da responsabilidade civil.

Já a modalidade de reparação específica é aquela prevista no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal, a qual faculta ao indivíduo ofendido em casos dos crimes

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 510.

⁵⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 799.

⁵⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 62.

⁵⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 27

⁵⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 62.

⁵⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34-35.

contra a honra, sem tolher o direito ao pleito de indenização por danos imateriais e materiais decorrentes desta violação,⁶⁰ assim disposto:

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;⁶¹

Outrossim, a indenização será a busca pela reparação de maneira equivalente em pecúnia, almejando-se um montante em dinheiro que sirva como substituição ao decréscimo patrimonial sofrido pela vítima do dano, ou ainda, de maneira a contrapesar este indivíduo que teve sua esfera de direitos personalíssimos alcançada.⁶² A forma indenizatória em pecúnia será a maneira alternativa, no momento em que a reparação *in natura* for impraticável no caso.⁶³

O dano quando ocorre rompe com o equilíbrio que imperava entre agente causador e vítima que experimentou o sinistro. Neste contexto, a responsabilidade civil opera de modo a almejar o reestabelecimento do equilíbrio, buscando-se a recolocação da vítima no *status quo ante*, o que poderá ser realizado por meio da observância do princípio da *restitutio in integrum*, ou seja, procurando colocar o ofendido de maneira mais aproximada, ou igual, à situação anterior ao evento danoso. Tal busca se faz por meio da fixação de indenização adequada para tanto em consonância com dano.⁶⁴

Importa ressaltar que a responsabilidade civil tem como incumbência primordial “buscar todos os meios para reparar, da maneira a mais completa possível, o dano (moral) sofrido, com o fim de restabelecer o equilíbrio rompido”⁶⁵, ou

⁶⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 27.

⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

⁶² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 62.

⁶³ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 28.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 13.

⁶⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 305.

seja, não há o que falar em responsabilidade civil sem mencionar a reparação ou a compensação, em sua maneira mais integral admissível.

Dito isso, entende-se pelo princípio da reparação integral como o principal esteio para a quantificação da indenização pecuniária dentro da responsabilidade civil.⁶⁶ Por meio da aplicação de tal instituto, busca-se colocar a vítima que fora lesada diante de um dano em posição de direitos que se antes da ocorrência do sinistro, seja ele de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Por vezes, há danos em que não será possível a colocação em situação anterior, sendo esta na maioria dos casos visão utópica. Todavia, a responsabilidade civil tem como função primordial a recomposição mais completa do dano causado, onde na busca mais aproximada servirá de base para a estimativa das perdas e a fixação da indenização.⁶⁷

Acerca do princípio da reparação integral, assim assenta Ramón Daniel Pizarro:

Este es uno de los grandes pilares sobre los que se orienta el moderno Derecho de daños, que lleva sus esfuerzos hacia una justa y plena reparación del detrimento injustamente sufrido. Para alcanzar este objetivo, es indispensable que la víctima sea resarcida en forma plena, pues de esa manera se restablece el equilibrio preexistente, alterado por el hecho danoso.⁶⁸

Nota-se que a aplicabilidade deste instituto na reparação *in natura*, não será dificultosa, já que para a restauração do equilíbrio e do *statu quo ante* basta que haja a devolução do bem que fora subtraído do patrimônio do lesado, ou sua substituição por algo parecido. Em complemento, há situação em que se pedirá o pagamento de lucros cessantes ou conserto dos danos causados ao bem, tudo, para ao cabo ser concretizado o princípio em comento.⁶⁹

Já a discussão maior deverá se manifestar nos casos de arbitramento de indenização pecuniária em danos imateriais, onde o princípio se revelará

⁶⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

⁶⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

⁶⁸ PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 315.

⁶⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

extremamente útil, onde para a aferição do montante indenizatório dever-se-á observar a extensão efetiva dos danos sofridos pelo ofendido.⁷⁰

O fundamento legal do princípio da reparação integral é encontrado no artigo 944 do Código civil⁷¹, que dispõe que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, ou seja, há a prevalência do dano sobre a aferição da culpabilidade do indivíduo que provocou os danos⁷²

Outrossim, o princípio da reparação integral já encontrava traços no Código Civil de 1916⁷³, em seu artigo 1.059, que tratava do valor da indenização, dispondo que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, ou seja, ainda que não se trata diretamente do princípio aludido, já referia que a indenização correspondia ao dano e nada além disto. Tal princípio foi trazido do Direito Frânces, o qual utilizavam a expressão *tout le dommage, mais rien que le dommage*, que significa todo o dano e nada além disto, para expressar que o valor da indenização a ser atribuída pelo dano deve ser a extensão do dano, e nada além disto.⁷⁴

Há de se ressaltar que antes da previsão do princípio ser consagrada no Código Civil, esta já encontrava guarida no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no capítulo que trata dos direitos básicos inerentes ao consumidor, positiva em seu artigo 6º inciso VI, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”⁷⁵, como sendo direito do consumidor.

O fundamento do princípio presente no Código Civil prevê para a indenização um piso e um teto, na medida em que este piso de indenização será o todo do dano experimentado, enquanto que o teto é o balizador para referir que indenização fixada não poderá superar o que é efetivamente devido à vítima, a fim de se evitar o

⁷⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

⁷¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

⁷² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50.

⁷³ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29-30.

⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

locupletamento ilícito.⁷⁶ O enriquecimento ilícito é evitado em homenagem à função reparatória da responsabilidade civil, bem como a fim de evitar-se a exploração do agente causador do dano em questão.⁷⁷

Conforme as lições de Paulo de Tarso Sanseverino, o princípio da reparação integral apresenta três funções primordiais, quais sejam, “a) reparação da totalidade do dano (função compensatória); b) vedação de enriquecimento injustificado do lesado (função indenitória); c) avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos (função concretizadora)”.⁷⁸

A função compensatória do princípio da reparação integral é a principal função do referido princípio, a qual denota que o valor da indenização deverá ter relação de equilíbrio com o(s) dano(s) sofrido pela vítima, almejando-se que com esta indenização arbitrada possa a pessoa prejudicada sentir-se compensada. O conteúdo desta função é expressado pelo teor do artigo 944 do Código Civil, que se espelha nos ideais da justiça comutativa referida por Aristóteles na sua obra.⁷⁹

Já a função indenitória do princípio é a que dá os ditames do teto máximo do valor indenizatório a ser atribuído pela ocorrência de um dano, o qual não poderá ser maior que o dano causado, nada além disto.⁸⁰ A fim de cumprir tal função é necessário se realizar uma união entre o princípio da reparação integral positivado pelo artigo 944 do Código Civil e o artigo 884 do mesmo diploma legal, o qual dita a proibição ao enriquecimento ilícito ou sem causa, não podendo o valor da indenização ultrapassar a extensão dos danos de maneira a causar o locupletamento ilícito da vítima.⁸¹

Por fim, a função concretizadora do referido princípio revela-se no papel do magistrado, em sua atuação a fim de julgar observando o conteúdo deste princípio, arbitrando uma indenização correta ao caso que está julgando, devendo o julgador analisar a conjuntura dos fatos trazidos na lide e dar a solução concreta ao caso,

⁷⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 77.

⁷⁷ PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 316.

⁷⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

⁷⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58-59.

⁸⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

⁸¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

arbitrando indenização justa.⁸² No âmbito brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça tem se revelado diligente ao cumprimento do princípio da reparação integral, eis que ainda que haja a previsão da súmula 07⁸³, a qual veda a análise fática no âmbito do Recurso Especial, a referida Corte tem aplicado o princípio em suas decisões.

Para ilustrar isso, vejamos ementa do Recurso Especial 1.258.998/MG, no qual os Ministros aplicaram no caso concreto o princípio da reparação integral ao arbitrar indenização para promitente comprador pelo uso do imóvel discutido em contrato:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO POR INADIMPLEMENTO DO PROMITENTE-COMPRADOR. INDENIZAÇÃO PELA FRUIÇÃO DO IMÓVEL. CABIMENTO. INAPLICABILIDADE DA LIMITAÇÃO PREVISTA NO ART. 53 DO CDC. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL.

1. Controvérsia acerca da possibilidade de se limitar a indenização devida ao promitente-vendedor em razão da fruição do imóvel pelo promitente-comprador que se tornou inadimplente, dando causa à resolução do contrato.

2. "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado" (art. 389 do CC/2002).

3. Possibilidade de estimativa prévia da indenização por perdas e danos, na forma de cláusula penal, ou de apuração posterior, como nos presentes autos.

4. Indenização que deve abranger todo o dano, mas não mais do que o dano, em face do princípio da reparação integral, positivado no art. 944 do CC/2002.

5. Descabimento de limitação 'a priori' da indenização para não estimular a resistência indevida do promitente-comprador na desocupação do imóvel em face da resolução provocada por seu inadimplemento contratual.

6. Inaplicabilidade do art. 53, caput, do CDC à indenização por perdas e danos apuradas posteriormente à resolução do contrato.

7. Revisão da jurisprudência desta Turma.

8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.⁸⁴

⁸² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76.

⁸³ "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.258.998/MG**. Recorrente: Cristina de Paiva Rezende. Recorrido: Setpar Terraplenagem Pouso Alegre Ltda. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 06 de março de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201100952111>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Verifica-se que o princípio em comento se desdobra em três funções, tendo como principal escopo compensar a vítima pelo dano sofrido, não tendo como enfoco principal a punição do indivíduo que invadiu a esfera de direitos alheia, sendo este o sentido extraído do teor do artigo 944 do Código Civil.⁸⁵

Ademais, a positivação deste princípio na legislação vigente tem sentido em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é trazido no artigo 1º da constituição federal. A vítima em questão e suas condições é que serão analisadas para a aplicação do princípio da reparação integral, não sendo analisados critérios que se voltem ao padrão social da vítima, ou ainda as suas condições econômica, já que realizar tal juízo para realizar a reparação não condiz com a noção de dignidade da pessoa humana.⁸⁶

Não há como deixar de mencionar que o princípio da reparação integral possui uma limitação ou flexibilização a qual está expressa no parágrafo único do artigo 944 do código civil, a qual menciona que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Na hipótese que se enquadrar nesta regra que relativiza os efeitos da reparação integral, terá o indivíduo que sofreu um dano que suportar em parte os prejuízos decorrentes do dano, sem que tivesse participado do injusto cometido.⁸⁷

Esta exceção ao princípio da reparação integral sofreu críticas, dentre as quais, destacam-se os ensinamentos de Rui Stoco, o qual afirma que

Para nós a disposição contida no parágrafo único, a título de exceção é equivocada e nociva, pois se reparar o dano é restituir as coisas ao estado anterior, a redução do valor tendo em vista o grau de culpa. Não indeniza integralmente e não cumpre aquele princípio, dando ao julgador indesejado poder discricionário e um perigoso critério subjetivo de avaliação.⁸⁸

Ora, se a responsabilidade deve sempre almejar a proteção da vítima do dano e a compensação, com o viés da proteção da dignidade da proteção humana, temos que a possibilidade de redução do montante indenizatório pela regra do parágrafo

⁸⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 306.

⁸⁷ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

⁸⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo I. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 204. p. 118.

único vem a ferir o princípio da reparação integral. Ademais, se o magistrado operar na aplicação da regra que relativiza o princípio aludido, teremos que a vítima que sofreu um dano injustamente, que teve a sua esfera de direitos invadida por outrem, terá que padecer ao assumir ela própria uma fração do injusto que fora cometido.⁸⁹

⁸⁹ KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude da culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código civil. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, v. 29, p. 3-34, 2004.

3 CAPÍTULO 2 – DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

3.1 Evolução do instituto no Direito Brasileiro

A proteção e reparação aos danos de cunho imaterial não tiveram desenvolvimento amplo nos primórdios, sob as concepções que atualmente estão consagradas. Inicialmente, havia uma resistência à reparabilidade dos danos extrapatrimoniais com a condenação do infrator ao pagamento de indenização, por se considerar imoral quantificar em preço da dor.⁹⁰

Para chegarmos à evolução e aos parâmetros estabelecidos hoje, passou-se um longo período, várias impugnações, as quais levaram à uma transformação acerca da reparabilidade dos danos morais.⁹¹

Na época do Brasil Colonial não se cogitava sobre a reparabilidade de danos morais, não havendo qualquer regra que defendesse tal tese em lei ou norma vigente.⁹²

Sob a alegação de que não se poderia atribuir preço ao dano extrapatrimonial, sendo este de difícil aferição, negava-se a sua indenização. Gradativamente, tal concepção foi se modificando, ao ponto de se estabelecer, mesmo que mínima, uma compensação pela dor e sofrimento da vítima de um dano imaterial.⁹³

Em doutrina prévia ao Código de 1916, Lafayette Rodrigues Pereira, em obra escrita em 1877, destaca a impossibilidade da reparação de danos morais por entender que tais danos tinham viés de futilidade para serem transportados ao mundo jurídico, criticando autores contemporâneos que começavam a aceitar a teoria, ao mencionar que para o ataque à honra “não há necessidade de satisfação

⁹⁰ MARINANGELO, Rafael. A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do código civil.** São Paulo: Atlas, 2012. p. 671.

⁹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral.** 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. p. 3.

⁹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 119.

pecuniária. Todavia, não tem faltado quem queira reduzir o simples sofrimento físico ou moral a valor: são extravagâncias do espírito humano”.⁹⁴

Essa contenda acerca da possibilidade de atribuir indenização na ocorrência de danos imateriais teve como início nessa época pré-Código Civil de 1916. Vários eram os projetos para criar-se essa legislação, tendo autores, como o mencionado acima, travado a defesa à tese da irreparabilidade, e outros que embora defendessem, não mencionavam expressamente em seus projetos à elaboração do Código, dentre eles, Felício dos Santos, Coelho Rodrigues, e Clóvis Beviláqua, que posteriormente teve seu projeto aprovado, e criado o Código de 1916.⁹⁵

Wilson Melo da Silva⁹⁶ destaca que a ausência de previsão expressa no Código Civil de 1916 advém desta insegurança e dissidência de vários juristas acerca do posicionamento sobre o tema, tendo vários apresentado receio sobre inovações legislativas, sendo que é neste interim que fora aprovado o Projeto do Código, no qual apresentou cautela intencional e aboliu qualquer expressão que referisse à reparabilidade dos danos morais.

Com o advento do Código Civil de 1916 é que se iniciaram as primeiras defesas da teoria da indenizabilidade dos danos morais.⁹⁷ Esse reconhecimento da doutrina local da indenizabilidade do dano moral ganhava fomento, porém ela era identificada como uma tese, sendo que a ressalva que se fazia para que ela não fosse unânime, é o fato do legislador não a expressamente prever no Código, fazendo com que fosse aplicada em alguns casos, mas não como princípio geral.⁹⁸

Nesse sentido, Orlando Gomes referia que apesar de haver esse reconhecimento pela doutrina da reparação dos danos de cunho moral, entendia que não poderiam ser indenizados os danos extrapatrimoniais pela ausência de previsão no Código Civil de 1916.⁹⁹

⁹⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos das Coisas, Tomo II.** 3 ed. Campinas: Russell Editores, 2003. p. 139.

⁹⁵ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 76.

⁹⁶ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e a sua reparação.** 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 486.

⁹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.

⁹⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 46.

⁹⁹ GOMES, Orlando. **Originações.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 334.

O Código Civil de 1916 possuía três artigos que podemos destacar os quais levaram a defesa da possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais¹⁰⁰, sendo estes os artigos 76¹⁰¹, 79¹⁰² e 159¹⁰³.

Nesse sentido, não se pode dizer que não havia previsão legal à época da indenização dos danos morais, já que o Código não o mencionava expressamente, mas também não deixa de referir, posto que no artigo 159 - transcrito acima - não se aludia a qual espécie de dano estava sendo tutelada legalmente.¹⁰⁴ Este dispositivo, teve como inspiração o artigo 1.382 do *Code Napoléon* Francês, não tendo, todavia, limitado a qual espécie de dano que se tratava tal proteção, gerando, inclusive, respaldo à discussão que após assolou a jurisprudência, que consistia na incerteza se haveria possibilidade de cumulação entre danos materiais e imateriais.¹⁰⁵

O autor do projeto do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, após gerar incertezas sobre a reparação do dano imaterial, se posicionou no sentido de defender a possibilidade de indenização para danos morais, (a) referindo que todo o dano causado deve ser ressarcido, salvo se estiver diante de caso de força maior; (b) o dano que tem proveniência de ato ilícito, presente nos artigos 159 e 1.518 do Código deve ser reparado; (c) para que seja reparado o dano moral, a vítima tem respaldo de via adequada processual conforme artigo 76, parágrafo único; (d) o dano moral não é reparável em todas as hipóteses, seja por não poder aferir-lhe valor monetário, seja pela falta de recursos para aferir sentimentos afetivos; (e) há a previsão expressa de reparação moral aos ferimentos que produzem aleijão ou deformidades (artigo 1.538, parágrafos 1º e 2º); (f) além dos casos expressamente previstos, existem outros que podem ser remetidos ao arbitramento do juiz (artigo 1.553) para qualquer modalidade da dano, seja ela patrimonial ou pessoal. O Autor

¹⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.

¹⁰¹ 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 á sua família.

¹⁰² Art. 79. Se a coisa perecer por fato alheio á vontade do dono, terá este ação, pelos prejuízos contra o culpado.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 120.

¹⁰⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 57.

destaca ainda que não é a reparação do dano extrapatrimonial que era uma exceção, mas sim a sua irreparabilidade.¹⁰⁶

Avaliando a posição de Clóvis Beviláqua, é possível perfilar que este enalteceu doutrinariamente a possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais, e quanto ao texto positivado, entendeu que fora recepcionada esta teoria, porém com suas ressalvas.¹⁰⁷

Sob esse prisma, temos que é evidente que o Código Civil revogado apresenta uma omissão no que tange o estabelecimento de uma regra geral para a reparação dos danos imateriais, sendo, contudo, importante destacar a presença de dispositivos esparsos que inferiam a reparação, dentre os quais, os artigos 1.537, 1.538, 1.543, 1.547 a 1.550. Tais dispositivos tratavam da liquidação dos danos, os quais reforçam a máxima que a teoria da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais está presente no Código de 1916 de maneira inerente.¹⁰⁸

Há de exaltar que Pontes de Miranda sublimava em sua doutrina que afastar a indenização por danos extrapatrimoniais e admitir-se somente a indenização aos danos materiais era ideia “absurda”, sendo que os autores que censuravam a possibilidade de indenização dos danos morais não compreendiam que não se tratava de simples dor a experimentada pela vítima, e sim a dor que extrai a “normalidade da vítima, para pior”, sendo que a partir da ocorrência desta dor que deve ser devidamente recompensada a vítima.¹⁰⁹

José de Aguiar Dias justificava a possibilidade da indenização por danos extrapatrimoniais face à insuficiência dos danos materiais para retribuir todos os danos sofridos pela vítima:

[...] o nosso sentimento de justiça não se pode considerar satisfeito com a mera reparação dos prejuízos materiais, em face à honra, ao sentimento de piedade, ao afeto, à integridade corpórea e à vida. A satisfação por que ansiamos, quando animados pela reprovação à ofensa, não será completa se se resumir na indenização dos danos patrimoniais. O desgosto, a aflição, a humilhação sofridos pela vítima

¹⁰⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 5. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1943, t. 2. p. 319.

¹⁰⁷ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e a sua reparação**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 284.

¹⁰⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 48.

¹⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito civil, tomo XXVI**. São Paulo: Borsoi, 1954. p. 30.

ficam sem compensação, sem satisfação se nos limitarmos a indenizar os danos meramente patrimoniais.¹¹⁰

Além da insuficiência do dano material para retribuir à vítima todo o mal sofrido, como se destacou no excerto transcrito acima, temos que como grande reforçador da possibilidade da indenização pelos danos o artigo 76 do Código Revogado. Enquanto alguns autores entendiam que a regra contida no referido artigo ditava apenas preceito processual, o próprio Autor do projeto referia que o sentido do dispositivo era de que se há interesse moral para ingressar com a ação é justificável que tal interesse seja também indenizável.¹¹¹ Assim, havia de se duvidar o motivo pelo qual se gerava receio na aplicação da teoria da indenização dos danos extrapatrimoniais pelo Código Civil de 1916, já que se extraía do texto do artigo 76 esta possibilidade.¹¹²

Caio Mario Silva Pereira referiu que embora houvesse esta previsão expressa de cunho processual no artigo 76, esta teoria não foi categoricamente aceita pelos doutrinadores da época, o que, o Autor, a fim de justificar a indenizabilidade dos danos morais, referia que o artigo 159 necessitaria ser idealizado de maneira sistemática perante o ordenamento jurídico:

A resistência que encontrou, entre nós, a teoria da reparação do dano moral estava em que não havia uma disposição genérica no Código Civil de 1916. Admitindo-a, Clóvis Beviláqua, propugnador da indenização do dano moral, enxerga o suporte legal na regra do art. 76 e seu parágrafo do Código Civil de 1916, segundo o qual, para propor ou contestar uma ação, é suficiente um interesse moral. O argumento, entretanto, não convenceu os opositores recalcitrantes. A meu ver, a aceitação da doutrina que defendeu a indenização por dano moral repousou numa interpretação sistemática de nosso direito, abrangendo o próprio art. 159 do Código Civil de 1916 que, ao aludir à “violação de um direito”, não limitou a reparação ao caso de dano material apenas. Não importa que os redatores do Código de 1916 não hajam assim pensado. A lei, uma vez elaborada, desprende-se da pessoa dos que a redigiram. A ideia de “interpretação histórica” está cada dia menos autorizada.¹¹³

Analisando-se a questão é possível perceber que o Código Civil de 1916 não estava totalmente dissociado da indenização dos danos extrapatrimoniais, podendo-

¹¹⁰ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 306.

¹¹¹ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 48-49.

¹¹² PORTO, Mário Moacyr. Dano moral. **Revista dos Tribunais**, 590, p. 36-40, 1984.

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Livro eletrônico, não paginado.

se destacar o artigo 1.538 que se referia ao “dano estético” ou aleijão, no qual além de prever o pagamento das despesas de tratamento e lucros cessantes, contemplava que fossem pagos em dobro os valores quando da lesão causada resultasse aleijão ou deformidade na vítima. Esta previsão de pagamento em dobro tratava-se de indenização a ser arbitrada com o fito de buscar compensar a vítima por um dano estético causado que extrapolava os parâmetros habituais, sendo que no mesmo dispositivo legal acrescia-se a previsão que caso a vítima fosse mulher solteira ou viúva que poderia se casar, a indenização prevista consistia em um “dote” conforme o patrimônio do agressor e as circunstâncias da agredida, tratando-se, em última análise, de uma previsão de reparação moral, já que se entendia que a lesão causada poderia tolher o casamento da vítima do dano.¹¹⁴

Ante as diversas discussões sobre a reparabilidade do dano moral na vigência do Código Civil de 1916, Sergio Severo entende que a interpretação correta da problemática se resume em:

São indenizáveis os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, na forma da cláusula geral contida no art. 159 do Código Civil; os artigos 1.537 a 1.552 estabelecem restrições em relação à satisfação em casos específicos, devendo ser confrontados com legislações específicas referentes a determinadas matérias, e com a Constituição; o art. 1.553 apresenta uma cláusula geral complementar ao art. 159, de modo que as obrigações derivadas de atos ilícitos que não estão sujeitas a regramento específico devem ser satisfeitas de acordo com o referido dispositivo, seja qual for a natureza do dano (patrimonial ou extrapatrimonial).¹¹⁵

Dessa forma, constata-se que se tratando da possibilidade de reparação do dano moral havia doutrinadores que se posicionavam de maneira limitativa, onde apenas aceitavam a ocorrência e a reparação dos danos materiais nas situações expressamente previstas pelo Código revogado e em leis especiais, já que não existia um princípio geral que contemplasse a matéria, e por consequência disto, não se podia reconhecer em outras situações. Por outro lado, quando aceitavam a possibilidade da caracterização, não conseguiam aferir o valor da indenização, pois

¹¹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 503.

¹¹⁵ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 82.

justificavam que a lesão moral era dificultosa no cálculo dos valores, bem como a dificuldade da prova da ocorrência do prejuízo moral.¹¹⁶

Na prática forense dos tribunais e na jurisprudência o debate era acerca da indenizabilidade do dano extrapatrimonial e o seu alcance, sendo que a jurisprudência pátria arfava entre o reconhecimento ou não, e o cabimento da indenização do dano por ricochete, ou seja, quando a indenização é arbitrada à pessoa que não sofreu diretamente o dano, mas em decorrência desse teve sua esfera jurídica violada. Nesse ínterim, temos queo tema que a jurisprudência mais debateu fora a situação dos pais em relação aos seus filhos menores e o reconhecimento do arbitramento de indenização para danos imateriais.¹¹⁷

Infere-se que não era apenas no Código Civil de 1916 que se previa ou se possibilitava admitir-se a indenização dos danos morais. Antes mesmo da aprovação do Código Civil, é possível destacar o Decreto n. 2.681 de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, onde estabeleceu-se no artigo 21, que a lesão corporal ou deformidade acarretava indenização a ser arbitrada pelo magistrado. Podemos citar ainda o Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei 4.117 de 1962, nos artigos 81 a 88; o Código Eleitoral, Lei 4.737 de 1965, no artigo 244; e a Lei de Imprensa, Lei 5.250 de 1967, no artigo 49, inciso I.¹¹⁸

Vislumbra-se que apesar de vários autores apresentarem entendimentos diversos, é possível verificar que primordialmente prevaleceu a tese que afastasse a ressarcibilidade do dano imaterial, mas não tem todos os casos, sendo admitida em casos especiais que estavam positivados no Código Civil, ou em leis esparsas.¹¹⁹

Além da discussão se haveria a indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais, quando havia o reconhecimento, discutiu-se também a possibilidade de cumulação de condenação dos pedidos de indenização de danos materiais e imateriais, onde com a vigência do Código de 1916 se entendia que quando há a presença do dano material e se calculava uma indenização para este, dentro dessa indenização já estaria absorvido o dano moral. Sergio Cavalieri Filho leciona que não cabe referir que a impossibilidade de cumular as duas espécies de danos, entendendo que em

¹¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo:Saraiva, 2014. p. 90.

¹¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo:Saraiva, 2014. p. 88.

¹¹⁸ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 83 *et seq.*

¹¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 108.

vários casos a vítima além de sofrer o prejuízo material, ainda tem a sua moral atingida, prejuízo o qual não está abarcada a sua indenização dentro da indenização arbitrada aos danos patrimoniais, já que o primeiro dano ofende seu patrimônio, enquanto que o segundo a sua moral, situações totalmente distintas.¹²⁰

Em que pese o entendimento citado, temos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por anos entendeu pela impossibilidade da cumulação dos danos. Para ilustrar isso, podemos colacionar ementas de julgados provenientes do Supremo. No primeiro, a Corte entendeu que em um caso de amputação da perna de um passageiro de trem em uma ferrovia, o arbitramento de pensão vitalícia por si só já bastava para indenizá-lo, não cabendo premiá-lo com indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos, já que tal compensação já estaria contida no pensionamento. No segundo, em uma atuação ultrajante da polícia em que resultou a morte de uma pessoa, entendeu-se que não poderia cumular as duas espécies de danos, pois a indenização pelos danos extrapatrimoniais já estaria inserida na indenização pelos danos patrimoniais, senão vejamos:

Responsabilidade civil. Passageiro vítima de queda de trem. Pensão vitalícia reajustada. Exclusão de indenização por dano estético e dano moral. Resultando dos autos a responsabilidade da ferrovia pelo acidente em que foi vitimado passageiro, e de que resultou amputação de uma perna, cabe a este perceber pensão vitalícia, sempre atualizada. Indevida, porém, indenização por dano estético ou por dano moral, conforme tem sido entendido na jurisprudência. Aquele primeiro inclusive pela correção mediante aparelhos ortopédicos, e o segundo por ter-se como já compreendido no pensionamento.¹²¹

RESPONSABILIDADE CIVIL DE ESTADO. MORTE RESULTANTE DE VIOLÊNCIA POLICIAL. NÃO SE INDENIZAM CUMULATIVAMENTE OS DANOS MATERIAIS E OS DANOS MORAIS, POIS A INDENIZAÇÃO DAQUELES ABSORVE A DESTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE.¹²²

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 120.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 82930/RJ**. Recorrente: Jorge Luiz Martins. Recorrido: Rede Ferroviária Federal S/A (Sétima Divisão- Leopoldina). Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, 13 de maio de 1985. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=177937>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 109083/RJ**. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrida: Olga Baptista da Silva Assis. Relator: Ministro Carlos Madeira. Brasília, 29 de agosto de 1986. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200343>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Adiante, na instalação do Congresso Constituinte em 1987, o posicionamento da jurisprudência e da doutrina já era predominante no sentido da possibilidade da reparação do dano de cunho extrapatrimonial, sendo que tal cenário repercutiu diretamente na elaboração do texto constitucional, atribuindo-se como cláusula pétrea a garantia fundamental à reparabilidade de danos morais.¹²³ Dessa forma, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que houve a garantia legal da reparação ampla dos danos extrapatrimoniais.¹²⁴

Sobre esse marco histórico, Caio Mario da Silva Pereira assim se lecionou:

A Constituição Federal de 1988 já havia posto uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. O art. 5º, X, dispôs: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integrou-se definitivamente em nosso direito positivo. É de acrescer que a enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária aditar outros casos. Com efeito: aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente de *numerus clausus*, ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de *construction*. Com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz.¹²⁵

Verifica-se que o Autor explica que a Constituição veio a retirar todo e qualquer receio na reparação dos danos de cunho extrapatrimoniais, estabelecendo o texto constitucional um direito mínimo, que poderá ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional e pela interpretação doutrinária. As duas previsões de

¹²³ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 116.

¹²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 108.

¹²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Livro eletrônico, não paginado.

que trata o Renomado Jurista é o artigo 5º, incisos V e X, os quais possuem o seguinte texto:

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;¹²⁶

Sobre a nova ordem Constitucional no que tange à indenizabilidade dos danos imateriais, Sergio Cavalieri Filho destaca que quando era Magistrado, em período anterior à Constituição de 88, em diversos casos não reconhecia a presente de indenização pelos danos morais, o que com o advento da Constituição Federal tal posicionamento perdeu totalmente espaço, estabelecendo que o dano imaterial é indenizável, abolindo do sistema jurídico qualquer interpretação em contrassenso, já que a matéria restou positivada no artigo 5º, incisos V e X da Carta Magna.¹²⁷

Dessa forma, com o advento da Constituição Federal de 1988 deve se repudiar a doutrina reacionária que entendia pela ausência da possibilidade do arbítrio de indenização para os danos extrapatrimoniais, doutrina a qual incompreende-se como obteve um número expressivo de adeptos, tendo em vista que com a leitura do artigo 159 do Código Civil revogado poderia se inferir a possibilidade de reparação dos danos imateriais.¹²⁸

Além disso, com a consagração da Constituição, várias Leis infraconstitucionais foram editadas a fim de estender a aplicabilidade e proteção em face de danos de esfera extrapatrimonial, dentre as quais podemos destacar o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990 - em seu artigo 6º, incisos VI e VII, que possibilita a reparação de danos patrimoniais e morais do consumidor, bem

¹²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Os danos morais no judiciário brasileiro e sua evolução desde 1988. In: TEPEDINO, Gustavo (Organiz.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 98.

¹²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito aplicado – Acórdãos e votos**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 275.

como o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990 – que em seu artigo 17, concatenado com o artigo 201, incisos V, VII e IX, protege a criança e ao adolescente na sua integridade física, psíquica e moral, admitindo a reparação de dano imaterial que possa ferir seus bens extrapatrimoniais.¹²⁹

Evidente que a Constituição Federal de 1988 veio elevar a proteção em face dos danos extrapatrimoniais ao *status* de garantia individual ao ser humano. Entretanto tal amparo não foi criado na Constituição, posto que ainda que não houvesse previsão expressa nesse sentido, já era reconhecida a indenização aos danos extrapatrimoniais em casos na jurisprudência e na doutrina de diversos juristas, não havendo o que se referir que apenas com o advento Constitucional é que seria devida a indenização pela ocorrência de um dano de cunho imaterial.¹³⁰

Ademais, com a entrada em vigor da Constituição Cidadã, criou-se o Superior Tribunal de Justiça, o que veio a inovar a jurisprudência brasileira, onde foi composto por magistrados de diversas regiões brasileiras, e que retirou do Supremo a competência de analisar matéria infraconstitucional.¹³¹ Após isso, a Corte Superior veio a consolidar um entendimento que, modificou o tratamento da questão da cumulação dos danos morais e materiais, e também deixou para trás a jurisprudência do Supremo,¹³² que em muitos casos deixava de indenizar completamente a vítima por entender que não era possível a cumulação das indenizações das duas espécies de danos advindas de um mesmo fato danoso.

A referida súmula é a 37¹³³, que foi publicada em 19/03/1992, e que está enunciada garantindo que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, possibilitando-se que não se reconheça apenas a reparação do chamado “dano moral puro”, que nada mais era que uma

¹²⁹ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 72.

¹³⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 55.

¹³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Os danos morais no judiciário brasileiro e sua evolução desde 1988. In: TEPEDINO, Gustavo (Organiz.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 98.

¹³² CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 54.

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 37**. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2737%27>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

regra restritiva, e que reduzia à mediocridade as ações fundadas em danos extrapatrimoniais e materiais cumulados.¹³⁴

Com o assentamento jurisprudencial da possibilidade de cumulação das espécies de danos, está evidenciada a reparação dos danos à pessoa de maneira mais completa possível, significando, um avanço na matéria.¹³⁵ Verifica-se, portanto, que com a consagração da Constituição de 1988, não há o que se falar em resquícios de receios acerca do reconhecimento da possibilidade de indenização da vítima face à ocorrência de dano extrapatrimonial, abrindo-se espaço, para um debate mais atualizado, da verificação de seus conceitos, e dos parâmetros para fixação das indenizações.¹³⁶

Após a positivação Constitucional do que já vinha sendo reconhecido, mesmo que timidamente pelos julgadores, o Novo Código Civil de 2002 só veio a reiterar e complementar o texto constitucional, ao dispor sobre a tutela dos direitos de personalidade, a definição de ato ilícito, incluindo o dano moral e a sua indenização.¹³⁷ Essa tutela está presente nos artigos 12¹³⁸, 186¹³⁹ e 927¹⁴⁰ do Código Civil de 2002.

Apesar de trazer a indenização dos danos imateriais, o Código Civil de 2002 seguiu a mesma trilha do Código de Beviláqua, utilizando conceituação “ampla, abstrata e geral para a responsabilidade aquiliana”, demonstrando que apesar de inovar na matéria, carece de aperfeiçoamento para a compreensão da reparabilidade ampla dos danos morais,¹⁴¹ Nesse sentido, Rui Stoco ressalta que mesmo havendo esse progresso na codificação, o Código de 2002 é atrasado, já que é contido ao prever os danos imateriais, tanto que prevê seu conceito em um

¹³⁴ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 94.

¹³⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. p. 6.

¹³⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 116.

¹³⁷ MARINANGELO, Rafael. A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do código civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 675.

¹³⁸ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

¹³⁹ Art. 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.

¹⁴⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹⁴¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 58.

único dispositivo, de maneira vaga,¹⁴² referindo que o Código é um descompasso em comparação com a Constituição de 1988, já que o anteprojeto do Código Civil de 2002 foi redigido há mais de 40 anos atrás.¹⁴³

3.2 Banalização do dano moral e necessidade de novo conceito

A conceituação do dano moral é um tema importante, sendo o ponto essencial para se realizar uma análise sobre temas adjacentes, principalmente a sua valoração, já que superada a fase de verificar se esta espécie de dano seria indenizável.¹⁴⁴

Ao longo da história do Direito, principalmente no que tange o Direito Brasileiro a partir dos primórdios do século XX, se demonstrou dificultosa o estabelecimento de uma teoria que justificasse a ampla reparação do dano de cunho extrapatrimonial. A primeira resistência que se teve fora a necessidade de que para indenizar era necessário atribuir-se “preço a dor”, e diante dessa dificultosa tarefa, por muito tempo negou-se conceituar o dano moral e permitir a sua indenizabilidade.¹⁴⁵

A fim de conceituar os danos extrapatrimoniais, criou-se um primeiro conceito de dano moral, o qual identifica os danos desta espécie como os quais geram dor, sofrimento que amargura a alma da vítima, ou seja, relacionam a uma série de sentimentos negativos os quais os danos morais podem causar no ser que os experimenta.¹⁴⁶ José de Aguiar Dias, adepto a esta concepção relacionava os danos morais com a “reação psicológica” à ofensa, as dores sentimentais e físicas que a vítima vivenciava em virtude do evento danoso.¹⁴⁷

Dentro deste mesmo entendimento Yussef Said Cahali, associa o conceito de danos morais como sendo uma série de sentimentos, os quais:

¹⁴² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo II. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 931

¹⁴³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo II. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 936.

¹⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 116.

¹⁴⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. p. 05.

¹⁴⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 117.

¹⁴⁷ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 825.

[...] não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito, à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.¹⁴⁸

Entretanto, é passível de críticas este modelo de conceituação já que esta busca na quantificação e intensidade do sofrimento parece ser útil no momento em que se dará a aferição do *quantum* indenizatório, porém, importa ser de pouca valia na sua conceituação, pois há situações que violam à esfera alheia, todavia, não se consegue verificar a presença de sofrimento em si.¹⁴⁹ Nessa senda de raciocínio, verifica que essa corrente que conceitua o dano moral enfrenta o tema de maneira inadequada, já que não verifica o conteúdo do dano, perfilhando o tema pelas vias transversais, sem explorar seu interior.

Vislumbra-se que a associação da dor e sofrimento à aceção de dano moral não o conceitua juridicamente, apenas atribui a este uma série de sentimentos humanos, mas que se não estiverem justificando um “dano injusto” não serão passíveis de reparação juridicamente, bem como além de confundir o dano moral com a sua consequência, que seria esta série de sentimentos.¹⁵⁰ Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves, afirma que a dor e angústia não são o dano imaterial em si, sendo estes sentimentos uma consequência da ocorrência desse evento, não sendo objeto da responsabilidade civil reparar essa dor, mas sim a vítima que teve privado bem jurídico tutelado.¹⁵¹

Adiante, evidenciada essa limitação da forma de conceituar o dano moral, fez com que os autores tivessem a necessidade de formular novo conceito.¹⁵² Nesse sentido, o conceito para os danos morais que fora atribuído pela doutrina é um conceito negativo, o qual definia os danos extrapatrimoniais como sendo aqueles

¹⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 23.

¹⁴⁹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.117.

¹⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 130-131.

¹⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 491.

¹⁵² MARINANGELO, Rafael. A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do código civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 676.

que não eram danos materiais.¹⁵³ Este conceito negativo distingue os danos imateriais dos materiais, referindo que aqueles serão os danos que não causam prejuízos econômicos à vítima.¹⁵⁴

A conceituação dos danos extrapatrimoniais, sob essa perspectiva, consistia em avaliar os danos não no que tange a sua origem, mas sim os seus efeitos, sendo que os danos imateriais não produzem efeitos negativos no patrimônio da vítima, enquanto que os danos materiais produzem.¹⁵⁵ Nesse sentido, Wilson Mello da Silva, referia que os danos imateriais são detrimientos sofridos pela vítima em seu “patrimônio ideal”, o qual consiste em um contrassenso ao patrimônio material, ou seja, o conjunto de tudo que não pode se atribuir valor monetário.¹⁵⁶

Esse conceito histórico de dano moral é passível de críticas, já que apesar de não estar incorreto, não afirma exatamente o que é dano moral, realizando uma negação apenas, o que para um primeiro momento seria de fundamental importância que esse conceito fosse claro, até mesmo para afirmação do instituto.¹⁵⁷

Igualmente, tal concepção não tem aplicação por si só hoje, já que como não explica o conteúdo do instituto, apenas demarca uma de suas características, não cabe ser aplicado em todas as situações. Tal insuficiência fica evidente quando se analisa, por exemplo, hipótese de danos mais evidentes, como os pessoais, morte e lesões corporais graves, em que é fácil fazer a distinção do prejuízo material do moral, ao passo que em danos de menor gravidade, como em situações corriqueiras do cotidiano fica difícil fazer a distinção do que é patrimonial e imaterial, se tornando insuficiente tal conceituação para analisar se há a presença do dano moral na situação.¹⁵⁸

De maneira semelhante, Ramón Daniel Pizarro não concorda com esta aceção de danos morais, o qual se refere como sendo um significado simplista, que

¹⁵³ MARINANGELO, Rafael. A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do código civil.** São Paulo: Atlas, 2012. p. 675.

¹⁵⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 260.

¹⁵⁵ MINOZZI, Alfredo. **Studio sul danno non patrimoniale: danno morale.** Milano: Società Editrice Libreria, 1917. p. 40 *et seq.*

¹⁵⁶ SILVA, Wilson Mello da. **O dano moral e a sua reparação.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 1.

¹⁵⁷ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil.** 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 116 *et seq.*

¹⁵⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 261.

não contribui em nada com a construção de uma conceituação apta a nutrir o debate acerca do tema, que por diversas décadas permaneceu à sombra do dano patrimonial, devendo ser estabelecido um conceito próprio visto que o dano imaterial possui “*un contenido propio que puede y debe ser precisado en términos positivos, objetivo que no se alcanza con el razonamiento de esta corriente*”.¹⁵⁹

Dessa forma, ante a demonstração da caducidade deste conteúdo do dano moral ligado a um conceito negativo, necessário, pois, criar-se um novo conceito para estes danos, ainda mais com a superveniência da Constituição Federal.

Sob esta perspectiva, temos que o conceito que se alinha à Constituição Cidadã é o que refere que os danos extrapatrimoniais estão diretamente associados à ofensa aos direitos de personalidade da pessoa humana, os quais se refletem como sendo a vida, a honra, corpo, intimidade, dentre outros, que estão previstos no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.¹⁶⁰

Com o advento da “constitucionalização do Direito Civil”, a qual também podemos verificar no âmbito da responsabilidade civil, houve uma revolução, onde o escopo da responsabilidade deixou de ter como enfoque a análise do agente que causa o dano, para a garantia da tutela dos direitos da vítima. Princípios que eram deixados para trás, mormente pela preocupação com a tutela da propriedade e direitos patrimoniais, cederam lugar ao protagonismo da dignidade da pessoa humana e da proteção dos direitos da vítima, influenciando no dever de indenizar.¹⁶¹

Nesse contexto, Sergio Cavalieri Filho retrata que

o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética –, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.¹⁶²

¹⁵⁹ PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 28 *et seq.*

¹⁶⁰ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 118.

¹⁶¹ MORAES, Celina Bodin de. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Organiz.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 33.

¹⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 119.

Com isso, verifica-se que os danos morais passam da fase da ligação ao sofrimento, e na linha da Constituição Federal, começam a ser definidos como a lesão aos direitos de personalidade da vítima, sendo a compensação a indenização a ser arbitrada para recompensar quem sofreu esse dano.

Com a Constitucionalização dos danos extrapatrimoniais, e o preenchimento de uma lacuna legal que até então existia sobre a previsão concreta da reparabilidade dos danos morais, fez com que vertesse uma nova onda de ações que até então estavam reprimidas por essa omissão legal, pleiteando-se indenizações por danos imateriais sofridos.¹⁶³

Além do crescente número de demandas judiciais, com a tangência de novos direitos tutelados pela Constituição Federal, aumentou-se a discricionariedade do judiciário ao julgar essas novas causas, o que deveria servir de alento já que os Magistrados possuem papel fundamental na interpretação dos Institutos de conceito aberto, principalmente no âmbito da responsabilidade civil. Em contraponto, o que ocorreu é que se tornou superveniente um movimento que assola a responsabilidade no âmbito dos danos extrapatrimoniais, que é a chamada “indústria do dano moral”, termo empregado por juízes, para justificar a improcedência de certas demandas e tentar barrar esse crescente ajuizamento de ações que abarcam a matéria.¹⁶⁴

Esse termo, é utilizado inclusive na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para fundamentar decisões de improcedência de pretensões que versam sobre danos extrapatrimoniais que se julgam infundadas. Nesse sentido. Vejamos alguns exemplos:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CARTA DE COBRANÇA SEM DIZERES OFENSIVOS. DÍVIDA EM JUÍZO. INSCRIÇÃO NO CADASTRO NÃO CONSUMADA. LIMINAR OBSERVADA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Uma vez examinados todos os pontos controvertidos, não se vislumbra negativa de prestação jurisdicional, a ensejar o retorno dos autos ao Tribunal de origem.

II - O envio de carta informando da possível inscrição do nome do destinatário nos cadastros de controle de crédito, sem dizeres

¹⁶³ CAPPELARI, Récio Eduardo. **Os novos danos à pessoa**: na perspectiva da repersonalização do direito. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 73.

¹⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p. 193.

ofensivos, cobrando dívida que, embora esteja em discussão judicial, restara vencida, não sustenta o pedido de indenização por danos morais, principalmente pelo fato de que a inscrição não se consumou.

III - No caso, de outro lado, não houve descumprimento de decisão judicial, uma vez sequer concretizada a inscrição.

IV - A indenização por dano moral não deve ser deferida por qualquer contrariedade, não se devendo estimular o enriquecimento indevido nem a chamada "indústria do dano moral".¹⁶⁵

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOVAÇÃO RECURSAL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA Nº 283/STF. INCIDÊNCIA. DANO MORAL. SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE. VAGÃO LOTADO. NOVOS PASSAGEIROS. INGRESSO. FUNCIONÁRIOS DA ESTAÇÃO. AÇÃO TRUCULENTA. TRANSPORTE E EMBARQUE. CONDIÇÃO DEPLORÁVEL. CONDUTA VOLUNTÁRIA DA CONCESSIONÁRIA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INVIABILIDADE. SÚMULAS Nº 7/STJ E Nº 283/STF. VALOR INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. INADMISSIBILIDADE. CARÁTER PEDAGÓGICO E PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO.

1. Não viola o art. 535 do Código de Processo Civil nem importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adotou para a resolução da causa fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pela recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta.

[...]

4. A legislação (CDC, CC/2002 e Lei nº 8.987/1995) determina que a prestação do serviço de transporte público deverá ser adequada, satisfazendo, dentre outras, as condições de regularidade, eficiência, segurança e cortesia.

5. No caso, o recorrido desembarcou antes do seu destino, pois a recorrente forçou a aglomeração de passageiros no vagão, sem nenhuma ordem ou reserva de espaço para a mínima preservação da intimidade e, em maior dimensão, da integridade física dos usuários, situação suficiente para imputar perturbações relevantes de ordem física e psíquica à pessoa.

6. O descumprimento do objetivo principal do contrato por desrespeito voluntário das garantias legais reservadas ao transportado, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé, conduta que corrobora a condenação em danos morais. Precedentes.

7. A incidência das Súmulas nº 283/STF e nº 7/STJ impede o acolhimento do recurso especial por ambas as alíneas constitucionais autorizadoras.

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 504639/PB**. Recorrente: Gustavo Nunes de Aquino. Recorrido: Credicard S/A Administradora de Cartões de Crédito. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 25 de agosto de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201743974&dt_publicacao=25/08/2003>. Acesso em: 24 abr. 2018.

8. Para conter a "indústria do dano moral" é necessário refutar com veemência as ações indenizatórias consideradas oportunistas e, simultaneamente, reprimir a reincidência e a inércia de ofensores contumazes. 9. O valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) mostra-se razoável, na hipótese, pois não altera a condição financeira do recorrido e, concomitantemente, desestimula a conduta da recorrente de agregar lucros em prejuízo da qualidade dos serviços, cumprindo, portanto, o caráter indenizatório, pedagógico e punitivo da indenização.
10. Recurso especial não provido.¹⁶⁶

Contudo, melhor pretensão não socorre essa chamada "indústria do dano moral", já que é certo que em alguns casos as alegadas violações à direitos personalíssimos da parte parecem ser irrelevantes, que não se configuram dano de cunho extrapatrimonial, nem mesmo existiu. Não obstante, também existem ações que há de fato a violação à dignidade da pessoa humana, e que deixam de ser analisadas, deixando vítimas sem indenização, por puro apoio nesta teoria de massificação das ações de dano moral.¹⁶⁷ Nessa mesma senda de raciocínio, alerta Anderson Schreiber:

Mais que a preocupação com o crescimento exponencial do número de ações de indenização por dano moral, o que o uso do termo indústria anuncia é uma frontal rejeição à sua produção mecânica, algo artificial, com vistas à obtenção de lucro, em uma espécie de abordagem capitalizada de um instituto ontologicamente existencial. Embora a preocupação seja válida, sob o ponto de vista científico, o certo é que, no Brasil ao menos, sua importância não pode ser exacerbada, já que, na maior parte dos casos, o resultado das ações de danos morais é antes frustrante que efetivamente enriquecedor.¹⁶⁸

Sob esta ótica, não se pode olvidar da validade da apreensão quanto ao exacerbamento de ações que versem acerca da matéria dos danos morais que chegam ao judiciário, porém isto não pode servir de escopo para fundando-se na teoria da indústria do dano moral se faça o estamento de demandas justas, de

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1645744/SP**. Recorrente: Companhia Paulista De Trens Metropolitanos - CPTM. Recorrido: Felipe Mendonça. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 13 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601011688&dt_publicacao=13/06/2017>. Acesso em: 24 abr. 2018.

¹⁶⁷ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral na internet**. 1. ed. São Paulo: Método, 2001. p. 63.

¹⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p. 194.

vítimas que realmente sofreram ataques às suas esferas de direitos personalíssimos, e a sua dignidade.

Assim sendo, reverbera que o escopo para o qual é empregado o termo “indústria” é totalmente equivocado, já que com a expansão do conceito de dano extrapatrimonial é manifesta concretização da “ampliação de tutela dos interesses individuais e coletivos” não há razão para essa banalização na atuação dos julgadores. Ademais, estas medidas propostas pela doutrina e pelo Judiciário a fim de barrar a Constitucionalização do conceito de dano em geral, que restringem direitos e limitam indenizações são inconstitucionais e vão de encontro com o avanço da matéria até o momento.¹⁶⁹

Em que pese essa nova conceituação e a superveniência da indenizabilidade dos danos imateriais previstos na Constituição, temos que a nova conceituação do instituto possui uma principal vantagem, a qual restringe os danos morais a violação aos direitos de personalidade, e com isso, faz com que o socorro ao instituto seja consagrado apenas em situações “graves”, as quais de fato tenha decorrido tal violação.¹⁷⁰

Essa restrição no conceito e a delimitação mais clara com o evoluir do instituto faz com que não seja toda e qualquer situação vexatória que seja reputada como violação aos direitos personalíssimos das pessoas. Dito isso, não será qualquer situação cotidiana que será considerada objeto da reparabilidade, fazendo com que o “mero dissabor, aborrecimento, magoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral”, já que assim não se considerar estaríamos por vulgarizar o dano extrapatrimonial e exacerbar o judiciário com os meros incômodos cotidianos.¹⁷¹

Assim conclui o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino que “essa delimitação mais clara do instituto tem também importância prática, pois permite evitar os exageros que têm ocorrido na prática forense, ensejando a identificação de uma verdadeira indústria do dano moral”.¹⁷² Nesse contexto, com a nova conceituação e Constitucionalização passou-se a ampliar-se o leque de situações reputadas como

¹⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p.194-195.

¹⁷⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 264.

¹⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 122.

¹⁷² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 265.

dano, o que não significa dizer que deverão ser todos os casos que serão indenizados, justamente ao contrário, ao modernizar e aplicar as disposições constitucionais afunilar-se-ão as pretensões passíveis de compensação.

3.3 Dificuldade na valoração e no arbitramento do *quantum* indenizatório

A temática mais delicada envolvendo a responsabilidade civil é o arbitramento de indenizações em face da ocorrência de danos morais. Isso se dá pelo fato de que quando se está diante de um dano material o cálculo da sua indenização é simples, e deverá consistir no decréscimo monetário que a vítima sofreu pela ocorrência o evento danoso, ao passo, que tal equação se complica quando estamos diante de um dano extrapatrimonial, onde o bem que fora violado não se mede monetariamente, tornando a aferição do *quantum* indenizatório tarefa árdua.¹⁷³

Ora, se até a promulgação da Constituição Federal de 1988 a discussão era se se indenizaria ou não a vítima pela ocorrência de um dano extrapatrimonial, a discussão atua se transpõe para as formas de indenização e os limites para a fixação do *quantum* indenizatório.¹⁷⁴

O arbitramento da indenização é questão difícil no âmbito da responsabilidade civil, e em razão desta dificuldade que por um longo período não se reconheceu a indenizabilidade do dano extrapatrimonial. Enfim, tal período foi deixado para trás, com o avanço das legislações, verificando-se que não se trata de atribuir valor a dor e ao sofrimento da vítima, e sim compensá-la pelo fato danoso ocorrido, cujo valor desta indenização dependerá da análise de quem estiver aplicando o instituto ao caso concreto.¹⁷⁵

Com o crescente número de demandas que versam acerca da responsabilidade civil, a questão do arbitramento da indenização dos danos imateriais se tornou ponto problemático dentro da responsabilidade civil, principalmente pelo fato de que não existem parâmetros acautelados para a sua aferição. Enquanto o dano patrimonial possui caminho fácil para trazer a vítima do

¹⁷³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. p. 36-37.

¹⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 811.

¹⁷⁵ ANDRIGHI, Vera. Reparação moral e material pela perda de uma chance. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). **Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro: aspectos polêmicos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 257.

dano ao *status quo ante*, calculando-se “danos emergentes-lucros cessantes”, a reparação do dano moral é uma compensação, e diante disso, que o Magistrado pode encontrar maior dificuldade em verificar isto, principalmente pela (em tese) ausência de metodologia objetiva para chegar ao êxito.¹⁷⁶

Nesta perspectiva, pode-se dizer que dentro da matéria dos danos extrapatrimoniais, aferir-se o valor da indenização é o maior problema enfrentado pelos juristas:

A indenização por danos morais encontra seu maior obstáculo na dificuldade de fixação do seu *quantum*, diferentemente do que ocorre com os danos materiais, os danos morais não são passíveis de reparação, estando sua determinação na esfera da compensação. Isso porque, dos danos morais atingem bens jurídicos que não podem ser apreciados pecuniariamente.¹⁷⁷

Ademais, grande parte desta complexidade se dá pelos julgados que verificamos nos Tribunais, os quais seguem os mais diversos critérios para quantificação que muitas vezes os julgadores ultrapassam o liame da discricionariedade, se tornando por vezes arbitrários, na valoração das indenizações. De nada servirá debater o conceito do dano extrapatrimonial, se ao cabo, no momento da valoração e quantificação houveres decisões inadequadas, que não analisam o caso concreto.¹⁷⁸

Nesse sentido, Caio Mario da Silva Pereira já enunciava que a diferença conceitual do dano moral e material conjecturam diretamente nos cálculos das indenizações, senão vejamos:

Sustentando a tese da responsabilidade civil por dano moral, enunciei a diversidade conceitual relativamente a que a indenização por dano material consiste na ideia de sub-rogar a coisa no seu equivalente, ao passo que em se tratando de dano moral o que predomina é a finalidade compensatória. A dizê-lo noutros termos, na indenização por dano material, a ideia-força tem em vista que existe um “prejuízo” no correspectivo da diminuição ou do não incremento do patrimônio, enquanto a do dano moral repousa na existência de mágoa sofrida pela vítima. À determinação do “prejuízo de afeição”,

¹⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 506.

¹⁷⁷ BERLINI, Luciana Fernandes. Responsabilidade civil: desafios e parâmetros de fixação dos danos morais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo (Coord.). **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 291.

¹⁷⁸ PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 277.

cumpra ter em vista o limite do razoável, a fim de que não se enverede pelo rumo das pretensões absurdas.¹⁷⁹

Nesse sentido, enquanto no ressarcimento do dano material é possível retornar-se a vítima à posição anterior à ocorrência do dano, a indenização dos danos extrapatrimoniais tem como objetivo a compensação, e por isso, a dificuldade no arbitramento da indenização. Como compensar a vítima adequadamente?

Sergio Cavalieri Filho relaciona que é preciso analisar em apartado o dano e a sua quantificação. Enquanto o dano está relacionado ao fato que lesou a vítima, que teve sua esfera de direitos abalada/lesada, ao ilícito, ao rompimento do equilíbrio que violou interesse da vítima ao “*an debeatur*”, a quantificação está ligada à reparação deste dano causado, ao “*quantum debeatur*”.¹⁸⁰

Ademais, a dificuldade não pode ser um empecilho para o arbitramento da indenização, sendo discricionariedade do Magistrado a valoração, sendo evidente que não se chegará à perfeição entre a lesão e a indenização arbitrada, porém esta deve ser apurada de mais diligente possível, a fim de possa compensar a vítima.¹⁸¹ Não se pode olvidar que a indenização a ser arbitrada deverá almejar a concretização das três funções já mencionadas da responsabilidade civil, ou seja, a compensação, dissuasão ou prevenção, e ainda, dependendo dos fatos a punitiva¹⁸²

Destarte, verifica-se que a aferição da indenização dos danos extrapatrimoniais é uma tarefa muito difícil, já que não há critério concreto para a fixação da indenização adequada.¹⁸³ Diante disso, necessário avaliar-se as formas possíveis e mais elucidadas pela doutrina e jurisprudência para o arbitramento da indenização pela ocorrência do dano extrapatrimonial, dentre as quais se destacam, o arbitramento legal, o arbitramento judicial, e o arbitramento judicial que realiza o método bifásico para a aferição.

¹⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Livro eletrônico, não paginado.

¹⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 174.

¹⁸¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 816.

¹⁸² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 823.

¹⁸³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 275.

4 CAPÍTULO III – DAS FORMAS DE ARBITRAMENTO DO DANO

4.1 Tarifamento legal e suas implicações

Uma das formas de arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais é a tarifação legal, a qual se constitui na previsão legal de montante indenizatório, ou seja, na atribuição pelo legislador do valor das possíveis indenizações para determinados danos de cunho moral.¹⁸⁴

O tarifamento legal integra o que se denomina de sistema fechado ou tarifado, o qual não proporciona ao aplicador do direito qualquer liberdade para inferir os valores indenizatórios, prevendo legalmente o *quantum* indenizatório, vinculando o julgador do caso a tal parâmetro.¹⁸⁵ O “sistema tarifário” consiste, portanto, na previsão legal do valor da indenização, tendo o julgador a função apenas de concretizar a aplicação desse parâmetro legal ao caso concreto, vislumbrando essa limitação legal preestabelecida para cada situação/dano.¹⁸⁶

Destaca-se que o sistema tarifado, por ser um sistema fechado, estabelece uma conduta obrigatória ao julgador, de maneira a vinculá-lo como solução do caso, à tabela legal estabelecida como indenização.¹⁸⁷

O tema é bastante controverso já que há alguns autores que defendem tal formato de arbitramento, como também a maioria da doutrina a rechaça.

Dentre os autores que a defendem, podemos destacar Humberto Theodoro Junior, que refere que a previsão legal da quantificação da indenização poderia reduzir o “subjetivismo” das decisões que versam acerca da matéria:

[...] para evitar o excesso de subjetivismo dos julgadores que, fatalmente, levaria à ruína o princípio constitucional da isonomia, o melhor caminho, de *lege ferenda* seria o de dispor-se em acerca de parâmetros e tarifas, sempre flexíveis para que as peculiaridades de cada caso concreto pudessem também ser valorizadas, pela sentença. [...] enquanto isto não ocorrer, a sociedade ficará submetida aos rumores e tendências pessoais de cada juiz. Casos absolutamente iguais receberão tratamento absurdamente diverso.

¹⁸⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 277.

¹⁸⁵ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar: critérios de fixação do quantum**. Campo Grande: UCDB, 2000. p. 170.

¹⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 395.

¹⁸⁷ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 209.

As causas de dano moral se apresentarão, como é habitual, como um caráter puramente lotérico.¹⁸⁸

O argumento dos autores que defendem tal sistema fechado de arbitramento é o da retirada da disparidade entre as decisões que versam acerca da mesma matéria, realizando uma uniformização dos julgados, o que viria a, em tese, diminuir a injustiça na aplicação dos institutos da responsabilidade civil referentes aos danos de cunho extrapatrimonial.

Mirna Cianci, refere que a não há argumento que embase a ausência de previsão legal dos parâmetros de quantificação dos danos extrapatrimoniais, ausência esta que gera insegurança jurídica, a qual a Autora utiliza como exemplo os casos indenizatórios propostos após o “massacre do Carandiru”, onde os familiares das vítimas propuseram ações indenizatórias, e as indenizações arbitradas ao final variaram de 8/30 do salário mínimo nacional até 500 salários mínimos, e em um caso, não foi nem reconhecida a ocorrência de dano moral, demonstrando-se, assim, a disparidade gritante entre as decisões.¹⁸⁹

A corrente favorável entende que seria pertinente a atribuição de tabelas, minimamente variáveis, de maneira a gerar a aplicação dos julgadores no caso concreto, com o escopo de provocar uma espécie de uniformização/harmonização entre os montantes arbitrados a título de indenização, aniquilando a fama ruim que o Poder Judiciário possui pela disparidade entre os valores, já que os cidadãos comuns nunca entendem a razão de tanta diferença nos valores.¹⁹⁰ Nesta concepção, a lei, conseqüentemente, deveria prever um limite máximo e mínimo de indenização para cada situação, de modo que a indenização arbitrada pelo Magistrado sempre estaria imersa dentro deste parâmetro legal, reduzindo-se, assim, as incertezas, e variando este valor com fatores objetivos ou subjetivos, tais como comportamento da vítima, e conseqüências do dano.¹⁹¹

¹⁸⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil. **Revista Síntese de direito civil e processual civil**, 12, p. 14-35, 2001.

¹⁸⁹ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 151-153.

¹⁹⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral**: problemática: do cabimento à fixação do *quantum*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 167.

¹⁹¹ LEVADA, Claudio Antônio Soares. **Liquidação de danos morais**. 1. ed. Campinas: Copola livros, 1995. p. 69.

Rui Stoco defende claramente a tarifação dos danos morais em sua obra, relatando que o ordenamento jurídico brasileiro infere a preferência por um sistema tarifado para o arbitramento das indenizações, de maneira a concluir que

Diante disso, o sistema tarifado melhor atende o fundamento da reparação do dano moral, desde que se estabeleçam critérios de individualização e margens mínimas e máximas mais dilargadas e consentâneas com a realidade de hoje, de modo que, diante do vazio da legislação, ao julgador e aplicador da lei se entreguem certa liberdade discricionária na fixação do valor, que estará contido dentro dessas margens.¹⁹²

Nesta mesma linha, a corrente favorável ao sistema fechado, entende que o tarifamento concretizaria uma maior segurança jurídica no âmbito da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, sendo o tabelamento uma necessidade latente no ordenamento jurídico pátrio, já que conceder uma indenização sem qualquer critério seria tão pior quanto não a deferir.¹⁹³ Araken de Assis crê que se os danos na esfera moral são incalculáveis monetariamente, não haveria motivo para impedir o legislador de fixar tais parâmetros, se pode o Juiz da mesma forma fixar o valor da indenização, não haveria fundamento para dispensar tal incumbência ao Poder Legislativo.¹⁹⁴

Outrossim, dentro desta ótica, se coaduna que a busca pelo equilíbrio de um arbitramento de uma indenização justa e o dano que fora praticado melhor encontraria guarida em um sistema tarifado, de maneira, também, a evitar as indenizações exorbitantes que oneram demasiadamente o agressor, bem como, até mesmo, se reduziria a dificuldade encontrada no arbitramento da indenização, já que bastaria ao julgador aferir um valor dentro dos limites legais mais adequado ao caso sob análise.¹⁹⁵

Na legislação brasileira já houve exemplos de leis que previam a tarifação do dano moral. O Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei Federal nº. 4.117/62, previa em seu artigo 84 a tarifação do valor das indenizações de dano moral, da seguinte forma:

¹⁹² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo II. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 998.

¹⁹³ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 157.

¹⁹⁴ ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. **Revista dos Tribunais**, v. 799, p. 11-23, 1999.

¹⁹⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo II. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 1000.

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.

§ 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.

§ 2º O valor da indenização será elevado ao dôbro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio fôr.

§ 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.¹⁹⁶

Constata-se que o montante a ser arbitrado pelo Juízo tinha um parâmetro mínimo e máximo já fixado no texto legal. Ocorre que o referido artigo foi posteriormente revogado pelo Decreto-Lei nº. 236/1967.

Nesse sentido, o Código Eleitoral, Lei nº. 4.737/65, em seu artigo 243, § 2º, também prevê que o ofendido em casos de calúnia, difamação ou injúria pode ajuizar demanda que busque a reparação civil dos danos morais, utilizando como parâmetros para o valor da indenização correspondente, os artigos 81 a 88 do Código Brasileiro de Telecomunicações. Entretanto, não tem aplicabilidade tal dispositivo, pois, como já mencionado a tarifação prevista na Lei 4.117/62 foi expressamente revogada, não tendo, aplicabilidade também a tarifação prevista no Código Eleitoral.

O exemplo mais emblemático de tarifação de danos extrapatrimoniais é o previsto nos artigos 51 e 52 da Lei de Imprensa, Lei nº. 5.250/67, assim dispostos:

Art . 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).

II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém;

III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

¹⁹⁶ BRASIL. Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

Parágrafo único. Consideram-se jornalistas profissionais, para os efeitos dêste artigo:

- a) os jornalistas que mantêm relações de emprêgo com a empresa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão;
- b) os que, embora sem relação de emprêgo, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou transmitidos;
- c) o redator, o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico, a editor ou produtor de programa e o diretor referido na letra b , nº III, do artigo 9º, do permissionário ou concessionário de serviço de radiodifusão; e o gerente e o diretor da agência noticiosa.

Art . 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.¹⁹⁷

Após a vigência da Constituição Federal de 1988 passou-se a reverbar tanto nos Tribunais, quanto na doutrina se haveria compatibilidade desse tarifamento legal das indenizações previsto da Lei de Imprensa, consoante colacionado acima, e o texto constitucional, principalmente no que tangem a superveniência dos incisos V e X do artigo 5º da Carta Magna.¹⁹⁸

Essa discussão passou a ser latente nas Cortes Superiores de Justiça Brasileira. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Corte Superior firmou o entendimento de que não se pode aplicar a tarifação prevista na Lei de Imprensa para aferição de indenização por danos morais, confirmando a Súmula nº. 281, que possui o seguinte verbete: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”¹⁹⁹.

Esse entendimento materializado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido que não houve a recepção do tarifamento dos danos extrapatrimoniais com a promulgação da Constituição de 1988, justamente porque tal tarifamento, igual ao previsto no Código Brasileiro de Telecomunicações, viria a delimitar o alcance do Texto Constitucional no que concerne a reparabilidade dos danos morais. A título de ilustração, vejamos um trecho do voto do Ministro Relator Aldir Passarinho Junior, no

¹⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

¹⁹⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 278-279.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 281**. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2018.

juízo do Recurso Especial nº 103312/RJ, o qual serviu de base para firmar o entendimento sumulado posteriormente:

O tópico seguinte discutido no recurso especial relaciona-se à incidência ou não da tarifação prevista na Lei de Imprensa. Inobstante a existência de judiciosas manifestações em contrário, tenho que a Lei de Imprensa, na parte em que tarifa a indenização, não foi recepcionada pela Carta da República, que previu textualmente a possibilidade do ressarcimento por ofensa moral, sem traçar limitação ou mesmo ensejar que uma lei a ela hierarquicamente inferior o fizesse.²⁰⁰

Assim, verifica-se que a tarifação que era prevista na Lei de Imprensa foi totalmente rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça, posto que se entendeu que esse sistema fechado previsto no texto legal só viria a limitar a consagração Constitucional da garantia individual da proteção à ocorrência de danos de cunho extrapatrimonial, e a garantia à justa indenização.

Ademais, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, entendeu que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, eis que esta continha uma série de dispositivos que atentavam contra garantias consagradas pela Carta Magna.²⁰¹

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino entende que o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores quanto à Lei de Imprensa se coaduna, em última análise, em homenagem à aplicabilidade do princípio da reparação integral para o arbitramento das indenizações:

No caso da Lei de Imprensa, a linha jurisprudencial seguida pelo STJ foi pautada por motivação inversa, uma vez que o reconhecimento da incompatibilidade do tarifamento legal indenizatório previsto para os atos ilícitos praticados por meio da imprensa com nosso atual sistema constitucional deu-se por serem os valores muito baixos. Além do postulado da razoabilidade aplicado expressamente, houve também a incidência implícita do princípio da reparação integral na

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 103312/RJ**. Recorrente: Editora O Dia S/A. Recorrido: Reginaldo Silva. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 09 de outubro de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199600493723&dt_publicacao=09/10/2000>. Acesso em: 02 mai. 2018.

²⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal**. Brasília, abril 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=107402>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

sua função compensatória, evitando que os valores das indenizações fossem muito aquém da extensão dos prejuízos extrapatrimoniais efetivamente sofridos pelas pessoas ofendidas em sua honra.²⁰²

Nesse contexto, tendo como base os julgamentos das Cortes Superiores ilustrados acima, sobre a temática da tarifação presente na Lei de Imprensa, é inconstitucional a tarifação das indenizações de danos extrapatrimoniais, eis que esta limita diretamente a aplicabilidade do direito fundamental à garantia de indenização pelos danos morais sofridos (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal/1988).

Ademais, é latente que há uma aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tendo como principal argumento que milita a favor desta afirmação o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, que consagra que as normas constitucionais que possuem previsão de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, ou seja, possuem eficácia imediata, não carecendo de legislação infraconstitucional para a sua efetividade, e tutela de tais direitos.²⁰³ Ou seja, não há mais a necessidade de uma norma infraconstitucional para que se concretizem e haja aplicabilidade de preceitos constitucionais, já que as normas de direitos e garantias fundamentais possuem eficácia geral e imediata, o que do contrário, se houvesse necessidade de estabelecer-se normas para que se aplicassem ainda os direitos fundamentais, estes estariam na “esfera de disponibilidade” do judiciário para a sua aplicação, e não em obrigatoriedade.²⁰⁴

Entende-se, por conseguinte, que a tutela da pessoa humana não pode ser talhada em hipóteses autônomas, sendo a personalidade um valor do ser humano, que é protegido abertamente na Constituição, não podendo haver previsão especial da legislação infraconstitucional que venha a limitar a proteção da personalidade humana, já que é “um valor unitário e tendencialmente sem limitações”.²⁰⁵ Assim, como a proteção da pessoa humana e da sua personalidade são valores unitários, e

²⁰² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 279.

²⁰³ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 203.

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organiz.). **A Constituição concretizadora: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 101.

²⁰⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 54-55.

não pode a lei rechaçar essa proteção, temos que o tarifamento que limita essa proteção é totalmente contrário à ordem constitucional, e por isso, não pode o arbitramento legal ser aceito como método de estabelecimento da indenização²⁰⁶.

Ademais, como argumento contrário ao tarifamento temos que o conteúdo da indenização a ser arbitrada deverá relevar e analisar os pontos particulares do caso *sub judice*, em homenagem ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerando-se a vítima do dano, já que a decisão em que será arbitrada essa indenização, “será destinada a uma pessoa *in concreto* e não a uma pessoa nos moldes de um abstrato sujeito de direito”.²⁰⁷

Em consonância ao entendimento contrário à tarifação das indenizações, Ramon Daniel Pizarro, entende:

[...] reiteramos nuestra convicción en contra de toda idea de tarificación, limitación o regulación resarcitoria predeterminada del daño, sea patrimonial o moral, que se presente con *caracter generalizado*. Bajo el rótulo de una tarifa o tope legal, o de pautas meramente indicativas, suelen esconderse indemnizaciones que son inaptas para reparar integralmente el perjuicio causado, con inevitable secuela de anarquía e injusticia. Ello conspira contra el damnificado y genera, en la mayoría de los casos, um beneficio indebido al dañador, que puede liberarse pagando menos de lo que correspondería. [...]²⁰⁸

Diante disso, entende o Autor citado que, se fosse aplicada uma tarifação, isso só prejudicaria a vítima, já que se poderia vincular-se ao caso indenização mais baixa que o devido diante da aplicação do Princípio da Reparação Integral, ainda, podendo, inclusive, beneficiar o causador do dano, que poderia ter que pagar indenização baixa, se beneficiando da lei. Tais argumentos, reforçam que além da inconstitucionalidade da tarifação, tal sistema fechado poderia prejudicar a vítima, o que vem de encontro com toda a temática mais atual da responsabilidade civil de beneficiar e reparar a indenização à vítima, em primeiro lugar.

Maria Helena Diniz também se manifesta de maneira contrária ao sistema de tarifação das indenizações, por compreender que “tarifar não seria a solução ideal

²⁰⁶ Atualmente a reforma realizada na Consolidação das Leis Trabalhistas trouxe no art. 223-G, incisos I a IV, a tarifação legal do dano extrapatrimonial, indo de encontro a toda construção doutrinária e jurisprudencial existente de inconstitucionalidade desse tarifamento. Uma alteração que põe em risco o Princípio da Reparação Integral. Como será analisado.

²⁰⁷ CAPPELARI, Récio Eduardo. **Os novos danos à pessoa**: na perspectiva da repersonalização do direito. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 141.

²⁰⁸ PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. P 291.

para encontrar o justo equilíbrio na indenização do dano moral”²⁰⁹ Da mesma forma, percebe Silvio Sálvio Venosa, que apesar de apresentar-se, atualmente, indenizações incongruentes entre si tratando de praticamente o mesmo fato, a tarifação não seria a melhor opção, eis que se aplicada provavelmente iria gerar a banalização, amordaçando “a distribuição da justiça”.²¹⁰

Sergio Severo, em doutrina contrária à tarifação, refere que a aceitação deste método poderia reduzir a atividade do aplicador do direito para “mera operação aritmética”, sendo questionável a tarifação dos danos imateriais, em razão do princípio da direta proporcionalidade entre o dano causado e o valor a ser arbitrado a título de indenização.²¹¹

Já Alexandre Cortez Fernandes refere que o sistema tarifado é desumano, o que viria a afrontar a dignidade da pessoa humana, não cabendo a lei ditar os parâmetros indenizatórios, sendo papel exclusivo do juiz a aferição da indenização.²¹²

Não obstante, ainda que já se tenha firmado um entendimento de que o tarifamento da indenização para os danos extrapatrimoniais é inconstitucional, recentemente fora aprovada a Lei 13.467/2017, que alterou dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, a qual prevê um tarifamento legal para indenizações em caso de danos extrapatrimoniais, no artigo 223-G, que possui o seguinte texto:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

[...]

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

²⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 102.

²¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 820.

²¹¹ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 209.

²¹² FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil: responsabilidade civil**. Caxias do Sul, RS: Educus, 2013. Livro eletrônico.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.²¹³

A referida lei apesar de estar em vigor, já sofreu inúmeras críticas, pois demonstra um descompasso com a proteção constitucional da personalidade humana. Tanto é assim, que a Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, autuada sob o nº 5.870, a fim de que seja declarada inconstitucional a tarifação dos danos morais imposta na Reforma Trabalhista.²¹⁴

Um dos principais argumentos utilizados pela Autora da ADI é que em caso semelhante, qual seja quando o Supremo Tribunal Federal declarou não recepcionada a Lei de Imprensa, restou consolidado o entendimento de que a reparação do dano extrapatrimonial possui tratamento especial pelos incisos V e X do artigo 5º, da Constituição Federal, razão pela qual lei posterior à Constituição de 88 que tenha por previsão tarifação das indenizações não fora recepcionada. Dessa forma, sustenta que a previsão tarifária da reforma trabalhista é inconstitucional, e por isso, deve ser assim declarada pela Corte Suprema.

Vislumbra-se que a tarifação da indenização presente na Reforma Trabalhista vem por violar o Princípio da Isonomia, já que os trabalhadores que são vítimas de danos extrapatrimoniais deverão ter as indenizações calculadas como base o seu salário, ou seja, “a dignidade e o patrimônio moral do trabalhador são proporcionais ao seu valor no mercado de trabalho”.²¹⁵ Dessa forma, é possível denotar que é inconstitucional a tarifação presente na Lei 13.467/2017. Contudo, enquanto não for declarada inconstitucional, será aplicada pelos julgadores.

Ademais, consoante afirma Carlos Roberto Gonçalves, não possui qualquer aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro a tarifação legal como critério para

²¹³ BRASIL. **Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

²¹⁴ ANAMATRA. **Reforma trabalhista**: Anamatra ajuíza ação no STF contra a limitação de indenização por dano moral. Brasília, dezembro 2017. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26013-reforma-trabalhista-anamatra-ajuiza-acao-no-stf-contra-a-limitacao-de-indenizacao-por-dano-moral>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

²¹⁵ CASAGRANDE, Cássio. A reforma trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, v.2, n.3, 05 dez. 2017. Disponível: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2017/12/REVISTA-JUR%C3%8DDICA-COMPLETA-5-ED.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2018.

arbitramento das indenizações dos danos extrapatrimoniais, já que além de ser inconstitucional, faz com que haja um encorajamento para a prática dos danos, já que já se conhece previamente, ou pode ser inferido, o valor que será pago de indenização, podendo-se se calcular e sobrepesar se é favorável o cometimento do dano, encorajando-se esta prática.²¹⁶ Dessa forma, o tarifamento da indenização só viria a retirar da indenização pelos danos extrapatrimoniais a função preventiva ansiada pela responsabilidade civil, de maneira que predefinir em lei o valor da indenização, só faria o sujeito propenso a violar a esfera de direitos alheia analisar a conveniência ou não da prática do dano, já que saberia plenamente a consequência da sua atitude.²¹⁷

Outrossim, deve se ponderar que engessando o valor das indenizações por danos morais na forma do tabelamento legal, que atrela diretamente à moeda e quantificação exata da indenização, só poderia vir a transformar as indenizações totalmente irrisórias com o passar do tempo, levando-se em conta fatores econômicos, tais quais inflação e até mesmo a questão política que vive o País, de maneira a obstar da indenização a proporcionalidade esperada com o arbitramento de indenização para cada caso.²¹⁸

Assim, após a Constituição Federal de 1988, criou-se um modelo geral de reparação dos danos extrapatrimoniais, o qual a proteção aos direitos personalíssimos projeta-se como direito fundamental, e não mais simples instituto de direito privado, não podendo a regra constitucional limitar-se por lei especial, que outorga tratamento discriminatório.²¹⁹

4.2 Arbitramento judicial

Superado o método do tarifamento legal das indenizações para danos extrapatrimoniais, temos que há autores que defendem o arbitramento judicial das indenizações, como forma mais justa para a aferição dos valores.

²¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 524.

²¹⁷ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 386-387.

²¹⁸ KANG, Daiana. Indenizabilidade dos danos causados aos bens da natureza humana: quantificação argentária. **Revista de Direito Privado**, v. 74, p. 211-230, 2017.

²¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 135.

O arbitramento judicial é o método que concerne ao juiz a tarefa de definir o montante a ser arbitrado de indenização, consoante critérios que discricionariamente considere válidos e justos, devendo, contudo, explicitar tais critérios no teor da sua decisão.²²⁰ Entende-se como sendo o “único apropriado” para o arbitramento dos danos de cunho extrapatrimoniais.²²¹

Com efeito, restando amplamente demonstrado que o arbitramento do dano moral não deve ser definido pela lei, resta majoritariamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência que o modelo mais justo e adequado ao ordenamento jurídico vigente é o arbitramento judicial.²²²

Assim, os autores que defendem esse tipo de método para o arbitramento da indenização entendem que o julgador possui amplos poderes para o arbítrio da indenização, consoante a sua prática na aferição da matéria, analisando as condições da lide proposta, escolhendo a fórmula que melhor se adegue ao caso *sub judice*.²²³

Nesse sentir, como não se admite mais a tarifação legal do dano pela superveniência da Constituição Federal de 1988, a indenização deve ser arbitrada pelo Magistrado, já o texto constitucional impôs um único limite, o qual se traduz na máxima de que a indenização adequada deverá ser proporcional ao agravo cometido.²²⁴

Caio Mário da Silva Pereira entende que a melhor forma para o arbitramento é a atribuição desta função ao julgador, tanto é assim, que no seu Anteprojeto de Código Civil enaltecia dispositivo que assim elucidava a matéria:

Na ausência de um padrão ou de uma contraprestação, que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece, é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização. O Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, ao deixar ao juiz o poder de fixar a reparação, fazia-o acompanhar da recomendação de que seria “moderadamente arbitrada” (art. 181). Em meu Projeto de Obrigações de 1965 mantive o mesmo princípio segundo o qual no caso de dano simplesmente

²²⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 388.

²²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 177.

²²² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 136.

²²³ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 205.

²²⁴ COVAS, Silvânio. Questão de fato e questão de direito - quantificação do dano moral. **Revista de Processo**, v. 100, p. 257-273, 2000.

moral, o juiz arbitrará moderada e equitativamente a indenização (art. 879). O Código Civil, abrangendo no conceito amplo de ato ilícito o dano ainda que exclusivamente moral (art. 186), não cogita de sua limitação nem recomenda seja moderado o ressarcimento. Isto não impede que o juiz assim proceda, pois se é certo, como visto acima, que a indenização, em termos gerais, não pode ter o objetivo de provocar o enriquecimento ou proporcionar ao ofendido um avantajamento, por mais forte razão deve ser equitativa a reparação do dano moral para que se não converta o sofrimento em móvel de captação de lucro (de lucro capiando).²²⁵

Já que a avaliação do *quantum* indenizatório de danos morais abarca a análise de violação de direitos pessoalíssimos da vítima, deverá ser arbitrada essa indenização pelo Julgador ao prolatar a sua sentença condenatória, considerando os elementos fáticos e jurídicos levantados pelas partes nos autos do processo, agindo o julgador com “cautela e muita prudência”.²²⁶ Nesse sentido, entende-se que não há critério concreto para o computo do “preço da afeição”, sendo que o papel de verificar um justo valor fica a cargo do Magistrado, que deverá balizar as circunstâncias do caso, por via da equidade ou eticidade.²²⁷

Como o Brasil adota sistema aberto para a mensuração do valor das indenizações dos danos morais, compete ao julgador, analisando o caso concreto arbitrar o valor indenizatório, de maneira que seja adequada à compensação da vítima e não moleste, também, a dignidade do causador do dano, verificando-se apenas o alcance do dano causado.²²⁸

Neste contexto o erradicando-se parâmetros legais, o julgador irá utilizar o seu arbítrio, o princípio da razoabilidade para arbitrar o valor da indenização. A indenização arbitrada não poderá ser apequenada, já que se trata de violação grave aquela que afeta direito fundamental da vítima do dano, e, ao mesmo tempo, não

²²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Livro eletrônico, não paginado.

²²⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Indenização por dano moral puro e a fixação do *quantum debeatur* - a problemática questão do arbitramento. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 15, p. 168-178, 1995.

²²⁷ ²²⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2015. Livro eletrônico, não paginado.

²²⁸ BERLINI, Luciana Fernandes. Responsabilidade civil: desafios e parâmetros de fixação dos danos morais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo (Coord.). **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. p. 299.

poderá arbitrar indenização que venha a realizar o locupletamento ilícito da vítima, ou leve o violador da esfera de direitos alheia à falência.²²⁹

Não há na legislação brasileira norma específica para o arbitramento de indenização de cunho imaterial,²³⁰ mas é reconhecido que o método mais adequado para o aferimento indenizatório é o arbitramento judicial, sem, contudo, ter que se aplicar a regra contida no artigo 509²³¹, inciso I, do Código de Processo Civil.²³²

Poderia se inferir que deveria ser aplicado o procedimento de arbitramento em liquidação de sentença do valor indenizatório em razão da regra prevista no artigo 946 do Código Civil, o qual dispõe que “se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar”.

Entretanto, afasta-se essa aplicação em relevância analógica do artigo 953, parágrafo único, do mesmo diploma legal,²³³ que refere:

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.
Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.²³⁴

Ainda que o referido artigo apenas autorize o arbitramento sem sentença para certas hipóteses, pode-se o aplicador do direito utilizar do instituto da analogia, insculpido do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, não sendo necessário esse arbitramento somente em momento posterior à sentença em

²²⁹ SANTANA, Hector Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. **Revista de informação legislativa**, v. 44, n. 175, jul. 2007. Disponível: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/139968>> Acesso em: 02 mai. 2018.

²³⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 281.

²³¹ “Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua vliquidação, a requerimento do credor ou do devedor: I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação; [...]”

²³² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 136.

²³³ KANG, Daiana. Indenizabilidade dos danos causados aos bens da natureza humana: quantificação argentária. **Revista de Direito Privado**, v. 74, p. 211-230, 2017.

²³⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.

homenagem à efetiva prestação jurisdicional,²³⁵ imprimindo já em sentença de mérito o valor que deverá ser pago pelo causador do dano.

Reputa-se necessário referir que ainda que haja essa autorização legal para o arbitramento, não significa afirmar que ao juiz fora outorgado um poder arbitrário, já que deverá ser observado o princípio da razoabilidade, fundamentando-se e elucidando ao jurisdicionado todos os critérios utilizados para construção daquela indenização.²³⁶ Essa necessidade de fundamentação de todas as decisões é uma exigência principiológica constitucional, insculpida no artigo 93, inciso IX, da CF/88.²³⁷

Desse modo, por exigência Constitucional deverão ser todas as decisões devidamente fundamentadas, não sendo diferente o trato de decisão que arbitra o valor da indenização aos danos extrapatrimoniais, possuindo o Magistrado a incumbência de demonstrar quais critérios utilizou para chegar ao montante arbitrado, sob pena de nulidade da sentença proferida.

É justamente nesse ponto que peca a análise do Magistrado da indenização, pois, muitas vezes, não é referido na sentença a motivação precisa dos critérios que levaram ao valor da indenização, utilizando-se apenas expressões vagas, tais quais “bom senso” e em homenagem à “razoabilidade”, levando-se a crer que foi utilizada mera intuição para solucionar o caso, gerando discrepância entre decisões que tratam de casos análogos.²³⁸

Outro argumento que milita a favor do arbitramento em sentença do valor indenizatório, e não o deixar para o cumprimento de sentença, é o de que o Julgador, dada análise de toda a matéria fática, devolverá ao Tribunal de Justiça, em caso de recurso da parte vencida, a análise do montante indenizatório, sendo nesse sentido, lecionado pelo Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino:

²³⁵ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil**: responsabilidade civil. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 136.

²³⁶ KANG, Daiana. Indenizabilidade dos danos causados aos bens da natureza humana: quantificação argentária. **Revista de Direito Privado**, v. 74, p. 211-230, 2017.

²³⁷ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:[...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

²³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 37.

Com isso, segue-se a tradição consolidada, em nosso sistema jurídico, de arbitrar, desde logo, na mesma decisão que julga procedente a demanda principal (sentença ou acordão), a indenização por dano moral, evitando-se que o juiz, no futuro, tenha de repetir desnecessariamente a análise da prova, além de permitir que o tribunal, ao analisar eventual recurso, aprecie, desde logo, o montante indenizatório arbitrado. A autorização legal para o arbitramento equitativo não representa a outorga pelo legislador ao juiz de um poder arbitrário, pois a indenização, além de ser fixada com razoabilidade, deve ser devidamente fundamentada com a indicação dos critérios utilizados.²³⁹

Reporta-se, neste contexto, que o arbitramento em sentença, e devidamente fundamentado por parte do Magistrado está em consonância com o princípio da reparação integral, disposto no artigo 944 do Código Civil de 2002, o qual ordena que a indenização se dará na medida da extensão do dano, ou seja, não será objeto de enriquecimento ilícito, recompensando a vítima.²⁴⁰ Impõe-se ainda ao Juiz, que este ao analisar o *quantum*, o faça deixando de lado todas as suas impressões pessoais, tais quais no âmbito da política, religião e etc., de forma a empregar no seu atuar uma racionalidade sobre o caso proposto.²⁴¹

Igualmente, é necessário que se estabeleça uma diferença cristalina entre dano e a sua indenização, devendo o Juiz apreciar tais questões em momentos separados dentro do processo, já que em um primeiro momento para aferir a ocorrência do evento dano deverá se analisar a responsabilidade do possível agressor, o fato danoso, enfim os fatos que indicam a existência do dano, enquanto que em um segundo momento, com a certeza de que o dano está presente, se buscará arbitrar a indenização, medindo-se a extensão do fato lesivo.²⁴²

Firmado por esse setor majoritário da doutrina o entendimento de que o arbitramento judicial é a melhor modo de aferimento da indenização de danos extrapatrimoniais, resta analisar qual o conteúdo dessa análise que será dispendida pelo Juízo.

Nesse ponto específico, a doutrina e jurisprudência pátria têm se deparado com percalços e impasses para firmar e afirmar quais seriam os critérios mais

²³⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 282.

²⁴⁰ KANG, Daiana. Indenizabilidade dos danos causados aos bens da natureza humana: quantificação argentária. **Revista de Direito Privado**, v. 74, p. 211-230, 2017.

²⁴¹ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar**: critérios de fixação do *quantum*. Campo Grande: UCDB, 2000. p. 207.

²⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 175.

corretos para operar-se no arbitramento da indenização.²⁴³ Nesse sentido, manifesta-se Maria Celina Bodin de Moraes quanto a esta problemática:

No entanto, como o juiz deverá proceder? Diz-se, comumente, que deve seguir determinados critérios preestabelecidos, na lei, na doutrina ou na própria jurisprudência, os quais deverão nortear a (complexíssima) tarefa de quantificar, nos seus mais diversos aspectos, os danos à pessoa humana. Por outro lado, e mais relevante, os critérios de avaliação usualmente aceitos, embora não sejam critérios legais, apresentam-se como lógicos, devendo, porém, ser sempre explicitados, de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, garantir o controle da racionalidade da sentença. Esta é a linha que separa o arbitramento da arbitrariedade.²⁴⁴

Por isso, reafirma-se que a sentença deverá ser devidamente fundamentada, a fim de que os jurisdicionados tenham ciência dos fundamentos que auxiliaram o magistrado a construir o *quantum* indenizatório, e ainda, este afaste qualquer indício de arbitrariedade da sua decisão.

Quanto aos critérios que devem ser ponderados pelo Juiz na análise da indenização, Maria Helena Diniz os enumera assim:

a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícita ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo; b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial; c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e natureza da lesão; d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas; e) atentar para as peculiaridades do caso e para o caráter antissocial da conduta lesiva; f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica; g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima; h) levar em conta o contexto econômico do País; no Brasil não haverá lugar para indenizações de grande porte, como a vista nos Estados Unidos; i) verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante; j) basear-se em prova firme e convincente do dano; k) analisar a pessoa o lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura; l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes; m) aplicar o critério do *justum* ante as

²⁴³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 282.

²⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 270.

circunstâncias particulares do caso sub judice (LICC (LGL\1942\3), art. 5), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade.²⁴⁵

Esses critérios apontados pela Autora são um exemplo de um dos mais amplos da doutrina, e buscam amparar o juiz de forma a arbitrar com equidade a indenização. Há autores que são mais concisos na elucidação dos critérios, os quais podemos destacar Sergio Cavaliere Filho que reflete que o *quantum* indenizatório deve almejar a compatibilidade com a reprovação da conduta ilícita praticada, a capacidade econômica do praticante do dano, as condições sociais da vítima, e ainda a duração da angústia que sofrera a vítima, e dentre outros critérios que o Magistrado entender que estiveram presentes.²⁴⁶

Há de enfatizar que são 5 os critérios mais enaltecidos na doutrina e jurisprudência para chegar-se ao montante indenizatório, sendo eles “I) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor [...]; II) a situação econômica do ofensor; III) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa [...]; IV) as condições pessoais da vítima[...]; e V) a intensidade de seu sofrimento”.²⁴⁷

O grau de culpabilidade do sujeito que ocasionou o dano moral é critério para análise do Juiz, devendo este ponderar que uma conduta dolosa grave deverá agir diretamente no aumento da indenização.²⁴⁸ Quanto à situação econômica do ofensor o que se busca homenagear são as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, na medida em que, em que pese se busque evitar que ocorra situação análoga em outros momentos em sociedade, deve se punir o agressor de acordo com o seu poder econômico, evitando a sua ruína e, ainda, que a indenização seja ínfima comparando-se ao seu poder aquisitivo.²⁴⁹

Ainda a extensão do dano para a vítima se concretiza a função reparadora ou compensatória da responsabilidade civil, onde se medindo os efeitos do dano deverá

²⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 103-104.

²⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 178.

²⁴⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 282.

²⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 295-296.

²⁴⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 141.

²⁴⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 284.

o Magistrado aumentar ou diminuir o montante arbitrado.²⁵⁰ Ainda o critério que avalia o porte econômico da vítima é controverso, porém evita-se, com esta análise, o enriquecimento ilícito da vítima do dano moral.²⁵¹

Em que pese alguns autores indicarem que fator importante a ser analisado pelo julgador ao prolatar o *quantum* indenizatório dos danos imateriais é a situação econômica do ofendido, não se pode confundir tal critério, que é totalmente pertinente, com a análise da posição social do ofendido.

A análise da posição social do ofendido consistiria na análise do Juiz da posição ocupada na sociedade em que o sujeito que teve sua esfera de direitos invadida, (prevista tal análise no artigo 53 da revogada Lei de Imprensa, e artigo 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações) utilizando dessa análise da “categoria ocupada pelo sujeito na escala social” para, assim, fixar indenização que esteja de acordo com essa temática.²⁵² Essa análise teria o fito de dar mais a quem tem mais poder e dar menos a quem tem menos, consistindo em um critério que poderá ter efeitos calamitosos.²⁵³

Essa análise conflita com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, inciso III, e ainda, com o artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal que ditam as balizas da reparação integral não importando que posição social ocupa o ofendido, já que todos são iguais perante a lei (Princípio da Igualdade), insculpido no *caput* artigo 5º da Constituição.²⁵⁴ Ou seja, não importa a classe social ocupada pela vítima, todos têm iguais direitos de recomposição diante da ocorrência de dano que ofensa a sua esfera de direitos personalíssimos.

Maria Celina Bodin de Moraes critica a utilização desse critério excludente, fazendo a seguinte síntese:

Tanto a suposição de que pessoas de classes diferentes “sofrem” em valores (quantias) diferentes quanto a de que todas as pessoas têm os mesmos sentimentos (donde concluir que não é cabível especificar-se, em relação ao caso concreto a indenização) decorrem

²⁵⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 284.

²⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 298.

²⁵² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 143.

²⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 298.

²⁵⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 143.

de errônea suposição de que é o “sentimento” p que deve ser avaliado. Daí, aliás, o engano profundo em que recaem todas decisões que se arrogam conjecturar sobre os sentimentos dos outros e acabam julgamento apenas com base na aparência, isto é, com base nas condições econômicas da vítima e do ofensor”.²⁵⁵

Verifica-se que é prejudicial a análise da posição social do ofendido, já que este além de ter sofrido um dano, será julgado pelo Magistrado se forma diversa dos demais, que possam ocupar posição em setores diversos em termos de classes sociais, sendo tal análise um atentado ao princípio da igualdade.

A fim de ilustrar essa discrepância, Marco Aurélio Bezerra de Melo utiliza em sua obra dois exemplos emblemáticos.²⁵⁶ O primeiro, seria de um jovem que ficara cego de um olho, após uma atuação perversa de um segurança de um estabelecimento, em que se realizava um “Baile Funk”, o qual após ficar comprovado, o Tribunal entendeu que a vítima não teria provocado a ação, e fora arbitrado o montante de R\$ 25.000,00(vinte e cinco mil reais), a título de indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos. A referida decisão possui a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. BAILE FUNK. Ação truculenta por parte do segurança do estabelecimento réu. Lesões graves causadas ao autor, freqüentador do baile que não estava participando de rixa. Perda da visão no olho direito. Sentença parcialmente procedente. Reconhecimento do dano moral causado ao autor e dos lucros cessantes. Apelo do réu. Sentença bem lançada. Não há como negar que o dano moral subsiste pelas lesões graves suportadas pelo autor, que teve perda de visão no olho direito. Diga-se por, oportuno, que o valor do dano moral foi arbitrado pelo Juízo com moderação e razoabilidade, norteados-se o julgador pelos critérios da gravidade e repercussão da ofensa, da posição social do ofendido e da situação econômica do ofensor. Lucros cessantes que correspondem ao tempo em que o autor ficou afastado de suas atividades laborativas (90 dias), devendo o réu ressarcir o custo da prótese ocular. Razões recursais manifestamente improcedentes e contrárias à prova dos autos. NEGADO SEGUIMENTO AO APELO.²⁵⁷

²⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 300.

²⁵⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil**: responsabilidade civil. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 143-144.

²⁵⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0009615-43.2004.8.19.0204**, da 19ª Câmara Cível. Apelante: Grêmio Esportivo Estudantes de Realengo. Apelado: André Luis de Souza Ribeiro. Relator Des. Ferdinando do Nascimento. Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201200194826>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

O segundo exemplo, seria de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, que ao analisar o caso de um ex-Presidente teria tido a sua honra atacada em uma matéria de um jornal, teve a sua indenização majorada em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), em razão de que levando-se em conta a posição social do ofendido, e que este teria sido absolvido das acusações de corrupção, o que tornaria a matéria do jornal ofensiva, já que apesar de ter sofrido *impeachment* no passado, retornou ao cenário político como Senador, eleito pelo voto popular, vejamos a ementa:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA À HONRA. MODIFICAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ELEVAÇÃO NECESSÁRIA, COMO DESESTÍMULO AO COMETIMENTO DE INJÚRIA. CONSIDERAÇÃO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DOS OFENSORES, DA CONCRETIZAÇÃO POR INTERMÉDIO DE VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO DE GRANDE CIRCULAÇÃO E RESPEITABILIDADE E DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO OFENDIDO. PREVALECIMENTO DE VALOR MAIOR, ESTABELECIDO PELA MAIORIA JULGADORA EM R\$ 500.000,00.

1.- Matéria jornalística publicada em revista semanal de grande circulação que atribui a ex-Presidente da República a qualidade de "corrupto desvairado".

2.- De rigor a elevação do valor da indenização por dano moral, com desestímulo ao cometimento da figura jurídica da injúria, realizada por intermédio de veículos de grande circulação e respeitabilidade nacionais e consideradas as condições econômicas dos ofensores e pessoais do ofendido, Ex-Presidente da República, que foi absolvido de acusação de corrupção cumpriu suspensão de direitos políticos e veio a ser eleito Senador da República.

3.- Por unanimidade elevado o valor da indenização, fixado em R\$ 500.000,00 pelo entendimento da D. Maioria, vencido, nessa parte, o voto do Relator, acompanhado de um voto, que fixavam a indenização em R\$ 150.000,00.

4.- Recurso Especial provido para fixação do valor da indenização em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).²⁵⁸

No emblemático acórdão, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino foi voto vencido, o qual argumentava no aumento da indenização, porém no montante de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro havia fixado o montante indenizatório em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), ou seja,

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.120.971/RJ**. Recorrente: Fernando Affonso Collor de Mello. Recorrido: Editora Abril S.A. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 20 de junho de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200801126537>. Acesso em: 07 mai. 2018.

decidiram na Corte Superior, na maioria, por aumentar o valor, considerando a posição social do ofendido.

Há autores que defendem que deve ser considerada a posição social do ofendido, o que podemos citar Silvio de Salvo Venosa, que afirma que “não se pode proporcionar, por exemplo, alojamento em hotel cinco estrelas a quem sempre se utilizou de morada rústica e vice-versa”.²⁵⁹

Todavia, deve-se discordar de quem considera esse fator de análise como válido, já que se a vítima se encontra em condições não favoráveis socialmente, ela não está condenada a ficar assim eternamente, e no momento em que o Magistrado arbitra o montante indenizatório, por mais alto que seja, não se pode mais falar em enriquecimento ilícito, já que será percebido diante de meio idôneo.²⁶⁰ Assim, considerar a posição social do ofendido como fator para fins de arbitramento da indenização de danos imateriais é inconstitucional, posto que transgride o Princípio da Igualdade.²⁶¹

Importa ressaltar que há de ser ponderado outro critério a ser relevado, e que é utilizado por muitos magistrados ao delinear os contornos indenizatórios, que seria “a valoração do bem ou do interesse jurídico lesado”, a qual consiste na análise de qual dos interesses jurídicos fora lesado no caso, tais como a vida, a liberdade, a honra, integridade física, entre outros, fixando a indenização conforme outros precedentes do mesmo interesse jurídico.²⁶² Esse método deve ser observado, porém com ressalvas, já que apesar de deixar a cargo do Magistrado a indenização, cria uma espécie de “tabelamento judicial”, o qual deve ser evitado, tal qual o tarifamento legal, já que carece a análise concreta do caso posto sub judice.²⁶³

Vislumbra-se, ainda, que há uma possibilidade cometer-se injustiças no cálculo judicial da indenização pelos danos extrapatrimoniais, não comprometendo o modo de arbitramento, no entanto, demonstra-se que podem ocorrer disparidades entre os julgados.

²⁵⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 821.

²⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 302.

²⁶¹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 144.

²⁶² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 287.

²⁶³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 288.

Daiana Kang, em seu artigo acerca da problemática, exemplifica essa disparidade no arbitramento das indenizações que tratam de praticamente o mesmo interesse jurídico lesado, no caso a inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.²⁶⁴

Nesse sentido, cabe citar o Recurso Especial nº 650.793/PE, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, em que se mantém uma indenização no valor de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), pelos danos morais advindos da inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito. Basta ver a ementa:

Direito civil e processual civil. Recurso especial. Embargos de declaração interpostos perante o Tribunal de origem. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Propositura de execução por instituição financeira sem a devida cautela na verificação da regularidade do contrato bancário. Abuso de direito. Reexame de provas. Alegação de divergência jurisprudencial. Ausência de comprovação de similitude entre os julgados confrontados. Indenização por danos morais. Condenação em valor menor que o pleiteado. Sucumbência recíproca. Honorários advocatícios. Despesas processuais.

- Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada.
- A instituição financeira, ao propor, contra terceiro de boa-fé, ação de execução fundada em contrato bancário celebrado sem as devidas cautelas, age com abuso de direito e responde pelos prejuízos causados.
- É inviável, em sede de recurso especial, novo delineamento dos fatos discutidos no processo.
- Não se conhece de recurso especial por alegado dissídio jurisprudencial se não comprovada a necessária similitude entre os julgados confrontados.
- Conforme o entendimento adotado pela 2ª Seção do STJ no julgamento do REsp 63.520/RJ, a condenação da parte ré ao pagamento de indenização a título de danos morais em valor menor do que o pleiteado pela parte autora na petição inicial configura a existência de sucumbência recíproca. Ressalva pessoal.
- Nessa hipótese, embora a fixação dos honorários sobre o valor da condenação atenda ao disposto no art. 21 do CPC, impõe-se que as despesas processuais sejam repartidas recíproca e proporcionalmente.

Recurso especial parcialmente provido.²⁶⁵

²⁶⁴ KANG, Daiana. Indenizabilidade dos danos causados aos bens da natureza humana: quantificação argentária. **Revista de Direito Privado**, v. 74, p. 211-230, 2017.

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 650.793/PE**. Recorrente: Itau Unibanco S.A. Recorrido: Maria de Jesus Soares Sampaio. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 04 de outubro de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200400683134>. Acesso em: 07 mai. 2018.

Igualmente nessa linha o Recurso Especial 540.944/RS, que trata do mesmo tema, é de uma indenização praticamente ínfima de R\$ 500,00 (quinhentos reais) que arbitrada pela Corte Superior, conforme ementa:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - CADASTRO DE INADIMPLENTES - INSCRIÇÃO INDEVIDA. ARTIGO 43, § 2º DO CDC. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO.

1 - O recorrente comprovou a divergência interpretativa suscitada, colacionando aos autos inteiro teor do acórdão indicado como paradigma, bem como procedeu a devida confrontação analítica, mencionando as circunstâncias que identificam os casos confrontados, em conformidade com o art. 541, § único, do Código de Processo Civil e art. 255 e parágrafo, do Regimento Interno desta Corte.

2 - Segundo o art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, e entendimento firmado nesta Corte, a inscrição do nome do devedor em cadastro de inadimplente, sem a sua prévia comunicação, ocasiona-lhe danos morais a serem indenizados pela entidade responsável da inclusão indevida. (Precedentes: REsp 442.051/RS, REsp 323.356/SC).

3 - Conforme entendimento firmado nesta Corte, cabe às entidades credoras providenciar o cancelamento da anotação negativa do nome do devedor em cadastro de proteção ao crédito, quando quitada a dívida.

Precedentes.

4 - A falta de particularização da norma legal tida como vulnerada acarreta o não conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 284 do STF.

5 - A existência de outros apontamento de débito não afasta o dever de indenizar, mas deve refletir sobre a fixação do valor da indenização. (Precedentes: REsp 437.234/PB, REsp 196.024/MG).

6 - Recurso conhecido por ambas as alíneas, e parcialmente provido.²⁶⁶

Assim, por mais que o método de arbitramento dos danos extrapatrimoniais mais adequado é o que envolve o arbítrio do Magistrado, verifica-se que mesmo se tratando de bem jurídico lesado semelhante poderá se encontrar uma discrepância entre os julgados, razão pela qual, é imprescindível que haja uma previsão de critérios que o Juiz deverá seguir para arbitrar sua indenização.²⁶⁷

²⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 540.944/RS**. Recorrente: Cleomar Ferreira Vaz Medina. Recorrido: Banco América do Sul S/A. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Brasília, 17 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200300609422>. Acesso em: 07 mai. 2018.

²⁶⁷ KANG, Daiana. Indenizabilidade dos danos causados aos bens da natureza humana: quantificação argentária. **Revista de Direito Privado**, v. 74, p. 211-230, 2017.

Feitas essas considerações, consolida-se que o tabelamento legal é inconstitucional, e o mero arbitramento judicial pode se demonstrar insuficiente para calcular o real prejuízo causado a vítima. O ideal é o arbitramento judicial por equidade.

4.3 Arbitramento judicial equitativo ou método bifásico

Como mesmo o arbitramento judicial pode gerar injustiças, já que sem critérios objetivos para o arbitramento, o juiz poderá desfrutar de um poder discricionário excessivo, surgiu-se uma nova percepção do arbitramento, o qual vem sendo aplicada reiteradamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é o chamado método bifásico.²⁶⁸ Com a adoção deste método de almeja a aplicação da isonomia, diante de casos semelhantes, fazendo com que se denote mais razoável o arbitramento da indenização por parte do judiciário.²⁶⁹

O referido método consiste na realização de duas fases do arbitramento pelo Juiz, onde se consegue realizar uma análise em consonância com a “justiça comutativa e a equidade”.²⁷⁰

Em um primeiro momento, após a constatação de que houve a ocorrência do dano, o Juiz passará para a primeira fase do arbitramento, onde ele deverá analisar outras situações em que se tenha tratado do mesmo interesse jurídico guerreado no processo sub judice, e ver o valor que fora arbitrado por outros Magistrados a título de indenização, pressupondo um “estudo dos precedentes judiciais”.²⁷¹

Na segunda fase do arbitramento, em que o Magistrado irá definir o valor, ponderam-se os critérios da causa, particulares, onde partindo-se da indenização básica, (referência colhida do estudo da jurisprudência) o Juiz irá reduzir ou aumentar o valor de acordo com a análise das circunstâncias do caso, que seriam a

²⁶⁸ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para a diferenciação entre o dano moral, o dano social e os *punitive damages*. **Revista dos Tribunais**, v. 958, p. 119-147, 2015.

²⁶⁹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 145.

²⁷⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 288.

²⁷¹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 145.

condição econômica da causa, a gravidade do fato-dano, o grau de culpa do agente causador, até que se alcance o valor indenizatório.²⁷²

O método bifásico, além de fazer aplicar-se o conteúdo do princípio da reparação integral, insculpido no artigo 944, do Código Civil, ainda em total sintonia com a sistemática do Código de Processo Civil de 2015, que consagra os princípios da segurança jurídica, de respeito aos precedentes judiciais, de fundamentação da decisão, e isonomia da distribuição da justiça.²⁷³

Acerca do referido método, pondera o Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, que se almeja com a aplicação deste um equilíbrio entre todas os critérios presentes na jurisprudência/doutrina, de maneira a tornar a indenização razoável:

[...] 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.

Destaca-se que Fábio Ulhoa Coelho, apesar de não referir expressamente a expressão “método bifásico”, o defende em sua obra, ao ressaltar que para fixar o valor o Julgador deve encontrar um padrão geral de indenização para o caso, sugerindo, inclusive, que os Tribunais criem bancos de pesquisa para os magistrados, de forma que, partindo deste padrão geral, possa considerar os fatores da casuística, para reduzir esse montante encontrado, e assim chegar no valor indenizatório.²⁷⁴ Refere ainda que não pode o Magistrado se surpreender se o valor que encontrou com a aplicação dessa metodologia enriquecer muito ou pouco a vítima do dano, já isso poderá ocorrer,²⁷⁵ porém se utilizou corretamente os fatores, chegará ao valor proporcionalmente devido.

²⁷² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 289.

²⁷³ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 145.

²⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações, responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 442-443.

²⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações, responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 444.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o método bifásico para o arbitramento das indenizações a título de danos extrapatrimoniais, senão vejamos casos pontuais.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.332.366/MS, foi utilizado o método bifásico para majorar o montante indenizatório. No caso, o Tribunal arbitrou uma indenização no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), que deveria ser repartida entre todas as vítimas do dano (genitora e irmãos) ocasionado pela morte de uma criança dentro das dependências de um Clube Aquático, tendo entendido a Corte Superior que deveria ser majorada a verba indenizatória, após a utilização do método bifásico, senão vejamos a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR POR AFOGAMENTO. RESPONSABILIDADE DO CLUBE PELA FALHA NO SERVIÇO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO. MÉTODO BIFÁSICO. NÚCLEO FAMILIAR SUJEITO DO DANO. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PENSÃO MENSAL DEVIDA.

1. O clube recreativo que possui em sua estrutura piscinas e lagoas é responsável pelo afogamento e óbito de criança em suas dependências, quando comprovada falha na prestação do serviço, configurada pela não adoção de medidas preventivas adequadas ao risco de sua fruição: segurança dos banhistas, salva-vidas, boias para a indicação da parte funda da rasa do lago, profissional médico, aparelho de respiração artificial.

2. O Superior Tribunal de Justiça, quando requisitado a se manifestar sobre o arbitramento de valores devidos pelo sofrimento de dano moral, deve interferir somente diante de situações especialíssimas, para aferir a razoabilidade do quantum determinado para amenizar o abalo ocasionado pela ofensa 3. O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano.

Traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso.

4. Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos).

5. Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso, com base nas suas circunstâncias (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz.

6. Ainda na segunda fase de fixação, tendo em vista tratar-se de um núcleo familiar como titular da indenização, há que se ponderar acerca da individualização do dano, uma vez que um evento danoso capaz de abalar o núcleo familiar deve ser individualmente considerado em relação a cada um de seus membros (REsp 1127913/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, DJe 05/08/2014)
7. Conforme a jurisprudência do STJ, a indenização pela morte de filho menor, que não exercia atividade remunerada, deve ser fixada na forma de pensão mensal de 2/3 do salário mínimo até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos.
8. Recurso especial parcialmente provido.²⁷⁶

Nesse julgado, verifica-se que a Corte superior majorou o valor indenizatório, após analisar os precedentes judiciais sobre o bem jurídico tutelado (vida), e ainda incidindo sobre o montante todos os fatores individuais do caso, de forma a considerar que o valor devido seria o montante de R\$ R\$ 220.000,00 (duzentos e vinte mil reais).

Em outro caso, no julgamento do Recurso Especial nº. 1.669.680/RS, a Corte Superior ressaltou o entendimento consolidado na aplicação do método bifásico, bem como após, a utilização do método, ponderou que a indenização arbitrada pelo Tribunal *a quo* era adequada ao caso:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. INJÚRIA RACIAL. CRITÉRIOS VALORATIVOS PARA O ARBITRAMENTO. MÉTODO BIFÁSICO.

1. Ação de compensação por danos morais ajuizada em 2013, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 23/09/2016 e concluso ao Gabinete em 28/04/2017. Julgamento pelo CPC/15.
2. O propósito recursal é decidir sobre os critérios valorativos para o arbitramento da compensação do dano moral por injúria racial.
3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional.
4. As Turmas da Seção de Direito Privado têm adotado o método bifásico como parâmetro para valorar a compensação dos danos morais.
5. No particular, o Tribunal de origem levou em conta a gravidade do fato em si, a jurisprudência local acerca da matéria, tendo em vista o

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.332.366/MS**. Recorrente: T. G. da S. S. - Menor Impúbere e Outro. Recorrido: Campo Grande Praia Clube. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Brasília, 07 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201201381772>. Acesso em: 09 mai. 2018.

interesse jurídico lesado, bem como as condições pessoais da ofendida e do ofensor, de modo a arbitrar a quantia considerada razoável, diante das circunstâncias concretas, para compensar o dano moral suportado pela recorrida.

6. Assim sopesadas as peculiaridades dos autos, o valor de R\$ 5.000, 00 (cinco mil reais), arbitrado no acórdão recorrido para compensar o dano moral, não se mostra exorbitante. 7. A falta de similitude fática, requisito indispensável à demonstração da divergência, inviabiliza a análise do dissídio.

8. Recurso especial desprovido.²⁷⁷

Ainda, destaca-se que o método bifásico é utilizado também no Tribunal de Justiça Gaúcho e nas Turmas Recursais, em consonância à jurisprudência consolidada na Corte Superior de Justiça:

RECURSOS INOMINADOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA NO INTERIOR DE AMBULÂNCIA DO MUNICÍPIO DE VIAMÃO. IMPRUDÊNCIA DO MOTORISTA. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRESENTES OS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. CONDENAÇÃO DO ENTE PÚBLICO AO PAGAMENTO DE DANOS MATERIAIS NO VALOR DE R\$50,13 E DANOS MORAIS NO VALOR DE R\$3.000,00. QUANTUM FIXADO DE ACORDO COM OS PARÂMETROS DESTA TURMA RECURSAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. A quantificação do dano moral é de ser realizada com base no método bifásico, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça. Manutenção do valor da condenação. RECURSOS DESPROVIDO. POR MAIORIA.²⁷⁸

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGLIGÊNCIA MÉDICA CONSTATADA. MORTE DO FETO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. REQUISITOS À IMPUTAÇÃO DE UM DEVER DE INDENIZAR PRESENTES. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E PATRIMONIAIS. FIXAÇÃO DO QUANTUM. MÉTODO BIFÁSICO. Evidenciada a possibilidade de aplicação do método bifásico de apuração dos danos extrapatrimoniais (STJ, R.Esp. nº 710.879/MG), considerados os parâmetros estabelecido pela jurisprudência para casos assemelhados (grupo de casos) e consideradas, na proporcionalidade estabelecida em concreto, as características

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.669.680/RS**. Recorrente: Silvio Veronese. Recorrido: Andiará Valduga da Rosa. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 22 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700809584>. Acesso em: 09 mai. 2018.

²⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Turma Recursal da Fazenda Pública. **Recurso Cível nº. 71007077191**. Recorrente Ilda Alves Boscaini. Recorrido: Município de Viamão. Relatora Juíza Rosane Ramos de Oliveira Michels, Porto Alegre, 12 de março de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71007077191&num_processo=71007077191&codEmenta=7683031&temIntTeor=true>. Acesso em: 09 mai. 2018.

fáticas e jurídicas do caso. Em hipótese de indenização por perda de chance, aplica-se diminuição proporcional a 50% do valor total da indenização, conforme voto paradigma do STJ - Recurso Especial nº 1.254.141 - PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Tratando-se de perda real, por morte do feto, condena-se proporcionalmente os demandados no pagamento do percentual de 50% do total do dano extrapatrimonial sofrido. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. VOTO VENCIDO EM RELAÇÃO À CONTAGEM DOS JUROS DE MORA.²⁷⁹

Destarte, é consolidada a aplicação desse método de indenização nos Tribunais pátrios, podendo-se discernir que

[...] neste momento do ordenamento jurídico brasileiro, o método bifásico aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, especialmente pela Terceira Turma, nas palavras do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, mostra-se o mais razoável por estabelecer um ponto de equilíbrio entre o interesse jurídico lesado e as peculiaridades do caso, trazendo uma análise para estabelecer o valor principal, o que assegura uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes e após, ajusta-se o valor conforme as circunstâncias específicas do caso, analisando os critérios objetivos e subjetivos para a indenização.²⁸⁰

Portanto, verifica-se que o método bifásico é, atualmente, a forma de arbitramento da indenização dos danos extrapatrimoniais mais adequada que todas as outras formas de arbitramento, já que provoca a aplicação do Princípio da Reparação Integral em todas as suas três frentes, seja na função compensatório, já que a indexação será correspondente ao interesse jurídico comprometido, a função indenitária, de maneira a rechaçar o arbitramento de valor exorbitante, e ainda a função concretizadora, já que o juiz irá analisar todas as individualidades do caso para arbitrar o valor adequado a título de indenização.²⁸¹

²⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº**. 70049596810. Recorrente Juliana Gebing. Recorrido: Beneficencia Camiliana do Sul - Hospital Santa Terezinha. Relatora Desembargadora Maria Claudia Cachapuz, Porto Alegre, 11 de abril de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70049596810&num_processo=70049596810&codEmenta=7229397&temIntTeor=true>. Acesso em: 09 mai. 2018.

²⁸⁰ KANG, Daiana. Indenizabilidade dos danos causados aos bens da natureza humana: quantificação argentária. **Revista de Direito Privado**, v. 74, p. 211-230, 2017.

²⁸¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 289-290.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo principal da presente monografia foi analisar como deve ser fixado o dano moral, a partir dos métodos adotados pela doutrina e pela jurisprudência pátria.

Para tanto, antes de se chegar à valoração do dano moral é preciso analisá-lo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como surgiu e da busca frenética dessa espécie de dano, chegando à sua banalização.

A responsabilidade civil tem seu esteio no Direito Romano, baseado no princípio do *Non Neminem Laedere*, através do qual a ninguém é permitido invadir a esfera jurídica de outrem, sem autorização do próprio titular, sob pena de responsabilização. Essa responsabilização é o fundamento da responsabilidade civil, já que uma vez violados os direitos de outrem surge o dever de indenizar, a fim de repor à vítima ao seu *status quo ante*.

O instituto da responsabilidade civil apresenta três funções primordiais: a reparatória ou compensatória, a preventiva e a punitiva.

A reparatória tem por objetivo o Princípio da Reparação Integral, ou seja, indenizar a vítima integralmente, recolocando-a no seu *status quo ante*. Ora, isso somente é possível se o dano sofrido por ela for material, e ainda assim, existem exceções. A função compensatória, que talvez seja a principal, possui o cerne concentrado em compensar a vítima, dar-lhe algo que amenize sua dor, um lenitivo para seu sofrimento. Quanto à função punitiva, essa é motivo de dissonância na doutrina, já que demonstrado nessa pesquisa que divergentes são as opiniões quando a sua existência de fato, já que parte da doutrina entende que não cabe à seara civil criar punições, violando o princípio Constitucional da legalidade, ou ainda, os doutrinadores que apresentam posição favorável à esta função entendem que é necessário punir o causador do dano para que sirva de exemplo e não mais incorra nesse erro. Nesta linha atinge-se a função preventiva, voltada ao futuro, e procura evitar que mais danos ocorram em outras oportunidades, fazendo com que o valor fixado a título de punição ao ofensor sirva de exemplo para que outras pessoas não incorram em tal dano novamente.

Ademais parte dessa pesquisa foi dedicada a contemplar o Princípio da Reparação Integral, positivado no Código Civil no art. 944, o qual é fundamento para

o arbitramento das indenizações dos danos imateriais. Esse princípio possui conteúdo prático, no sentido de impor que será pago à vítima tudo o que lhe é devido, ou seja, repô-la à situação existente antes do dano, concedendo-lhe tudo o que é devido, mas apenas isto, sob pena de enriquecimento ilícito, o que é expressamente vedado pela Legislação Civil.

Quanto à evolução do dano moral no direito brasileiro, verifica-se que houve um momento histórico em que não se reconhecia a indenizabilidade, em período anterior ao Código Civil de 1916, e ainda em momento posterior a sua aprovação. Justificava-se tal entendimento pelo fato da impossibilidade de se mensurar a dor, e ainda, em razão da ausência de previsão expressa naquele Código acerca da indenizabilidade dos danos morais. Em um primeiro momento não se admitia o ressarcimento do dano moral, apenas em casos excepcionais. Várias correntes doutrinárias discutiam acerca da reparabilidade de um dano que não tinha conteúdo econômico. Tal discussão foi espancada com a Constituição Federal de 1988, que permitiu, expressamente, a possibilidade de reparação do dano moral, elevando o *status* da proteção do dano imaterial à garantia individual, o que ganhou mais força com o surgimento do Código Civil de 2002.

Além do reconhecimento amplo que a Constituição Federal de 1988 trouxe aos danos extrapatrimoniais, surgiu um problema que assolou os Tribunais, que é a banalização do Instituto. O conceito de dano moral serviu para banalizá-lo, pois inicialmente estava ligado a dor, ao sofrimento, sem esta alteração anímica não existiria dano moral. Passa-se para o conceito negativo, ao afirmar que dano imaterial era todo aquele que não é material, que não tem conteúdo econômico. Esse foi o pior dos conceitos, pois permitiu o crescimento vertiginoso de ações temerárias de danos morais, resultando na malfada “indústria do dano moral”.

Era preciso que algo surgisse para frear esses pedidos pífios que só serviam para aviltar o instituto do dano moral.

Assim sendo, a doutrina resolveu reconceituar o dano moral, de forma positiva. O meio encontrado foi relacionando-o com os direitos personalíssimos.

Os direitos personalíssimos, os quais possuem garantia nos incisos V e X, do artigo 5º, da Constituição Federal, ganharam força de direito individual e fundamental de todos os cidadãos, em decorrência lógica da proteção da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o dano moral passou a ser conceituado como aquela lesão que atinge os direitos da personalidade (previstos nos artigos. 13 a 21 do Código Civil). Afora isso, deve desaguar para meros incômodos ou dissabores.

Com essa ampla proteção Constitucional se estabeleceu um novo conceito de dano moral, o qual garantiu que não será toda situação que será reconhecida como dano extrapatrimonial, evitando-se a “indústria do dano moral”, bem como, buscando aniquilar essa banalização deflagrada do Instituto.

Ademais, com toda essa dificuldade de conceituar o dano moral e mensurá-lo, demonstrou-se, como consequência lógica, a dificuldade no arbitramento da indenização. Essa dificuldade se dá, conforme elucidado, no conteúdo do conceito de dano moral, onde é dificultoso se arbitrar a indenização, diferentemente do dano material onde se calcula apenas o prejuízo de cunho patrimonial que a vítima sofreu.

Uma primeira forma de arbitramento demonstrada é o tarifamento legal, que consiste na previsão legal do valor da indenização, onde por meio de um sistema fechado, o Magistrado possui o trabalho de averiguar a existência de dano, e procurar na lei o valor de indenização, e o aplicar no caso em que está sendo julgado. O julgador fica engessado. Não pode agir diferentemente da lei. Não pode examinar a vítima ou seu ofensor, para arbitrar um valor que a compense e o puna. Esse método demonstra-se inconstitucional, conforme explicitado, já que qualquer legislação infraconstitucional que venha a delimitar a aplicação da proteção garantida constitucionalmente no que tange à reparabilidade dos danos morais não deve ser aceita. O dano moral é um dano subjetivo e precisa dessa análise.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu que Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por possuir vários dispositivos que não são compatíveis com a Carta Magna, inclusive no que tange o tarifamento legal das indenizações por dano moral que lhe era previsto. Como demonstrado, os direitos e garantias individuais possuem aplicação imediata, não dependendo de lei infraconstitucional para a sua aplicação, conforme o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Outrossim, superado o tarifamento legal, dentro do Direito Civil, a doutrina enumera o arbitramento judicial como o mais adequado para os danos morais. Isso porque devem ser analisadas as circunstâncias do caso concreto para o arbitramento da indenização.

Contudo, o simples arbitramento, sem o estabelecimento de um método ou critérios a serem observados pelo Magistrado, pode fazer com que a sentença não tenha fundamentação suficiente, ou ainda não se arbitre o valor mais adequado ao caso, considerando-se o Princípio da Reparação Integral.

Diante dessa problemática, o Superior Tribunal de Justiça, passou a adotar um arbitramento judicial, mas por equidade, chamado de método bifásico, criado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, para o arbitramento das indenizações.

Consoante demonstrado neste trabalho, esse método consiste em duas fases que serão observadas pelo Magistrado. Na primeira fase, o juiz verifica os valores já arbitrados para casos análogos, que envolvem o mesmo bem jurídico tutelado, e idealiza um montante que servirá de base; na segunda fase, considerando as particularidades do caso concreto, o juiz deve analisar alguns critérios tais como situação econômica das partes, grau de culpabilidade, extensão do dano; gravidade da conduta do ofensor, dentre outros, para diminuir ou aumentar aquele valor base, de maneira a culminar no *quantum* indenizatório adequado ao caso concreto, no sentido de compensar a vítima e punir o seu ofensor.

Dada análise de todos os fatores pesquisados, vislumbra-se que o método bifásico, dentre as formas de arbitramento encontradas, é o que mais se adequa ao ordenamento jurídico vigente, por ser a forma mais justa de arbitramento, já que além de buscar uma harmonização da jurisprudência, considera os critérios objetivos e subjetivos do caso posto ao Magistrado, de maneira a não se afastar do Princípio da Reparação Integral, almejando uma indenização justa e proporcional ao dano moral sofrido pela vítima.

Foi possível idealizar ainda que, além do Superior Tribunal de Justiça, outros tribunais do País, como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, já vêm adotando o método bifásico, adequando o valor da reparação do dano moral ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA. **Reforma trabalhista**: Anamatra ajuíza ação no STF contra a limitação de indenização por dano moral. Brasília, dezembro 2017. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26013-reforma-trabalhista-anamatra-ajuiza-acao-no-stf-contr-a-limitacao-de-indenizacao-por-dano-moral>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

ANDRIGHI, Vera. Reparação moral e material pela perda de uma chance. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). **Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro**: aspectos polêmicos. São Paulo: Atlas, 2013.

ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. **Revista dos Tribunais**, v. 799, p. 11-23, 1999.

BENACCHIO, Marcelo. A função punitiva da responsabilidade civil no código civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: Reflexões sobre os 10 anos do código civil. São Paulo: Atlas, 2012.

BERLINI, Luciana Fernandes. Responsabilidade civil: desafios e parâmetros de fixação dos danos morais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo (Coord.). **Direito Civil Constitucional**: A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 5. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1943, t. 2.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967.** Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.452 de 1º de 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: 01 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.120.971/RJ.** Recorrente: Fernando Affonso Collor de Mello. Recorrido: Editora Abril S.A. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 20 de junho de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200801126537>. Acesso em: 07 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.258.998/MG.** Recorrente: Cristina de Paiva Rezende. Recorrido: Setpar Terraplenagem Pouso Alegre Ltda. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 06 de março de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201100952111>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.332.366/MS.** Recorrente: T. G. da S. S. - Menor Impúbere e Outro. Recorrido: Campo Grande Praia Clube. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Brasília, 07 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201201381772>. Acesso em: 09 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.669.680/RS.** Recorrente: Silvio Veronese. Recorrido: Andiara Valduga da Rosa. Relator: Ministra Nancy Andrichi, Brasília, 22 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700809584>. Acesso em: 09 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 103312/RJ.** Recorrente: Editora O Dia S/A. Recorrido: Reginaldo Silva. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 09 de outubro de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199600493723&dt_publicacao=09/10/2000>. Acesso em: 02 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1645744/SP.** Recorrente: Companhia Paulista De Trens Metropolitanos - CPTM. Recorrido: Felipe Mendonça. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 13 de

junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601011688&dt_publicacao=13/06/2017>. Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 487.749/RS**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ordalino Ribeiro de Campos. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 12 de maio de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200201653902>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 504639/PB**. Recorrente: Gustavo Nunes de Aquino. Recorrido: Credicard S/A Administradora de Cartões de Crédito. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 25 de agosto de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201743974&dt_publicacao=25/08/2003>. Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 540.944/RS**. Recorrente: Cleomar Ferreira Vaz Medina. Recorrido: Banco América do Sul S/A. Relator: Ministro Jorge Scartezini. Brasília, 17 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200300609422>. Acesso em: 07 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 650.793/PE**. Recorrente: Itau Unibanco S.A. Recorrido: Maria de Jesus Soares Sampaio. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 de outubro de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200400683134>. Acesso em: 07 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 281**. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 37**. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2737%27>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 109083/RJ**. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrida: Olga Baptista da Silva Assis. Relator: Ministro Carlos Madeira. Brasília, 29 de agosto de 1986. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200343>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 82930/RJ**. Recorrente: Jorge Luiz Martins. Recorrido: Rede Ferroviária Federal S/A (Sétima

Divisão- Leopoldina). Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, 13 de maio de 1985. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=177937>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAPPELARI, Récio Eduardo. **Os novos danos à pessoa**: na perspectiva da repersonalização do direito. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

CASAGRANDE, Cássio. A reforma trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, v.2, n.3, 05 dez. 2017. Disponível: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2017/12/REVISTA-JUR%C3%8DDICA-COMPLETA-5-ED.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Os danos morais no judiciário brasileiro e sua evolução desde 1988. In: TEPEDINO, Gustavo (Organiz.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2**: obrigações, responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COVAS, Silvânio. Questão de fato e questão de direito - quantificação do dano moral. **Revista de Processo**, v. 100, p. 257-273, 2000.

DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7**: responsabilidade civil. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil**: responsabilidade civil. Caxias do Sul, RS: EducS, 2013. Livro eletrônico.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Indenização por dano moral puro e a fixação do *quantum debeatur* - a problemática questão do arbitramento. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 15, p. 168-178, 1995.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para a diferenciação entre o dano moral, o dano social e os punitive damages. **Revista dos Tribunais**, v. 958, p. 119-147, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Originações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KANG, Daiana. Indenizabilidade dos danos causados aos bens da natureza humana: quantificação argentária. **Revista de Direito Privado**, v. 74, p. 211-230, 2017.

KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude da culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código civil. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, v. 29, p. 3-34, 2004.

LEVADA, Claudio Antônio Soares. **Liquidação de danos morais**. 1. ed. Campinas: Copola livros, 1995.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

MARINANGELO, Rafael. A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do código civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral: problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar: critérios de fixação do quantum**. Campo Grande: UCDB, 2000.

MINOZZI, Alfredo. **Studio sul danno non patrimoniale: danno morale**. Milano: Società Editrice Libreria, 1917.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito aplicado – Acórdãos e votos**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7**: responsabilidade civil. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7**: responsabilidade civil. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2015. Livro eletrônico, não paginado.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Livro eletrônico, não paginado.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos das Coisas, Tomo II**. 3 ed. Campinas: Russell Editores, 2003.

PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito civil, tomo XXII**. São Paulo: Borsoi, 1968.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito civil, tomo XXVI**. São Paulo: Borsoi, 1954.

PORTO, Mário Moacyr. Dano moral. **Revista dos Tribunais**, 590, p. 36-40, 1984.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0009615-43.2004.8.19.0204**, da 19ª Câmara Cível. Apelante: Grêmio Esportivo Estudantes de Realengo. Apelado: André Luis de Souza Ribeiro. Relator Des. Ferdinando do Nascimento. Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201200194826>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº. 70049596810**. Recorrente Juliana Gebing. Recorrido: Beneficencia Camiliana do Sul - Hospital Santa Terezinha. Relatora Desembargadora Maria Claudia Cachapuz, Porto Alegre, 11 de abril de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70049596810&num_processo=70049596810&codEmenta=7229397&temIntTeor=true>. Acesso em: 09 mai. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Turma Recursal da Fazenda Pública. **Recurso Cível nº. 71007077191**. Recorrente Ilda Alves Boscaini. Recorrido: Município de Viamão. Relatora Juíza Rosane Ramos de Oliveira Michels, Porto Alegre, 12 de março de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tr

ibunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71007077191&num_processo=71007077191&codEmenta=7683031&temIntTeor=true>. Acesso em: 09 mai. 2018.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Hector Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. **Revista de informação legislativa**, v. 44, n. 175, jul. 2007. Disponível: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/139968>> Acesso em: 02 mai. 2018.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral na internet**. 1. ed. São Paulo: Método, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organiz.). **A Constituição concretizadora: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. São Paulo: Atlas, 2012.

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

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e a sua reparação**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e a sua reparação**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, tomo I. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, tomo II. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal**. Brasília, abril 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=107402>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil. **Revista Síntese de direito civil e processual civil**, 12, p. 14-35, 2001.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**: da reparação à punição e dissuasão: os *punitives damages* no direito comparado e brasileiro. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.