

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE
CIVIL: A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA
TEORIA DO DESESTÍMULO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Diego Furlanetto

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESESTÍMULO

por

Diego Furlanetto

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador Prof. Ms. Jose Fernando Lutz Coelho

Santa Maria, RS, Brasil

2013

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: A
(IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO
DESESTÍMULO**

elaborada por
Diego Furlanetto

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Ms. José Fernando Lutz Coelho
(Presidente/Orientador)

Profª. Waleska Mendes Cardoso
(Universidade Federal de Santa Maria)

Marcio Alessio
(Advogado)

Santa Maria, 12 de dezembro de 2013.

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESESTÍMULO

AUTOR: DIEGO FURLANETTO

ORIENTADOR: JOSÉ FERNANDO LUTZ COELHO

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 12 de dezembro de 2013.

O presente estudo, fruto de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, objetiva verificar através dos entendimentos doutrinários e jurisprudências a compatibilidade, ou não, do caráter punitivo da indenização moral com o ordenamento jurídico brasileiro, assim como a possibilidade da aplicação da teoria do desestímulo. Apresenta contextualização do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira. Traz noções de responsabilidade civil, sua evolução histórica, conceito, pressupostos e função. Caracteriza o dano moral, seu conceito e características; apresenta a Teoria do Desestímulo, sua origem, características, forma como foi adotada pela doutrina pátria e pelo Superior Tribunal de Justiça. Analisa a (im)possível aplicação da função sancionadora as indenizações morais através da Teoria do Desestímulo, diante dos novos paradigmas da responsabilidade civil e o cumprimento da função social da indenização.

Palavras-Chaves: Direitos fundamentais. Responsabilidade civil. Indenização moral. Teoria do desestímulo. Função social da responsabilidade civil.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

NEW PARADIGM OF CIVILIAN RESPONSIBILITY: A (IM) POSSIBILITY OF APPLICATION OF THE PUNITIVE DAMAGE THEORY

Author: Diego Furlanetto

Adviser: José Fernando Lutz Coelho

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 12, 2012.

This study was a result of doctrinal and jurisprudential research, and it aims to verify through doctrinal and jurisprudential understandings the compatibility, or not, of a punitive character of moral damages to the Brazilian legal system, as well as the possibility of applying the punitive damage theory. Displays context of the principle of human dignity and fundamental rights in the Federal Constitution. Brings notions of civilian responsibility, its historical evolution, concept, assumptions and function. Characterizes the moral damage, its concept and features; presents the of punitive damage theory, its origin, characteristics, how doctrine was adopted by the country and the Superior Court of Justice. Analyzes the (im)possible application of function punitive to moral damage by punitive damage theory, before the new paradigms of civilian responsibility and fulfillment of the social function of the indemnity.

Key-Words: Civilian responsibility. Moral indemnity. Punitive damage theory. Social function of the indemnity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A VALORIZAÇÃO DA PESSOA HUMANA E SUA CONSEQUENTE INFLUÊNCIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
1.1 Dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana	10
1.2 Noções de responsabilidade civil	11
1.2.1 Conceito	11
1.2.2 A evolução da responsabilidade civil: o desenvolvimento da tutela dos interesses imateriais da pessoa	13
1.2.3 A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro	15
1.2.4 Pressupostos do dever em indenizar	17
1.2.5 A evolução do subjetivo liberal ao objetivo social	20
1.2.6 A função das indenizações na responsabilidade civil	23
1.2.7 Formas de indenização possíveis na responsabilidade civil	24
1.2.8 Responsabilidade Civil vs. Responsabilidade Penal	25
2 O DANO MORAL E A TEORIA DO DESESTÍMULO	27
2.1 Do dano moral	27
2.1.1 Contextualização Histórica	27
2.1.2 Conceituação	29
2.1.3 A quantificação do valor indenizatório	31
2.1.4 A função da indenização por danos morais	33
2.2 Noções sobre a Teoria do Desestímulo	36
2.2.1 Origem e Conceito	36
2.2.2 A quantificação do valor da indenização segundo a teoria do desestímulo	38
2.2.3 Posicionamento doutrinário contrário	39
2.2.4 Posicionamento doutrinário favorável	41
2.2.4 A teoria do desestímulo no Superior Tribunal de Justiça	42
3 A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESESTÍMULO	47
3.1 A mudança de paradigma da indenização	47
3.2 A função social da responsabilidade civil por dano morais	50
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da Constituição Federal, observa-se a crescente tutela do direito pátrio aos direitos individuais.

Neste sentido, o Código Civil de 2002 de forma geral, prioriza a dignidade da pessoa humana e, em seu título destinado aos atos ilícitos, leciona que aquele que “causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, reconhecendo, desta forma, a ilicitude dos atos causadores de dano moral, entendimento o qual, posteriormente, veio a ser corroborado pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inciso VI.

Entretanto, até haver a positivação expressa da possibilidade de ocorrência do dano moral, grande parte da doutrina era contrária a sua reparabilidade, pautada no argumento de que como tal dano advém da dor, a qual não pode ser quantificada economicamente, sua reparação representaria enriquecimento ilícito.

Atualmente, tal posicionamento foi superado e o conceito de dano moral sofreu alterações, deixando de ser entendido como a dor, por si só, mas sim como os efeitos por essa dor causados no indivíduo.

Assim, após derradeira discussão doutrinária e jurisprudencial, tornou-se incontestável a possibilidade da indenização pecuniária por danos morais. Entretanto, consolidado este assunto, passou-se à acirrada discussão quanto aos critérios para definição do valor do *quantum* indenizatório, assim como do caráter desta indenização, seja ela reparatória, compensatória ou punitiva.

Sabe-se que tradicionalmente o instituto da responsabilidade civil adota a função reparatória de suas indenizações, visto que, estas sempre ocorreram em danos materiais, os quais são possivelmente reparados, voltando ao estado em que se encontravam. Entretanto, com a tutela dos direitos imateriais, os quais, por sua natureza subjetiva, são impossíveis de serem ressarcidos integralmente, surge na doutrina nova discussão, quanto à função da indenização civil em danos desta natureza.

Em meio a estas divergências doutrinárias e jurisprudências, o Superior Tribunal de Justiça passa a reconhecer uma teoria norte americana, no Brasil difundida pelo professor Cezar Roberto Bitencourt, chamada de Teoria do Desestímulo, segundo a qual o valor do dano moral praticado pelo lesante deve

gerar um dano patrimonial suficiente a desestimulá-lo a cometer o ilícito novamente, ou seja, pauta-se no caráter punitivo-pedagógico da indenização por danos morais.

Entretanto, embora tenha o Superior Tribunal de Justiça reconhecido a aplicação da referida teoria, grande parte da doutrina defende ferrenhamente a impossibilidade da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, a presente monografia tem como objetivo identificar se a aplicação do caráter punitivo à indenização por danos morais, através da aplicação da teoria do desestímulo, encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, analisando-se, assim, a consistência do entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, o presente trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica, realizando-se a análise de livros, revista, artigos acadêmicos e da legislação brasileira.

Ademais, utilizando-se do método de abordagem indutivo e dos métodos de procedimentos funcionalista e tipológico, analisou-se entendimentos doutrinários e jurisprudências através dos quais conseguiu-se entender os institutos abordados, possibilitando alçar os objetivos almejados.

Desta maneira, inicia-se este trabalho analisando-se, no Capítulo 1, a evolução e a tutela dos direitos fundamentais, assim como apresentando o instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico, com todas suas características relevantes ao entendimento da discussão proposta.

O Capítulo 2 inicia com a conceituação e análise danos morais, onde, fazendo-se um link com o Capítulo 1, será analisada a função da responsabilidade civil nas indenizações por danos morais. Na parte final deste Capítulo, será apresentada a Teoria do Desestímulo e expostas as diversas teses defensivas e repressivas.

Já no terceiro e último capítulo, utilizando-se de todos os conceitos e ensinamentos apresentados nos capítulos anteriores, será feita uma análise do novo paradigma da responsabilidade civil imposto pelos modernos direitos tutelados a partir da Constituição de 1988, assim como da função social exercida pelas indenizações civis a partir da aplicação da teoria do desestímulo.

Por fim, em posse de todo o conhecimento necessário, apresentado nos Capítulos desta pesquisa, concluir-se-á pela possibilidade, ou não, da aplicação da

função sancionadora, através da Teoria do Desestímulo, nas indenizações por danos morais no sistema jurídico brasileiro.

1 A VALORIZAÇÃO DA PESSOA HUMANA E SUA CONSEQUENTE INFLUÊNCIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para chegar-se à conclusão da compatibilidade, ou não, da Teoria do Desestímulo no ordenamento jurídico brasileiro - objetivo deste trabalho - antes faz-se necessária a análise dos institutos pátrios aos quais a referida teoria incidirá.

Assim, com este escopo, neste primeiro capítulo serão apresentadas noções da responsabilidade civil, assim como será examinada a sua evolução por um viés da evolução dos direitos da personalidade e do princípio da dignidade humana.

1.1 Dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, reconhecida no art. 1º, inciso II da Constituição Federal¹, é evidentemente um princípio e não um direito protegido, propriamente dito, vez que funciona como uma espécie de fim a ser alcançado através da preservação dos direitos fundamentais.

Neste sentido, para fim elucidativo, pode-se imaginar a dignidade da pessoa humana como um guarda-chuva formado por direitos fundamentais.

Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser entendida de forma ampla, objetivando assegurar todos os direitos possíveis relativos à pessoa humana, para que assim se torne possível proteger os mais diversos aspectos da vida humana, sendo esta a única forma de preservar a dignidade de um indivíduo.

Em análise aos estudos de Immanuel Kant, Uyára Schiefer argumenta que:

(...) todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo, mas intrínseco, isto é, a dignidade. Substancialmente, a dignidade de um ser racional consiste no fato de que ele “não obedece a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo”. A moralidade, como condição dessa autonomia legislativa, é, portanto, a condição da dignidade do homem; e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não têm preço.²

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 outubro. 2013

² SCHIEFER, Uyára. **Sobre os direitos fundamentais da pessoa humana**. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona28/28Schiefer.htm>> Acesso em: 30 outubro. 2013.

Ou seja, a dignidade é um bem intrínseco a pessoa humana, e esta, na qualidade de ser racional, é capaz de compreender o valor deste atributo que “não admite substituição equivalente”.

Ademais, seguindo este mesmo raciocínio, vale elucidar que o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como os direitos fundamentais, teve enorme ampliação após a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual foi incluída como valor precípua, pelos constituintes, a valorização da pessoa humana.

Dentre estes direitos fundamentais encontram-se os chamados direitos da personalidade da pessoa humana, sendo este ainda formado por vários outros direitos, inerentes ao ser humano, como o direito à honra, o direito à imagem, ao nome e à identidade pessoal.

O direito à honra, segundo José Afonso da Silva “é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação”³.

Já o direito à imagem, no entendimento de Adriano de Cupis, citado por Afonso da Silva, “consiste na tutela do aspecto físico [...] que satisfaz uma exigência espiritual de isolamento, uma necessidade eminentemente moral”⁴.

Estes direitos serão tratados diretamente neste trabalho, dado que, uma vez violados, geram um dano ao patrimônio imaterial da pessoa, o qual deve ser reparado, mas, como acima mencionado, não admite substituição equivalente, nascendo aqui o principal problema atual das indenizações por danos morais.

1.2 Noções de responsabilidade civil

1.2.1 Conceito

A palavra responsabilidade, segundo o dicionário de língua portuguesa de Silveira Bueno, significa *“obrigação de responder pelos seus atos ou pelos de*

³ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 209.

⁴ *Apud* Ibidem.

*outrem*⁵, neste sentido, o termo jurídico “responsabilidade civil”, é bastante autoexplicativo, referindo-se a obrigação de responder pelos seus atos ou de outrem praticados no âmbito civil, ou seja, nas relações particulares entre indivíduos de uma sociedade.

Neste sentido, vale trazer a baila o ensinamento do mestre Sergio Cavalieri Filho, o qual transcreve-se abaixo com o fim de evitar tautologia, *in verbis*:

Em seu entendimento etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõem um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.⁶

Também é imperioso o ensinamento de Maria Helena Diniz, no qual percebe-se além do caráter obrigacional, também a noção de culpa, sendo esta um dos pressupostos do dever de indenizar, conforme se verifica no trecho abaixo transcrito.

[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.⁷

Extrai-se dos trechos acima colacionados, portanto, que a responsabilidade civil nada mais é do que uma obrigação imposta pelo Estado a um indivíduo que violou uma norma, gerando dano a terceiro, ficando este obrigado a reparar o dano que causou.

1.2.2 A evolução da responsabilidade civil: o desenvolvimento da tutela dos interesses imateriais da pessoa

⁵ BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 2000.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 02.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v 7. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

A necessidade de reparação dos danos causados a terceiros surge a partir do momento em que o homem passa a viver em sociedade, o que fica bem evidenciado pela teoria do contrato social defendida por Jean-Jacques Rousseau⁸, segundo a qual, em breve síntese, o homem, a fim de obter vantagens de ordem social, passa ao Estado o direito de regular seus deveres e obrigações. Desta maneira, ao fazer parte desta sociedade, o homem passa a ter como limite de seus direitos os direitos dos outros e, por qualquer violação a estes da qual decorra danos, deve o primeiro responder.

Outrossim, conforme esclarece Pamplona Filho Gagliano⁹, a responsabilidade civil tem origem, como instituto, no Direito Romano, calcada na concepção de vingança pessoal. Entretanto, como já referido, é possível visualizar o surgimento da noção de reparação muito antes do surgimento do primeiro *códex* Romano, pois se identifica esta ideia de reparação por dano praticado a terceiro nas mais remotas normas de que se tem conhecimento, reparação esta que poderia ser em dor física, favores, valor pecuniário, entre outros, como será analisado abaixo em item referente ao histórico do dano moral.

Assim, percebe-se que a ideia da reparação do dano que um indivíduo gerou a outro, na prática de ato ilícito, sempre esteve presente nas mais diversas e remotas sociedades, entretanto, a ideia de dano foi esculpindo-se com o tempo, sofrendo forte influência das características sociais, culturais e econômicas vivenciadas pelo ser humano.

Neste sentido, inicialmente reconhecia-se como reparáveis tão somente os danos físicos e patrimoniais sofridos por uma pessoa, ou seja, aqueles danos de fácil evidência.

Entretanto, nos últimos três séculos, o instituto da responsabilidade civil passou a enfrentar uma verdadeira expansão, a partir das mudanças sociais e econômicas ocorridas com a Revolução Industrial e, principalmente, a partir das mudanças culturais ocorridas após da Segunda Guerra Mundial, quando se passou a valorizar a necessidade da proteção da pessoa humana.

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Versão para e-books. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Moes. 2002.

⁹ *Apud* SANTOS. Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil**: origem e pressupostos gerais. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875> Acesso em: 30 outubro. 2013.

Diante disto, observou-se uma abrupta evolução no instituto ora estudado, pois se passou a discutir a possibilidade da indenização pelos danos ocasionados também ao conjunto de bens imateriais da pessoa humana, ou seja, a aquilo que diz respeito a sua pessoa, mas que não interfere no seu patrimônio material/econômico de forma direta, como por exemplo, a sua honra, imagem, saúde psicológica, etc.

Ora, conforme argumenta Flaviana Rampazzo Soares, nada mais justo do que a tutela do direito também para os bens imateriais, afinal, sendo a pessoa humana a razão de existir do próprio direito, está justificada a análise de toda e qualquer repercussão que uma lesão acarreta, diretamente, na pessoa¹⁰.

Neste sentido, válido o ensinamento de Christino Almeida do Valle:

A dor, física ou moral, é uma só: é a dor! (...) Como a fisiologia e a psicologia não diferenciam a dor, somente pode haver diferença na sua causalidade. Logo, dor física e dor moral ficam igualadas, não obstante a dor física impedir o labor manual, algumas vezes, mas o acabrunhamento ou a prostração moral também impede a execução dos serviços, sejam físicos ou intelectuais.¹¹

Concomitantemente as mudanças ocorridas no mundo, pode-se dizer que no Brasil a grande expansão do instituto da responsabilidade civil também foi fortemente influenciada pelas experiências de regimes ditatoriais, com a promulgação da Constituição Federal, a qual teve como tema central a proteção da pessoa humana, passando a reconhecer a tutela da reparação dos bens imateriais da pessoa humana de forma ampla.

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (art. 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (art. 5º, V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação.¹²

¹⁰ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 23.

¹¹ *Apud* RAMOS, Augusto Cesar. **Dano moral**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/664>>. Acesso em: 24 outubro. 2013.

¹² SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

Assim, a Constituição Federal de 1988 encerrou a discussão acerca da possibilidade ou não de reparação por danos extrapatrimoniais, assim como abriu caminho para a ampliação da proteção destes direitos, fazendo surgir novos interesses passíveis de reparação.

Esta ampliação foi tamanha que hoje, 25 anos após a promulgação da carta magna, em razão da subjetividade deste patrimônio imaterial, ainda desconhece-se todas as possibilidades de danos sofríveis por uma pessoa.

1.2.3 A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro

Como demonstrado no tópico 1.1, a Constituição Federal resguarda direitos os quais, se violados, são passíveis de causar dano aos indivíduos da sociedade, isolada ou coletivamente. Entretanto, a Carta Magna não se limitou a proteger tais direitos, apresentando dispositivos referentes à responsabilidade civil já no próprio texto constitucional, como pode-se observar no art. 5º, X, da Constituição Federal, o qual assegura o direito à indenização por dano material ou imaterial, nos seguintes termos:

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:

[...]

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.¹³

Outrossim, o instituto da responsabilidade civil está amplamente disciplinada no Título IX, Livro I da Parte Especial do Código Civil, entre seus artigos 927 e 954, os quais tratam “da obrigação de indenizar” e “da indenização”.

Neste diploma civil, vale fazer referência aos principais artigos ensejadores do dever de indenizar, quais sejam, o art. 186 combinando com o art. 927, *in verbis*:

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 outubro. 2013

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.

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.¹⁴

Entretanto, devido à importância e à abrangência do instituto, também se encontra disciplinado em outros diplomas legais, como, por exemplo, no art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”¹⁵

Ademais, além dos diplomas citados, a responsabilidade civil encontra-se presente em diversas outras normas, como no direito do trabalho, no direito eleitoral e leis esparsas. Portanto, as menções aqui realizadas não possuem o condão de limitar a análise do instituto, mas tão somente trazer à tona os principais dispositivos pertinentes ao desenvolvimento da pesquisa aqui proposta.

1.2.4 Pressupostos do dever de indenizar

Tendo em vista a caracterização da responsabilidade civil por danos morais, já sabendo-se da tutela constitucional e infraconstitucional dos direitos da personalidade, importante então estabelecer os pressupostos ensejadores do dever de indenizar.

Desta maneira, observa-se, a partir do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil¹⁶, que a reparação civil tem como pressupostos mínimos: (a) um ato, praticado pelo ofensor; (b) um dano, sofrido pela vítima; e (c) o nexo causal entre o

¹⁴ BRASIL. **Lei 10.406**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 outubro. 2013

¹⁵ BRASIL. **Lei 8.078**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 05 outubro. 2013.

¹⁶ Assevera o parágrafo único do artigo 927 do Código civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

ato praticado e o dano sofrido. Estes pressupostos caracterizam a responsabilidade objetiva do agente.

Ademais, do também referido art. 186 do Código Civil¹⁷, extrai-se que a reparação civil tem como pressupostos: (a) um ato, praticado pelo agente ofensor, (b) um dano, sofrido pela vítima, (c) o nexos causal entre o ato praticado e o dano sofrido e (d) a existência de culpa ou dolo no ato do agente ofensor. Estes pressupostos caracterizam a responsabilidade subjetiva do agente.

Desta maneira, vê-se que a responsabilidade civil divide-se em duas teorias, a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva, tendo como único elemento diferenciador o elemento culpa (*lato sensu*).

A responsabilidade subjetiva é adotada como regra geral pelo Código Civil, a qual depende, além dos elementos mínimos, acima mencionados, também do elemento culpa (*lato sensu*). A culpa *lato sensu* deve aqui ser entendida como aquele decorrente de ato negligente ou imprudente (*culpa strictu sensu*), mas também o dolo, que é a vontade do agente em produzir determinado efeito.

Assim leciona Sergio Cavalieri Filho:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

O código Civil de 2002, em seu art. 186 (art.159 do código civil de 1915), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra culpa esta sendo aqui empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo.¹⁸

Já a responsabilidade objetiva depende unicamente dos requisitos mínimos já referidos, sendo adotada em situações especiais como, por exemplo, no caso do art. 37 §6º da CF e como regra do Código de defesa do Consumidor. Tal é o entendimento de Rui Stoco:

A necessidade de maior proteção a vitima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão.

¹⁷ Aduz o art. 186 do CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável.¹⁹

Entre os elementos, destaca-se a necessidade de caracterizá-los, como posto abaixo.

Nesta senda, pode-se classificar o elemento *conduta do agente* como um ato humano, voluntário, que pode ser comissivo ou omissivo, comportamento o qual produz um efeito danoso em terceiro e por isso é o fato gerador do dever de indenizar.²⁰

Diz-se ato humano voluntário, pois se excluem-se assim as hipóteses de caso fortuito ou força maior, conforme argumenta Carlos Roberto Gonçalves:

A exigência de um fato “voluntário” na base do dano exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou um demente. Essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem. Fato voluntário equivale a fato controlável ou dominável pela vontade do homem.²¹

Quanto ao elemento *dano*, pode ser conceituado como uma violação a direito que venha a causar um prejuízo no patrimônio material ou imaterial de terceiro. Portanto, decorre de um ato ilícito e é elemento imprescindível para o surgimento do dever de reparar.

Em sentido lato, o termo dano (do latim, *damnum*) significa todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, quer em razão da existência de um vínculo contratual, ou extracontratual (fora do contrato).²²

Neste mesmo sentido é importante o ensinamento de Maria Berenice Dias:

Diante de tais considerações, pode-se constatar que o dano é tido como a intervenção de um ente na esfera jurídica de outrem, vindo a provocar

¹⁹ Apud SANTOS. Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil**: origem e pressupostos gerais

Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875> Acesso em: 30 outubro. 2013

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Saraiva. 2003. p. 62.

²² Apud DELGADO, Rodrigo Mendes. **O Valor do Dano Moral** – Como chegar até ele. 3ª ed., São Paulo: Editora JH Mizuno, 2011, p. 108.

lesões. Referidas lesões manifestam-se no patrimônio do indivíduo, seja material, moral ou psíquico, mas sempre gerando repercussões negativas.²³

Outrossim, o elemento *nexo de causalidade*, assim como o dano, é essencial para a configuração de qualquer espécie de responsabilidade (objetiva ou subjetiva), pois representa uma relação entre uma conduta e um dano, ou seja, trata-se da identificação de que determinado comportamento humano foi o fato gerador de um dano ao patrimônio (material ou imaterial) de outrem.

O conceito de nexo não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente.²⁴

Por último, o elemento *culpa*, deve ser entendido como a não intencionalidade da consequência da conduta humana causadora do dano, sendo este resultado de negligência²⁵, imprudência²⁶ ou imperícia²⁷ do agente ofensor.

A culpa é elemento essencial para a caracterização da responsabilidade subjetiva, a qual incidirá em diversos casos de violação a danos imateriais, vez que trata-se de regra do código civil, e ainda, poderá incidir diretamente na valorização do *quantum indenizatório*.

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através da imprudência: comportamento açoitado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo; negligência: quando o agente se omite, deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo; e imperícia: a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano.²⁸

²³ LARRATEA, Roberta Vieira. Diversidade sexual e direito homoafetivo / coordenação Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 335.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 47.

²⁵ Negligência caracteriza-se pela inação, inércia ou passividade do agente, podendo também ser entendida como a ausência de reflexão necessária.

²⁶ Imprudência deve ser entendida como um comportamento sem precaução, precipitado, imponderado.

²⁷ Imperícia é a falta de habilidade, experiência ou destreza para a realização de uma atividade específica.

²⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132.

Desta forma, mesmo que de maneira sucinta, foram devidamente expostos os elementos ensejadores das duas espécies de responsabilidade civil existentes no ordenamento pátrio, quais sejam, a objetiva e a subjetiva.

1.2.5 A evolução do subjetivo liberal ao objetivo social

No mesmo sentido da evolução da tutela dos interesses materiais, também houve a necessidade de promover a evolução das teorias utilizadas pela responsabilidade civil, para acompanhar a necessidade emergente das mudanças culturais, sociais e econômicas, assim como de promover a efetivação das mudanças de paradigmas promovidos pelas novas legislações que passaram a visar a reparação por todo e qualquer dano.

Desta forma, cumpre distinguir aqui a Teoria da Responsabilidade Subjetiva da Teoria da Responsabilidade Objetiva, as quais diferem, em síntese, pela necessidade ou não da comprovação da culpa do agente causador do dano.

A Teoria da Responsabilidade Subjetiva, a qual foi adotada pelo atual Código Civil brasileiro como regra geral da responsabilidade civil, passou a ser abraçada a partir do século XVIII, com a Revolução Industrial, para satisfazer os interesses da classe então dominante, conforme menciona Salomão Resedá, *in verbis*:

É evidente que essa forma de pensar apresentou-se como um escudo bastante eficiente para a indústria que, a partir do século XVIII, iniciava uma revolução nunca antes vista. Era necessário que os detentores do capital tivessem a liberdade para atuar de tal maneira que sua produção se desenvolvesse linearmente e sem nenhum impedimento. As mudanças estavam a postos, mas tornava-se fundamental blindar todo esse crescimento.²⁹

Para tal teoria, o dever de indenizar nasce a partir do cumprimento de quatro pressupostos necessários, quais sejam: um ato (ação ou omissão), o dano, o nexo causal entre o ato e o dano e a culpa *lato sensu* (dolo ou culpa) do agente causador do dano. Ou seja, caracteriza-se pela necessidade da comprovação da culpa do ofensor.

²⁹ RESEDÁ, Salomão, **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 53.

Entretanto, com as mudanças sociais ocorridas desde a Revolução Industrial, e no Brasil, principalmente após as experiências de governos ditatoriais, a responsabilidade subjetiva passou a ser insuficiente para sanar os novos anseios sociais.

Neste sentido, colaciona-se o ensinamento de Arnold Wald

De modo gradual, admitiu-se um direito à segurança por parte da vítima da lesão de direito, abrangendo tanto a integridade física da pessoa como a intangibilidade dos seus bens. Assim, quando o direito à segurança sofria uma lesão surgia uma responsabilidade por parte do autor do dano. A doutrina explicou que houve um deslocamento do prisma pelo qual se examinava a responsabilidade civil. Abandonou-se, em alguns casos, a apreciação da conduta do autor do dano para garantir o direito à segurança de quem tinha sofrido a lesão.³⁰

A partir disso, vê-se que a necessidade social passou a alterar o entendimento acerca da obrigação de indenizar por dano causado a outrem, abrindo mão da exclusividade da necessidade de comprovação do elemento culpa e passando a existir o dever de indenizar, em alguns casos, unicamente pela existência do dano.

Assim, nasce a Teoria da responsabilidade Objetiva, a qual foi adotada pela Constituição Federal como regra para a responsabilidade do Estado perante danos causados a terceiros. Também foi prevista no Código Civil em situações especiais, além de ter sido adotada como regra no Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido:

A responsabilidade civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais, e no prodigioso avanço tecnológico, que impulsiona o progresso material, gerador de utilidades e de enormes perigos à integridade da pessoa humana.³¹

Para tal teoria, o dever de indenizar nasce com a própria existência do dano; sendo assim, os requisitos ensejadores da obrigação de reparar são: o ato (ação ou omissão), o dano e o nexo causal entre ato e o dano.

³⁰ Apud RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. Salvador, 2008.

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil**. 21 ed. vol 7. São Paul: Saraiva, 2007, p, 7.

Observa-se, desse modo, que diferentemente da responsabilidade subjetiva, a responsabilidade civil objetiva não tem a culpa como um fator preponderante, atendendo desta maneira, ao anseio social e à tendência da responsabilidade civil atual que é de não deixar qualquer vítima de ato ilícito sem a contraprestação a que tem direito.

Entretanto, deve-se atentar-se para o fato de que, muito embora tenha a responsabilidade objetiva surgido com muita força, vez que mais adequada aos anseios sociais atuais, protegendo o indivíduo lesado de forma mais ampla, ainda não substituiu a responsabilidade subjetiva, a qual permanece sendo a regra do instituto da responsabilidade civil. Em outras palavras, assevera Carlos Roberto Gonçalves, “a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites”³².

1.2.6 A função das indenizações na responsabilidade civil

Uma vez conceituada, contextualizada e apresentados seus pressupostos, conclui-se facilmente que o objetivo da responsabilidade civil é que a vítima tenha reparado o seu patrimônio, o que ocorre por meio da imposição ao ofensor de uma obrigação de reparar o dano causado.

Neste sentido, vejamos o ensinamento de Sergio Cavalieri filho:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no statu quo ante. Impera neste campo o principio da restitutio in integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in Daños, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.³³

Tal entendimento demonstra uma análise tradicional do instituto ora em estudo, coadunando-se com o texto do art. 927 do Código Civil, o qual estabelece

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24.

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 13.

que aquele que causar dano a outrem, por ato ilícito, “fica obrigado a repará-lo”. Note-se a utilização do termo “repará-lo”.

Esta função eminentemente reparatória resulta de décadas de um ordenamento que tutelava tão somente indenizações por lesões a patrimônios materiais, os quais permitem facilmente a restituição do dano, feito em pecúnia.

Entretanto, seria a única função da responsabilidade civil tão somente assegurar a reparação do dano?

A resposta para este questionamento está longe de ser um consenso doutrinário e jurisprudencial, dividindo os posicionamentos mais tradicionais dos posicionamentos inovadores.

Com a evolução dos direitos da personalidade a necessidade de tutelar direitos nos quais, pela sua subjetividade, verifica-se a impossibilidade da *restitution in integrum*, vez que não há um dano econômico à vítima, não havendo como quantificar o dano sofrido. Assim, a clássica função reparatória perde sua eficácia, vez que há impossibilidade de reparar o dano integralmente, motivo que levou a doutrina a buscar soluções no direito alienígena, como se verificará no capítulo seguinte (Capítulo 3).

1.2.7 Formas de indenização possíveis na responsabilidade civil

A responsabilidade civil admite duas únicas formas de reparação do dano, sendo elas: “*In natura*” e pecuniária.

A reparação *in natura* ocorre através da reposição de exatamente equivalente a aquilo que foi danificado, como no caso de um muro quebrado, dá-se com a reconstrução deste muro, deixando-o idêntico a como se encontrava antes do dano. Segundo o ensinamento do professor Pontes de Miranda, quando possível a aplicação desta forma de reparação, ela deve ser a escolhida, por representar menor ônus às partes.³⁴

Entretanto, em algumas situações, pela impossibilidade de obter-se objeto idêntico ou pela natureza do dano, torna-se impossível a reparação *in natura*, como

³⁴ *Apud* DELGADO, Rodrigo Mendes. **O Valor do Dano Moral** – Como chegar até ele. 3ª ed., São Paulo: Editora JH Mizuno, 2011. p. 482.

no caso de quadro de arte único ou ainda nos danos à personalidade humana. Nestes casos, a indenização ocorrerá através do pagamento em valor econômico correspondente ao dano sofrido, é a reparação pecuniária.

Assim, a escolha da forma a ser aplicada dependerá de cada caso concreto, de acordo com a natureza do dano, sempre utilizando-se da forma que melhor o satisfazer.

1.2.8 Responsabilidade Civil vs. Responsabilidade Penal

Ante o exposto até este momento, restaram devidamente abordados os aspectos referentes à responsabilidade civil no ordenamento pátrio. Entretanto, nosso sistema legal aborda três esferas possíveis de responsabilização, quais sejam, a responsabilidade civil, a responsabilidade penal e ainda a responsabilidade administrativa, sendo necessário trazer a baila a diferenciação entre as duas primeiras, a fim de complementar o estudo da função da responsabilidade civil.

Ademais, conforme demonstrado na evolução da responsabilidade civil, resta evidente que, nas sociedades primitivas, o direito era apenas um, afinal, apenas tinha o condão de nortear as relações humanas, ainda não constituindo uma ciência jurídica. Portanto, a responsabilidade também não se diferenciava em civil e penal, misturando elementos das duas esferas.

Neste sentido, é sabido que a noção de diferenciação entre os ramos do direito deu-se a partir do Direito Romano, dividindo-se entre direito público, do qual faz parte a esfera penal, e direito privado, o qual engloba a esfera civil.

Como consequência disso, temos hoje uma clara distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, cabendo a elas funções distintas.

Na esfera civil, como já vimos, a responsabilidade tem como objetivo a tutela dos interesses individuais, assumindo uma função predominantemente reparatória.

Já na esfera penal, a responsabilidade tem como objetivo a tutela dos direitos e interesses da sociedade, o que o faz através da punição do agente que vir a causar um dano considerado de importância social, portanto, tem como característica predominante a punição.

Neste sentido, válido transcrever a seguinte conclusão:

É inegável que, tanto na responsabilidade civil quanto na penal, a sanção imposta tem uma dupla função, a de punir e de reparar. Sabemos que o campo do direito civil não se confunde com o campo do direito penal, pois seus limites e campos de influência estão bem delineados no ordenamento jurídico, no entanto forçoso é que reconheçamos que, em matéria de responsabilidade, nunca estes campos estiveram tão próximos. A diferença é que, na esfera civil, a sanção tende a reparar o particular, este é o lesado direto, não obstante o fato de que um dano afeta toda a coletividade. Mas esta é atingida apenas de forma mediata. Já na esfera da responsabilidade penal, a vítima imediata é a coletividade, e a função é punitiva, sendo um desestímulo a que o agente venha a causar novo dano.³⁵

Ademais, muito embora estas duas esferas do direito não possam ser confundidas, vez que em muito divergem, “não se deve concluir que tais classificações encontram-se separadas e hermeticamente isoladas uma das outras”³⁶. Afinal, haverá situações em que incidirá apenas uma delas, assim como haverá casos em que ambas poderão incidir concomitantemente, já que possuem funções e objetivos distintos.

³⁵ DELGADO, Rodrigo Mendes. **O Valor do Dano Moral** – Como chegar até ele. 3ª ed., São Paulo: Editora JH Mizuno, 2011, p. 108.

³⁶ RESEDÁ, Salomão, **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 40.

2 O DANO MORAL E A TEORIA DO DESESTÍMULO

Após verificar aspectos essenciais da responsabilidade civil e dos direitos da personalidade, assim como identificar como estão organizados em nosso sistema jurídico, necessário agora analisar especificamente os danos a bens imateriais, assim como a forma de indenização destes segundo o nosso ordenamento.

Desta forma, no presente capítulo serão analisados os danos causados aos direitos da personalidade da pessoa humana, assim como a sua reparação e a aplicação da Teoria do Desestímulo, a natureza, os objetivos e as características desta teoria, da forma como esta sendo adaptada pelos doutrinadores e tribunais, para posteriormente concluir se é possível a aplicação desta à responsabilidade civil brasileira.

2.1 Do dano moral

2.1.1 Contextualização Histórica

Deve-se observar que as peculiaridades do instituto da responsabilidade civil decorrem da herança histórico-cultural que incide em cada sociedade, vez que terá como foco os bens tutelados pelo ordenamento jurídico de cada uma delas, tidos como relevantes.

Desta maneira, para melhor compreensão do assunto, faz-se necessário uma contextualização histórica combinada com uma análise contemporânea do dano moral na sociedade brasileira.

Neste sentido, as mais remotas previsões do que hodiernamente entendemos por dano moral apontam para a Idade Antiga, sendo identificado pela doutrina no Código de Ur-Nammur³⁷ (aproximadamente 2040 a.C.), no Código de Hamurabi³⁸

³⁷ O Código de Ur-Nammur é o mais antigo códigos que conhecemos atualmente, datando de aproximadamente 2040 a.C., representa a compilação das leis do direito sumério.

³⁸ O Código de Hamurabi é o mais conhecido dos códigos antigos, datando de aproximadamente 1700 a.C, representa um conjunto de leis escritas da região da Mesopotâmia.

(aproximadamente 1700 a.C.) e no Código de Manu³⁹ (aproximadamente 1500 a.C.). O que esses códigos têm em comum é a previsão, mesmo que em hipóteses isoladas, da obrigação que aquele que causar lesão física, portanto, extrapatrimonial, a outrem, tem de indenizar o primeiro. Indenização esta que em regra, se dá pela lei de talião (“olho por olho, dente por dente”), mas que, mesmo nestas sociedades mais primitivas já prevê a possibilidade de indenização pecuniária, em valores estabelecidos na própria norma, possibilitando satisfazer o ofendido sem que precisasse trazer dor física ao ofensor.

Na idade Média, em especial no Direito Romano, destaca-se a incidência latente da possibilidade de reparação por danos morais. Ao falar em injúria, o códex Romano definia esta como um ato voluntário o qual possuía a característica de ser ofensivo à honra e à boa reputação do indivíduo, pouco importando se fosse verbal ou física tal agressão. Assim, identifica-se a partir deste ordenamento os primeiros indícios da existência de noções do dano moral como o conhecemos hoje.

Já na Idade Moderna, fortemente influenciados pelo ordenamento romano, pela revolução francesa e pela revolução industrial, há, nos países europeus, uma valorização do aspecto material e dos direitos individuais do ser humano, estando o dano moral presente nas normas das grandes nações, como França, Alemanha, Itália, Espanha, Holanda, Portugal.

No Direito Anglo-Americano, observa-se, pelo seu sistema da *common-law*, uma evolução do sistema da responsabilidade civil por danos morais a partir das análises das decisões já proferidas, que servem como base para as decisões subsequentes, de casos análogos. Em terra americana, o dano moral vem sendo reconhecido há séculos pelos tribunais, tendo como marco inicial o caso “*Hyde vs. Seyssor*”, julgado em 1619. Ademais, o sistema Anglo-americano tem como grande peculiaridade a fixação de verba indenizatória exorbitante, como método para efetivar o carácter punitivo da indenização, como forma de desestímulo para que o ofensor não venha mais a violar direito alheio.

No Brasil, no que tange à responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, a doutrina costuma dividir em três fases sua evolução: a primeira fase corresponde a não aceitação da indenização por danos morais; a segunda fase aceita a

³⁹ O Código de Manu data de aproximadamente 1500 a.C., inscrito em sânscrito, constitui-se na legislação do mundo indiano, estabelecendo o sistema de castas na sociedade Hindu.

indenização, mas o dano precisa afetar também o patrimônio da vítima; a terceira fase pauta-se na plena aceitação da indenização por danos morais.

Desta forma, hoje o Brasil encontra-se na fase da plena aceitação da possibilidade de indenização por danos morais, instituto que ganhou força e *status* de norma constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pela sua característica de valoração do ser humano, e posteriormente incorporado no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor.

Vale, neste sentido, referir que na perspectiva das legislações anteriores à vigência da Constituição de 1988, já se encontravam artigos que demonstravam a existência de danos morais no ordenamento pátrio, assim, nas palavras de Yussef Said Cahali, “impende considerar que a Constituição de 1988 apenas elevou à condição de garantia dos direitos individuais a reparabilidade dos danos morais, pois esta já estava latente na sistemática legal anterior”⁴⁰.

Nesta linha, Maria Celina Bodin ensina que a Constituição Federal rompe com uma concepção histórica do ordenamento jurídico voltado tão são somente para o patrimônio material, transformando a integridade psicofísica da pessoa humana no aspecto nuclear do direito civil brasileiro⁴¹.

Assim, sendo um reflexo das mudanças culturais e sociais ocorridas durante as últimas quatro décadas, a Carta Magna de 1988 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana e tutelou os direitos da personalidade, conferindo sentido e suporte às indenizações por danos extrapatrimoniais.

2.1.2 Conceituação

Feita esta breve contextualização histórica do instituto, necessário então passar a caracterizá-lo, conforme o entendimento da doutrina e jurisprudência atual.

A verdade é que após anos de debate acerca da possibilidade ou não do dano moral ensejar indenização reparatória, a positivação deste dano no ordenamento brasileiro trouxe outro embate aos juristas pátrios, pois necessitava-se, assim, de uma conceituação do que viria a ser caracterizado como dano moral,

⁴⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

⁴¹ CONRADO, Marcelo (coord.). **Direito privado e constituição**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 126.

conceituação que exige acuidade, pois do seu conteúdo é que decorrerão as diversas hipóteses de ressarcibilidade.

Assim, para facilitar o entendimento, adota-se para fins didáticos, a divisão da vida humana em dois conjuntos, um formado por elementos materiais e o outro formado por elementos imateriais, sendo subconjunto destes últimos os bens tutelados pelos direitos da personalidade.

Entretanto, há que se fazer uma ressalva quanto à expressão “danos morais”, já que na prática esta tem sido adotada em sentido amplo, caracterizando qualquer dano a direitos da personalidade, quando na verdade devem ser entendidos os danos morais em sentido próprio como aqueles que afetam a honra e a reputação.

A respeito desta necessária diferenciação ensina Judith Martins Costa:

Em nossa opinião, mais conveniente seria acabar de vez com o uso da expressão “dano moral” em caráter genérico, como o faz a doutrina mais recente, para assentar o emprego da expressão “danos extrapatrimoniais” como indicativa do gênero do qual seriam espécies os “danos a personalidade” e os demais danos extrapatrimoniais antes assinalados, inclusive os danos morais em sentido próprio, isto é, os que atingem a honra e a reputação.⁴²

Assim, no entendimento do Ilustre professor Yussef Said Cahali dano moral deve ser entendido como:

[...] a privação ou diminuição daqueles bens que tem um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc) dano moral que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.) dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.), e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).⁴³

Ademais, também conceitua Robinson Bogue Mendes:

Os danos morais afetam a pessoa em sua dignidade subjetiva, ou seja, em sua esfera íntima, naquilo que pensa de si mesma e em sua dignidade objetiva, consistente na reputação que goza no meio social, e que são preciosos valores humanos, tutelados pelo Direito. Assim, na afronta injustificada a esses valores enseja reparação.⁴⁴

⁴² Apud CONRADO, Marcelo (coord.). **Direito privado e constituição**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 111.

⁴³ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.17.

⁴⁴ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar**: critérios de fixação do quantum. Campo Grande: UCDB, 2000, p. 18.

Ao confrontar tais conceitos, vê-se que, salvo algumas divergências, todos os doutrinadores definem o dano moral a partir do aspecto subjetivo do sentimento interior do indivíduo, frente a si ou perante a sociedade.

Desta maneira, frente a lições acima colacionadas, conclui-se por dano moral, todo aquele sofrido por uma pessoa atingindo o seu patrimônio íntimo, atingindo seus direitos da personalidade e sua dignidade enquanto pessoa humana, os quais não representam a perda de um valor pecuniário, mas merecem ser ressarcidos na sua qualidade de dano.

2.1.3 A quantificação do valor indenizatório

Embora relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento da proteção dos direitos imateriais pelo instituto da responsabilidade civil, no que tange aos danos a eles causados por violação, hoje tal entendimento está sedimentado.

Entretanto nossos legisladores foram omissos quanto aos critérios que devem ser aplicados na fixação do justo valor da indenização, este que será arbitrado pelo magistrado.

Ou seja, na ausência de critérios, deixou o legislador esta difícil tarefa ao livre arbítrio dos juízes.

Neste sentido, argumenta o professor Silvio Rodrigues:

Como já foi dito acima (supra nº 21), a óbvia impossibilidade de se estabelecer uma avaliação em dinheiro da dor experimentada pela vítima fez com que a maioria, senão a totalidade dos estudiosos, sustentasse que a indenização do dano moral seja confiada ao arbítrio do juiz. É a este que cabe, com moderação e prudência, fixar o montante de encargo imposto ao réu.⁴⁵

Realidade esta que, combinada com a dificuldade de se avaliar os efeitos causados, tendo em vista a natureza subjetiva do dano, gera o questionamento de quais deve o juiz utilizar-se para chegar ao *quantum* mais justo a cada caso concreto.

⁴⁵ *Apud* DELGADO, Rodrigo Mendes. **O Valor do Dano Moral** – Como chegar até ele. Teoria e Prática, Teoria do Valor do Desestímulo. 1ª ed., São Paulo: Editora JH Mizuno, 2003, p. 299.

Assim, restou aos magistrados a difícil tarefa de mensurar o grau do dano sofrido em cada caso, quantificando com prudência, atendendo aos princípios da razoabilidade da proporcionalidade⁴⁶.

Neste diapasão, na prática tem-se adotado alguns critérios que deve o julgador deve atender ao fixar o valor da indenização, conforme argumenta Jonas Ricardo Correia:

Atualmente, a jurisprudência tem observado os seguintes critérios ao arbitrar o *quantum* das indenizações por dano moral: a extensão do dano experimentado pela vítima, a repercussão do dano experimentado pela vítima, a repercussão do dano no meio social, a situação econômica da vítima e do agente causador do dano.⁴⁷

Esta prática tornou-se tão rotineira que estes critérios fazem parte do Projeto de Lei 169/200 proveniente da Câmara dos Deputados, o qual propõe a alteração do art. 953 do Código Civil, passando o parágrafo único a ter o seguinte texto:

Na fixação da indenização por danos morais, o juiz, a fim de evitar o enriquecimento indevido do demandante, levará em consideração a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa, a posição social ou política do ofendido, bem como o sofrimento por ele experimentado.⁴⁸

Destaca-se, assim, que se impõe a necessidade de o magistrado fixar o valor com base na proporcionalidade e razoabilidade, não podendo, portanto, a indenização causar um enriquecimento maior que o dano suportado.

Entretanto, embora os critérios apresentados apresentem um norte para a árdua função dos magistrados de estabelecer um valor aos danos morais, tais critérios não são suficientes, sendo o maior fator de influência do valor arbitrado a teoria adotada pelo magistrado em relação à função da indenização.

2.1.4 A função da indenização por danos morais

⁴⁶ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁷ CORREIA, Jonas Ricardo, **Dano moral indenizável**. 2ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2013, p. 44.

⁴⁸ FEIJÓ, Carmem. **A difícil tarefa de quantificar o dano moral**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/en/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2435319>. Acesso em: 30 outubro. 2013.

Tendo em mente o conceito de dano moral, torna-se necessário compreender qual a função da indenização gerada por estes danos. Afinal, por se tratar de um dano imaterial, de que forma ocorre esta indenização?

Primeiramente, deve-se entender que a indenização será realizada através de um valor pecuniário, pois dentro do sistema de responsabilidade civil esta é a única forma de indenizar, dentre as estudadas no tópico 1.2.6, que pode ser aplicada aos danos subjetivos.

Entretanto, surge então uma nova dúvida, pois como é possível recompor um patrimônio imaterial com o pagamento de um valor arbitrado pelo magistrado?

Nesta senda, válida a transcrição do ensinamento de Robinson Mendes:

Assim, a indenização pelos danos morais não se refere a uma recomposição em dinheiro, mas sim a uma compensação que propiciará lenitivos capazes de mitigar as sequelas da dor moral, adquiridos pela moeda, de maneira que, em nenhuma hipótese, estar-se-ia arbitrando um preço para a dor, ou se pagando em dinheiro os sentimentos humanos. O dinheiro é o instrumento de trocas. O que se faz na reparação dos danos morais é estabelecer uma satisfação adequada, tendo como parâmetros a lesão sofrida e os defeitos compensatórios (prazeres) que o dinheiro pode outorgar ao lesado e, por consequência, atenuar o sofrimento.⁴⁹

Em outras palavras, é necessário entender que a função da indenização por dano moral não é atribuir valor econômico a dor sofrida, o que seria evidentemente impossível, devido a sua natureza subjetiva, mas sim buscar amenizar o sofrimento gerado pelo ato ilícito, dando condições econômicas ao lesado de buscar meios adequados para a sua recuperação.

Entretanto, como se observou no item 1.2.5, a responsabilidade civil tradicionalmente cumpre com a função reparatória do dano, sendo norteadada pelo princípio da *restitutio in integrum*, ocorre que, sendo o dano moral impossível de ser integralmente reparado ou, de voltar ao *status quo ante*, então a função reparatória da responsabilidade civil se torna ineficiente.

Dada toda essa complexidade da personalidade humana, até mesmo ao mais sábio e experiente dos psicanalistas, psicólogos ou psiquiatras, seria utópica a pretensão de se querer dar ao lesado, o pronto e cabal restabelecimento de seu "*status quo ante*" (mesmo estado anterior). Uma vez produzido o dano moral, suas consequências imediatamente, e de forma violenta, se espalham por toda a superfície pessoal, familiar e social da vítima.

⁴⁹ MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar**: critérios de fixação do quantum. Campo Grande: UCDB, 2000, p. 29.

A ferida pode se curar, mas, as cicatrizes permanecerão “*ad eternum*” na vida social, afetiva e psíquica da pessoa.⁵⁰

Esta, por muito tempo, foi admitida pela doutrina como a única função da responsabilidade civil, já que este instituto tratava apenas de indenizações aos danos materiais, nos quais arbitrar-se valores é trabalho facilmente produzível, posto que de fácil liquidação e reposição, uma vez que sendo lesões a bens patrimoniais, estes possuem carga valorativa identificável.

Essa linguagem patrimonialística do direito se justifica em razão da vida essencialmente materialista dos povos antigos, bem como a pouca disseminação dos valores culturais e espirituais – a despeito da forte influência da filosofia cristã.⁵¹

Por este motivo, alguns doutrinadores afirmam ser impossível a aplicação do caráter reparatório às indenizações por danos morais, já que não haverá qualquer reparação, mas tão somente uma compensação ou satisfação, defendendo assim a aplicação da função compensatória.

[...] os defensores deste posicionamento asseguram que o valor encontrado em razão da agressão imaterial deve ser mensurado buscando a estrita compensação pelo autor do dano dos prejuízos por ele causados ao ofendido.

[...]

Diferentemente do prejuízo material, a indenização decorrente da lesão imaterial não busca alcançar a equivalência com o dano sofrido, mas sim compensar ou buscar a satisfação do ofendido. Diante da incurabilidade da agressão moral, o valor em dinheiro pago ao ofendido, serviria, como já explicado, apenas para conceder-lhe alguns benefícios, que, indiretamente, poderiam amenizar o sofrimento.⁵²

Atualmente, indiscutível é a função precipuamente compensatória das indenizações por danos morais, sendo pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Entretanto, para alguns doutrinadores, a prática demonstra que o caráter meramente compensatório não tem atendido ao fim desejado pela Carta Magna, deixando de corresponder aos anseios sociais.

⁵⁰ DELGADO, Rodrigo Mendes. **O Valor do Dano Moral** – Como chegar até ele. 3ª ed., São Paulo: Editora JH Mizuno, 2011. p. 483.

⁵¹ CONRADO, Marcelo (coord.). **Direito privado e constituição**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 110

⁵² RESEDÁ, Salomão, **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 184.

Seja, por exemplo, no direito do consumidor, seja no âmbito trabalhista, seja até mesmo nas relações familiares, é possível encontrar agressões rotineiras à direitos da personalidade as quais demonstram que a condenação em valores meramente satisfatórios – como deseja o STJ, por exemplo – não consegue estancar a repetição de práticas idênticas. Enquanto isso, os mais prejudicados são os ofendidos que, diante da determinação judicial, veem, com frequência, o sujeito ativo não demonstrar nenhuma preocupação em decorrência do valor contra ele aplicado.⁵³

Assim, uma minoria da doutrina passa a argumentar pela necessidade de uma punição ao agente ofensor, defendendo, para tanto, a incidência de uma função puramente sancionadora, que desestimularia o ofensor a reincidir no mesmo ato ilícito.

Apesar de atualmente não possuir grande repercussão doutrinária, a corrente que defende a função tipicamente sancionadora do dano moral data de épocas não muito longínquas. Georges Ripert foi um dos simpatizadores mais ativos desse raciocínio. Para ele, não seria possível falar em reparação para o agravo imaterial, mas sim em uma pena civil que serviria para reprimir exemplarmente a atitude escolhida pelo ofensor.⁵⁴

Embora esta função puramente sancionadora tenha prontamente sido desbancada, pois evidentemente inconstitucional vez que fere o inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal⁵⁵, deu margem para o surgimento de uma nova teoria, de caráter misto, que defende que “pelos olhos da vítima, a indenização deve figurar como satisfatória, enquanto para o ofensor deve ser apresentado o seu aspecto sancionatório”⁵⁶.

Argumenta Humberto Theodoro Júnior:

O mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio é irreversível. A reparação, destarte, assume o feito apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral. Atribui-se um valor à reparação, com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência do agente na prática de tal ofensa, mas não como eliminação mesmo do dano moral.⁵⁷

Por conseguinte, tais doutrinadores buscaram no direito alienígena meios para inserir no ordenamento pátrio o caráter punitivo da indenização por danos

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ RESEDÁ, Salomão, **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 182.

⁵⁵ O inciso XXXIX do artigo 5º da CF define que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁵⁶ RESEDÁ, Salomão. Op. Cit., p. 185.

⁵⁷ Apud CONRADO, Marcelo (coord.). **Direito privado e constituição**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 131.

morais, apontando como solução a “*punitive damage*”, teoria norte americana que, embora longe de ser um consenso, tem servido de base para a aplicação do caráter misto punitivo-pedagógico pelos tribunais brasileiros.

2.2 Noções sobre a Teoria do Desestímulo

2.2.1 Origem e Conceito

A Teoria do Desestímulo é uma adaptação brasileira do instituto norte-americano chamado de *punitive damage* ou, danos punitivos, em tradução livre.

Tal teoria tem, no direito norte americano, o condão de punir severamente o agente causador de um dano a outrem, com o intuito de desestimular os demais cidadãos a praticar conduta semelhante.

Portanto, observa-se no instituto norte-americano evidente função punitivo-pedagógica.

Os danos punitivos dos EUA não se referem à indenização devida em função dos danos materiais sofridos. Os danos punitivos, também chamados de “danos exemplares” ou “danos vingativos” (*exemplar or vindictive damages*), não são estipulados para ressarcir/compensar um dano. Tal ressarcimento/compensação cabe aos chamados danos compensatórios que, nos EUA compreendem os chamados “danos econômicos” e os “danos não econômicos”, que, no Brasil, têm como correspondentes, os danos materiais e os danos morais, respectivamente.⁵⁸

Ademais, a *punitive damage* fornece aos tribunais norte-americanos a possibilidade de fixar valores punitivos milionários, como é a prática usual naquele Estado.

Outrossim, foi incorporada por parte da doutrina pátria, tendo como um de seus principais defensores o professor Carlos Alberto Bittar, com o intuito principal de aplicar o caráter punitivo-pedagógico às indenizações brasileiras.

Segundo o conceito de Diogo Lessa Clemente De Lima:

⁵⁸ *Apud* DELGADO, Rodrigo Mendes. **O Valor do Dano Moral** – Como chegar até ele. Teoria e Prática, Teoria do Valor do Desestímulo. 1ª ed., São Paulo: Editora JH Mizuno, 2003, p. 299.

De maneira abrangente, podemos definir que a Teoria do Valor do Desestímulo é um instituto, onde devido ao cometimento de uma conduta lesiva, seja ela no âmbito do direito moral ou material, o lesante venha a ser ademais de responsável pelo ressarcimento ou compensação de sua conduta, terá de pagar ainda uma soma a ser arbitrada pelo magistrado a título de punição, para que esta sua conduta não venha a ser tornar repetitiva, servindo assim de exemplo a toda sociedade, para que a mesma também não venha a dar ensejo a mesma ou similar conduta.⁵⁹

De outra sorte, para os defensores desta teoria, sua aplicação deve ocorrer para que haja um dano maior ao patrimônio do lesante a fim de servir como um desestímulo ao cometimento de novas infrações. Nesta linha, vejamos o argumento de Carlos Alberto Bittar:

Adotada a reparação pecuniária – que, aliás é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americanos e inglês. É a da fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos punitive ou exemplary damages da jurisprudência daqueles países.

Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.⁶⁰

Muito embora o crescente número de adeptos a esta teoria, sua aplicação ainda é muito questionada, sendo uma verdadeira divisora de águas entre os defensores do caráter punitivo às indenizações e os mais pragmáticos, que a entendem como enriquecimento ilícito.

2.2.2 A quantificação do valor da indenização segundo a teoria do desestímulo

Conforme mencionado no já abordado item 1.1.3, o ordenamento jurídico brasileiro não define qualquer regra que sirva como parâmetro ou norte para missão

⁵⁹ LIMA, Diogo Lessa Clemente de. **Teoria do valor do desestímulo**.

Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1225>. Acesso em: 30 outubro. 2013.

⁶⁰ *Apud* DELGADO, Rodrigo Mendes. **O Valor do Dano Moral** – Como chegar até ele. Teoria e Prática, Teoria do Valor do Desestímulo. 1ª ed., São Paulo: Editora JH Mizuno, 2003, p. 248.

de quantificar o valor do dano moral, deixando esta a encargo e livre convencimento do magistrado.

Igualmente, como também já demonstrado, a pratica tem fixado alguns parâmetros que tem ajudado os magistrados nesta difícil tarefa e também servido para haver uma certa equidade entre danos de mesma natureza, sem prejuízo à peculiaridade de cada caso.

Neste interim, como vimos, tradicionalmente, a fixação do *quantum* indenizatório deve obedecer à função reparatória do dano moral, fixando assim, valor hábil a amenizar o sofrimento suportado pela vítima e ao mesmo tempo proporcional e razoável para não causar a esta um enriquecimento ilícito.

Ocorre que, para os adeptos da Teoria do Desestímulo, além do caráter compensatório, há a necessidade de incidir no *quantum* da condenação também o caráter punitivo-pedagógico. Assim, ao valor indenizatório correspondente a justo valor para amenizar o máximo possível o dano suportado pela vítima, deve ser acrescentado valor eficiente para causar um dano no patrimônio do ofensor, suficiente para servir como punição e também como exemplo aos demais indivíduos da sociedade, com o intuito de evitar novos fatos danosos semelhantes.

Entretanto, com a aplicação da teoria do desestímulo, o valor da indenização passa a ser muito superior ao valor suficiente a amenizar ao máximo (já que impossível voltar ao *status quo ante*) o dano suportado pela vítima, o que, para muitos doutrinadores caracteriza o enriquecimento ilícito, vedado em nosso sistema jurídico.

Encontrando-se aqui o maior óbice para a consolidação desta teoria em terra brasileira, que muito embora seja reconhecida por grande parte da doutrina, a aplicação, ou não, do caráter punitivo às indenizações por danos morais está longe de ser um consenso doutrinário e jurisprudencial.

2.2.3 Posicionamento doutrinário contrário

Conforme argumenta Rodrigo Mendes Delgado⁶¹, a teoria em questão apresenta duas razões de incompatibilidade, uma de ordem financeira e outra de ordem jurídica.

Quanto à incompatibilidade financeira, tal autor assevera que a realidade brasileira não condiz com a forma como esta teoria é adotada em seu país de origem, onde não raras vezes vê-se a aplicação de indenizações bilionárias⁶², o que no Brasil não poderia acontecer, pois levaria todos os condenados à falência.

Já quanto a incompatibilidade jurídica, o mesmo autor argumenta pela falta de previsibilidade legal do caráter punitivo, ou exemplar, levantando a hipótese de que a indenização com essas características viria a ferir a Carta Magna, conforme se observa do trecho abaixo colacionado:

Analiso, preliminarmente, a questão da incompatibilidade dessa teoria com o ordenamento jurídico de nosso país. Assim reza, de forma textual e muito lúcida, o inciso X, do art. 5º da CF/88, já citado acima, nestes termos: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação”. Portanto, o que o dispositivo constitucional permite é que se defira uma indenização, por danos morais ou materiais, podendo ser concedidos ambos, cumulativamente, pois, a Súmula nº 37 do Superior tribunal de Justiça (STJ) permite essa cumulação. Todavia, em momento algum, o permissivo constitucional menciona uma verba a ser concedida a título de danos punitivos, ou danos exemplares, porquanto isso feriria de forma brutal a Carta Republicana de 1988. No Brasil, essa teoria é, destarte, impraticável. Para sua implantação, seria necessário que se elaborasse uma nova Constituição. Caso contrário, qualquer pretensão nesse sentido, já nasce fadada à inconstitucionalidade, uma vez que não se coaduna com o sistema constitucional em vigor.⁶³

Continua:

As lesões que se verificam dentro do âmbito privado, envolvendo, geralmente, duas ou mais pessoas, devem ser resolvidas entre estas pessoas, no âmbito privado. Não há porque envolver toda a sociedade. Os interesses desta (sociedade) apenas são lesados, conjuntamente com os interesses particulares, no âmbito penal. Adotar a teoria em testilha seria criar um inaceitável sistema paralelo, que se situaria entre o âmbito civil e o penal; seria um sistema misto, um sistema civil-penal, um sistema eclético, inadmissível, e impraticável, dentro da técnica jurídica, pois, são ramos que possuem particularidades muito específicas, que os distinguem e os colocam em lados diametralmente opostos.⁶⁴

⁶¹ DELGADO, Rodrigo Mendes. **O Valor do Dano Moral** – Como chegar até ele. 3ª ed., São Paulo: Editora JH Mizuno, 2011

⁶² “No caso Grafer vs. Alfa technical Service Inc, nº 97-15003 da Corde Distrital de Los Angeles, a indenização pelos danos materiais e morais foi fixada em US\$ 250 mil e a indenização por danos punitivos chegou à casa do US\$ 1 bilhão”

⁶³ DELGADO, Rodrigo Mendes. **O Valor do Dano Moral** – Como chegar até ele. 3ª ed., São Paulo: Editora JH Mizuno, 2011

⁶⁴ *Apud Ibidem.* p. 248.

Assim, seguindo esta corrente, a aplicação de tal teoria acarretaria a degeneração do instituto da responsabilidade civil, vez que fugiria de sua finalidade precípua, vindo a confundir-se com o âmbito penal ao aplicar uma punição.

2.2.4 Posicionamento doutrinário favorável

A *contrario sensu*, os defensores da aplicação de tal teoria rebatem os argumentos de incompatibilidade financeira alegando que deve ser feita não uma simples incorporação do instituto norte americano no ordenamento brasileiro, mas sim uma adaptação deste às realidades brasileiras.

Não se há de repudiar a teoria do valor do desestímulo enquanto critério, pois o propósito de desestimular ou alertar o agente causador do mal com a objetiva imposição de uma sanção pecuniária não significa a exigência de que componha um valor absurdo, despropositado e superior às forças de quem paga; nem deve ultrapassar a própria capacidade de ganhar da vítima e, principalmente, a sua necessidade ou carência material, até porque, se nenhum prejuízo dessa ordem sofreu, o valor apenas irá compensar a dor, o sofrimento, a angústia etc. e não reparar a perda palpável, o ressarcimento dito material.⁶⁵

Ademais, quanto à alegada incompatibilidade jurídica, os defensores da teoria do desestímulo argumentam não haver no ordenamento pátrio nenhuma vedação a este caráter, vez que o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal⁶⁶ apenas utiliza o termo “indenização”, não fazendo menção alguma quanto ao caráter desta, devendo aquele, então ser entendido em seu sentido *lato*.

Já, quanto aos argumentos contrários à suposta incompatibilidade social, válido é o ensinamento de Salomão Resedá:

Sendo assim, a Teoria do Desestímulo desenha-se perante a doutrina brasileira como a opção mais viável para os anseios sociais atualmente existentes. A intensidade cada vez maior das interações entre as pessoas torna sensível a possibilidade de ferir direitos da personalidade alheios, o que suscita uma postura mais rigorosa por parte do Poder Judiciário do que

⁶⁵ STOCO, Rui. **RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL**, 4ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 761-762.

⁶⁶ O inciso X do art. 5º da CF define que “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”.

aquela adotada atualmente. Por sua vez, é evidente que antes de aplicar essa doutrina, necessário será ultrapassar as diversas barreiras construídas ao longo dos anos por aqueles que ainda resistem à sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.⁶⁷

Neste sentido, pode-se afirmar que o que buscam os defensores de tal teoria é a aplicação do caráter punitivo-pedagógico às indenizações por danos morais, entendimento o qual vem sendo adotado também pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme analisado a seguir.

2.2.5 A teoria do desestímulo no Superior Tribunal de Justiça

Na atualidade, não há dúvidas quanto à possibilidade do controle efetuado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o valor das indenizações por danos morais fixados em instâncias inferiores, desde que tais valores demonstrem-se manifestamente exagerados, irrisórios, ou ainda, contrariem o bom senso.

Todavia, tanto a Constituição e, em especial, o Código Civil de 2002 não balizaram critérios valorativos para a fixação do *quantum* indenizatório nos casos do dano moral. Uma grave e reconhecida omissão do legislador que trouxe sérias consequências nas valorações dos danos extrapatrimoniais em virtude do enorme descompasso existente entre os valores arbitrados pelas Cortes de Justiça no país, a ponto de o STJ elevar-se à Corte revisional em sede de Recurso Especial, dos valores de danos imateriais fixados pelos tribunais inferiores.⁶⁸

Assim, tornou-se necessário que este tribunal também adotasse critérios para promover a quantificação dos danos morais. Critérios estes que, na prática, observa-se serem deveras rígidos, vez que basta uma rápida análise jurisprudencial de um fato aleatório para constatar o tabelamento implícito existente neste tribunal acerca de casos análogos. Entretanto, embora válida esta análise, não é o objetivo deste trabalho.

Neste sentido, tendo o Superior Tribunal de Justiça a necessidade de adotar critérios para a quantificação do dano, acabou por reconhecer a característica

⁶⁷ RESEDÁ, Salomão, **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 265.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 135..

compensatória e também punitiva da indenização, esta última, aplicada através da teoria do desestímulo.

Veja-se os julgados abaixo, os quais comprovam este posicionamento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.236.833 - SP (2009/0187746-4)
 RELATOR : MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR AGRAVANTE :
 BANCO NOSSA CAIXA S/A ADVOGADO : ANTÔNIO CLÁUDIO ZEITUNI E
 OUTRO (S) AGRAVADO : DELMAR CORREA SOARES ADVOGADO :
 MARCUS VINICIUS BRAZ DE CAMARGO E OUTRO (S) INTERES. :
 ANTONIO EDUARDO ALTAVISTA ADVOGADO : HENRIQUE DE SOUZA
 MACHADO E OUTRO (S) DECISÃO Vistos. Trata-se de agravo de
 instrumento manifestado pelo Banco Nossa Caixa S/A contra decisão que
 não admitiu recurso especial, interposto com fundamento na alínea a do
 permissivo constitucional, no qual se aponta ofensa aos arts.16555 e4588,
 II, doCPCC, em questão exposta nesta ementa :**"DANOS MORAIS -
 DEVOLUÇÃO DE CHEQUE PRES (fl. 140) CRITO - MOTIVAÇÃO EM
 FALTA DE PROVISÃO DE FUNDOS - INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR
 NO CADASTRO DE INADIMPLENTES - VALOR DA INDENIZAÇÃO -
 APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESESTÍMULO, SEM IMPLICAR EM
 ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - Sentença de parcial procedência da ação -
 Indenização fixada no valor do cheque devolvido - Apelo do autor contra o
 valor da indenização - Dano moral configurado pelo abalo de crédito -
 Indenização que deve atender à teoria do desestímulo, sem implicar
 em enriquecimento ilícito - Valor majorado para 10 salários mínimos -
 Recurso provido."** O agravo não merece prosperar. Inicialmente anoto que
 os arti (dez) gos apontados como violados não foram objeto do julgado e
 nem foram alvo de embargos declaratórios para suprir eventual omissão.
 Incidem, pois, na espécie, as Súmulas n.282 e 356 do STF. Por outro lado,
 extrai-se das razões do recurso especial que o recorrente, a pretexto de
 negativa de vigência, pretende, na verdade, o reexame de provas, pois o
 julgado impugnado, ao reconhecer o dever do réu de indenizar o autor, o faz
 com base nos elementos fático-probatórios dos autos, o que atrai a
 incidência da Súmula n. 7 desta Corte. Ademais, o valor do dano moral
 fixado pelo acórdão não se mostra abusivo, e, em conseqüência, não
 merece a intervenção do STJ. Ante o exposto, nego provimento ao agravo.
 Publique-se. Brasília , 22 de abril de 2010. MINISTRO ALDIR
 PASSARINHO JUNIOR Relator (DF) (STJ - Ag: 1236833 , Relator: Ministro
 ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Publicação: DJe 30/04/2010)
 (grifou-se)⁶⁹

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS
 MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. ESPOSO E PAI
 DAS AUTORAS. IRRELEVÂNCIA DA IDADE OU ESTADO CIVIL DAS
 FILHAS DA VÍTIMA PARA FINS INDENIZATÓRIOS. LEGITIMIDADE
 ATIVA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO.
 POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO.
 MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA.
 DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO. 1. É presumível a
 ocorrência de dano moral aos filhos pelo falecimento de seus pais, sendo
 irrelevante, para fins de reparação pelo referido dano, a idade ou estado
 civil **dos** primeiros no momento em que ocorrido o evento danoso
 (Precedente: REsp n.º 330.288/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU

⁶⁹ BRASIL. STJ - Ag: 1236833 , Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Publicação: DJe 30/04/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9149322/ag-1236833>> Acesso em: 23 novembro. 2013

de 26/08/2002) 2. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade **do** dano moral, de um lado, uma expiação **do** culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. 3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação **do** valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, **devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.** 4. **Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.** 5. Assim, cabe a alteração **do** quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. 6. In casu, o tribunal a quo condenou os recorridos ao pagamento de indenização no valor de 10 salários mínimos a cada uma das litisconsortes, pela morte **do** pai e esposo das mesmas que foi vítima fatal de atropelamento pela imprudência de motorista que transitava em excesso de velocidade pelo acostamento de rodovia, o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente ínfimo. 7. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades **do** caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação **do** quantum indenizatório a título de danos morais, impõe-se a majoração da indenização total para o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que corresponde a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por autora. 8. Encontra-se sedimentada a orientação desta Turma no sentido de que inexigível a prova da realização de despesas de funeral, em razão, primeiramente, da certeza **do** fato **do** sepultamento; em segundo, pela insignificância no contexto da lide, quando limitada o mínimo previsto na legislação previdenciária; e, em terceiro, pelo relevo da verba e sua natureza social, de proteção à dignidade humana (Precedentes: REsp n.º 625.161/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 17/12/2007; e REsp n.º 95.367/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 03/02/1997) 9. Recurso especial provido.⁷⁰

Neste sentido também é o voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino proferido em decisão do Recurso Especial nº 1.331.628 - DF (2012/0135921-0):

Na fixação da indenização por dano moral, o magistrado deve avaliar e sopesar a dor do ofendido, proporcionado-lhe adequado conforto material como forma de atenuar o seu sofrimento, sem, contudo, deixar de atentar para as condições econômicas das partes. Correto, ainda, que a compensação pelo prejuízo não resulte em obtenção de vantagem indevida. Não pode, ademais, ser irrisória, posto que visa coibir a repetição de comportamento descompromissado. Ademais, **predomina a Teoria do Desestímulo, que tem como princípio a medida preventiva e de desestímulo a repetição de comportamento semelhante ao que gerou o constrangimento de ordem moral.**⁷¹

⁷⁰ BRASIL. STJ - REsp n.º 625.161/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 17/12/2007; e REsp n.º 95.367/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 03/02/1997). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ACIDENTE+DE+TR%C3%82NSITO+COM+V%C3%8DTIMA+FATAL%2C+ESPOSO+E+PAI+DOS+AUTORES>> Acesso em: 23 novembro 2013.

⁷¹ BRASIL. STJ - REsp: 1331628 DF 2012/0135921-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 05/09/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe

Ante o exposto, vê-se que o Superior Tribunal de Justiça acompanhou o entendimento majoritário da doutrina, aplicando a teoria do desestímulo em suas decisões, entretanto, acima de tudo, adota os critérios de razoabilidade e proporcionalidade para chegar a valor considerado justo, que atenda ao princípio constitucional da proporcionalidade e ao princípio civil da equivalência do ordenamento jurídico civil, atendendo ao brocardo “*suum cuique tribuere* – dar a cada um o que lhe é devido”⁷².

12/09/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24164558/recurso-especial-resp-1331628-df-2012-0135921-0-stj/relatorio-e-voto-24164560> Acesso em 23 de novembro. 2013.

⁷² CONRADO, Marcelo (coord.). **Direito privado e constituição**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 140.

3 A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESESTÍMULO

3.1 A mudança de paradigma da indenização

Até pouquíssimo tempo, o direito civil tinha como base apenas o eixo patrimonialista, ou seja, a responsabilidade em indenizar nascia da configuração de um dano e era quantificada através da diferença verificada entre o estado patrimonial material em que se encontrava o lesado anteriormente à ocorrência do dano e o momento posterior a este.

Desta maneira, fácil era a identificação do dano, assim como sua valoração, que possuía como função unicamente reparar o patrimônio do lesado, objetivando o retorno ao seu *status quo ante*.

Entretanto, como evidenciou-se no tópico referente à evolução da responsabilidade civil, a partir do século XIX, houve uma gradativa, mas abismática transformação nas estruturas sociais, culturais e econômicas, principalmente, nos países europeus, que influenciaram diretamente no Brasil e no restante do mundo.

Surge a partir daí uma nova concepção da sociedade, do ser humano e das relações públicas e privadas, na qual o ser humano foi colocado no centro das atenções do universo jurídico, surgindo, assim, novos interesses sociais que necessitaram da tutela jurídica.

É neste contexto que ganham enorme relevância os direitos da personalidade, os quais foram protegidos e garantidos constitucionalmente como direitos fundamentais, e o princípio da dignidade da pessoa humana, passando o Direito a reconhecer o patrimônio imaterial da pessoa humana.

Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro foi contemplado por uma constituição que rompe com a clássica função da Magna Carta de simples organização do Estado, passando a Constituição de 1988 a interferir diretamente nas relações privadas, com o intuito de garantir direitos mínimos aos seres humanos em atendimento aos novos anseios sociais por uma sociedade mais humanista.

A partir de então ganha espaço na doutrina a corrente da constitucionalização do direito civil, a qual rompe com as barreiras entre direito público e direito privado, passando a interpretar o código civil com base nos valores constitucionais,

objetivando, assim, assegurar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Na definição de Clayton Reis, a constitucionalização do direito civil é “a imposição de uma leitura dos institutos de direito civil conforme a Constituição Federal. A norma não deixa de ser de direito privado, mas direito privado interpretado conforme a Constituição”,

Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro da gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve repassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial⁷³

Ainda sobre a necessária constitucionalização do direito civil assevera Paulo Lôbo:

É certo que as relações civis têm um forte cunho patrimonializante, bastando recordar que seus principais institutos são a propriedade e o contrato (modo de circulação da propriedade). Todavia, a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, submergiu a pessoa humana, que passou a figurar como polo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real. A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.⁷⁴

Desta forma, é possível analisar que as mudanças jurídicas ocorreram no sentido de assegurar os direitos da personalidade, rompendo com a estrutura voltada exclusivamente ao patrimônio material e assegurando a proteção do subjetivo patrimônio imaterial. Portanto, o novo paradigma das indenizações civis contempla a ampla indenização dos danos extrapatrimoniais, dos quais o dano moral é espécie.

Ocorre que, havendo a tutela destes novos interesses sociais, os mesmos ficam passíveis de descumprimento, surgindo, deste modo, a necessidade de o ordenamento jurídico que os assegura readaptar-se, objetivando a efetiva proteção dos mesmos.

⁷³ CONRADO, Marcelo (coord.). **Direito privado e constituição**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 127.

⁷⁴ LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 20 novembro. 2013.

Entretanto, o instituto da responsabilidade civil não acompanhou de maneira gradativa esse avanço, visto que o que ocorreu foi apenas o reconhecimento da tutela dos danos subjetivos, permanecendo o instituto da responsabilidade civil a assegurar a reparação desse novos danos em caráter de igualdade ao modo clássico com que tratava os danos patrimoniais.

Notadamente, a responsabilidade civil apenas adquiriu os contornos de certa adaptação a esses novos conceitos, não abrangendo, contudo, a plenitude que o instituto necessita ante os novos direitos subjetivos.

Vislumbra-se, pelo exposto até o momento neste trabalho, ser evidente que a responsabilidade por danos imateriais possui função totalmente díspar a da responsabilidade por danos materiais, vez que, ao contrário do que se almeja nestes, naqueles é impossível sanar por completo as consequências do dano.

Por conseguinte, a nova realidade social evidenciada faz com que seja necessária a quebra de paradigmas patrimonialistas ainda presentes na legislação civil, em especial no instituto da responsabilidade civil, onde a normatização ainda é totalmente patrimonialista, sob pena de violação dos princípios constitucionais fundamentais.

Quanto mais solidificado for o paradigma, maior será a possibilidade de descobrir incongruências com os anseios modernos da sociedade. Com a inserção de carências antes inexistentes, os pesquisadores passam a perceber que a forma tradicional de encarar aquela problemática não mais se apresenta tão adequada como anteriormente considerada. Com isso, suscita-se a necessidade de interpretações diferenciadas para que se possa dar continuidade ao acúmulo de conhecimento.⁷⁵

Assim, frente às novas realidades sociais, se faz necessário a remodelação do instituto da responsabilidade civil para romper com os paradigmas patrimonialistas ainda dominantes e para que, conjuntamente com a constitucionalização do direito civil, possa-se promover de forma eficiente a reparação do indivíduo lesado, assegurando-se o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

3.2 A função social da responsabilidade civil por dano morais

⁷⁵ RESEDÁ, Salomão, **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 265.

Concomitante ao acima exposto, deve-se atentar que, neste novo paradigma promovido pelas alterações econômicas, culturais e sociais, e com a constitucionalização do direito civil, identifica-se a ideia da função social.

Assim, por função social, deve-se entender todo um movimento funcionalista dos institutos jurídicos que visa à manutenção da paz social, da ordem pública e dos interesses sociais.

Neste sentido, válida é a seguinte conceituação da função social:

Trata-se de decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual foi erigido como fundamento da República Federativa do Brasil, consoante se observa no inciso III do artigo 1º de nossa Lex Maior, todo instituto jurídico está impregnado por aquela a fim de que se alcance a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, um dos objetivos fundamentais de nosso Estado. Nesse sentido, deve-se entender por função social a obtenção de um resultado das atividades humanas em prol de toda a coletividade.⁷⁶

Para Judith Martins-Costa, a finalidade social é:

(...) a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto que concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.⁷⁷

Tendo em vista que a função social objetiva manter um equilíbrio social através dos institutos jurídicos e que os danos imateriais aqui estudados mesmo que praticados nas relações entre particulares, ressoam para além da pessoa do lesado, atingindo direta ou indiretamente a coletividade, é evidente a necessidade das indenizações por danos morais atenderem a função social.

Afinal, sendo o dano imaterial, dano o qual é impossível retornar ao estado natural, resta assim, mesmo após a indenização, um direito abalado e um dano que nunca voltará ao seu estado natural, assim, imaginando-se este dano sofrido

⁷⁶ PIRES, Natália Taves... {et. Al.}. **A instrumentalização do princípio constitucional da função social**. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5135>

Acesso em: 20 novembro. 2013.

⁷⁷ *Apud* PINTO, Helena Elias. **Função social e responsabilidade civil**. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3323fe11e9595c09>> Acesso em: 25 de novembro. 2013.

reiteradas vezes, e por toda a sociedade, é evidente a instabilidade que atingirá a paz social, tornando-se inclusive uma questão de saúde pública.

Ademais, sendo a função social o movimento dos institutos para promover o equilíbrio social, deve-se ter em mente que esta função é variável no tempo de acordo com a realidade vivida por cada sociedade.

Assim, a contextualização jurídico-social brasileira já fora realizada no decorrer deste trabalho. Entretanto, como se dá a prática das indenizações por danos morais?

A realidade demonstra que a ineficiência do atual instituto da responsabilidade civil se dá na aplicação, como se pode observar, principalmente no direito do consumidor e no direito trabalhista, onde se encontram agressões rotineiras praticadas pelos mesmos agentes, mesmo após inúmeras condenações análogas, em geral empresas de grande porte que se beneficiam de sua situação de hipersuficiência para a prática de atos que violam dos direitos da personalidade de terceiros.

Realidade a qual já fora denunciada por Salomão Resedá:

Seja, por exemplo, no direito do consumidor, seja no âmbito trabalhista, seja até mesmo nas relações familiares, é possível encontrar agressões rotineiras à direitos da personalidade as quais demonstram que a condenação em valores meramente satisfatórios – como deseja o STJ, por exemplo – não consegue estancar a repetição de práticas idênticas. Enquanto isso, os mais prejudicados são os ofendidos que, diante da determinação judicial, veem, com frequência, o sujeito ativo não demonstrar nenhuma preocupação em decorrência do valor contra ele aplicado.⁷⁸

Entretanto, como cumprir com a função social neste caso concreto?

Tratando-se de danos os quais são impossíveis de retornar ao estado natural – ou seja, uma vez ocorrido o dano, este perdurará, mesmo que compensado, pela eternidade – deve o Estado então adotar medidas protetivas, visando a evitar que o dano ocorra.

Assim, conforme argumenta Salomão Resedá, deve ocorrer uma reestruturação da responsabilidade civil, deixando esta de atuar apenas como meio de reparar um dano sofrido, mas sim como forma de prevenir este dano.

⁷⁸ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 265.

Busca-se, dessa maneira, não desmerecer o caráter reparatório da Responsabilidade Civil, mas sim reconhecer que a prevenção do dano é preferível à sua reparação. Sobre esse novo enfoque, o qual passa a considerar a conduta do agente, buscando evitar a reincidência danosa, é possível afirmar que: “A responsabilidade civil ampliou os seus limites, a dar realce não ao dano já consumado e à sua reparação, mas ao próprio bem jurídico e à sua preservação”.⁷⁹

Neste sentido, o dano ocasionado por um ato ilícito deixa de ser um pressuposto da responsabilidade civil e passa a ser um elemento desta.

⁷⁹ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 269.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 rompeu com o paradigma jurídico de defesa ao patrimônio, elencando o ser humano como elemento central de todo o ordenamento. Conjuntamente, os danos morais foram elevados a nível constitucional, o que acarretou uma verdadeira revolução na responsabilidade civil, que historicamente tutelou somente direitos materiais.

Ademais, demonstrou-se que as indenizações por danos morais possuem natureza distinta (compensatória) da função historicamente empregada pela responsabilidade civil brasileira às indenizações por danos materiais (reparatória).

Assim, embora tenha o legislador cometido equívoco na redação do artigo 927 ao dispor tão somente do caráter reparatório das indenizações, a doutrina e os tribunais já pacificaram o entendimento da função compensatória da indenização pelos danos morais, o que não poderia ser diferente, pois decorre da própria natureza subjetiva do dano.

Outrossim, além desta interpretação extensiva quanto ao caráter compensatório, parte da doutrina e, recentemente o STJ, têm entendimento de que deve incidir no *quantum* indenizatório das indenizações por danos morais também o caráter sancionador (exemplificativo ou punitivo-pedagógico), o que o faz através da Teoria do Desestímulo.

Esta tem como objetivo fixar além do valor principal, compensatório, ainda um valor punitivo, o qual deve ser satisfatório para causar ao patrimônio material do ofensor um dano hábil a servir como desestímulo de reincidência.

Neste sentido, a teoria do desestímulo é perfeitamente aplicável às indenizações por responsabilidade civil, não encontrando nenhum óbice no ordenamento pátrio, afinal, a própria Constituição Federal em seu artigo 5, inciso X determina que é “assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral”, note-se, desta maneira, que a Carta Magna aduz o termo “indenização” em sentido *lato*, portanto, aceita todas as formas de indenizações possíveis, inclusive a punitiva.

Ademais, o caráter punitivo desta teoria coaduna-se com a constitucionalização do direito civil, vez que, ao evitar novas infrações, está cumprindo a função social da indenização, protegendo a sociedade de novos danos.

Assim, ainda que a função punitiva não seja uma função natural do direito civil, a realidade enfrentada nos tribunais faz com que se justifique sua incorporação à este ramo do direito.

Não há que se falar então em enriquecimento ilícito, ou melhor, em enriquecimento sem causa, já que o aumento no patrimônio do lesado se faz com justa causa, causa a qual se dá por bem maior que a relação privada entre ofendido e o ofensor, causa esta que visa estabelecer a paz e a ordem social no Estado Democrático de Direito.

Isto posto, conclui-se que a indenização civil deve sofrer abrupta mudança, como já tem sido reconhecido pela doutrina inovadora, pois a forma como está positivada difere e muito dos anseios sociais modernos, sendo a teoria do desestímulo uma forma de aproximar as decisões judiciais do ideal de justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 outubro. 2013.

BRASIL. **Lei 8.078**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 05 outubro. 2013.

BRASIL. **Lei 10.406**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 outubro. 2013

BRASIL. **STJ**. Jurisprudencia. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>> Acesso em: 23 novembro. 2013

BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

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

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONRADO, Marcelo (coord.). **Direito privado e constituição**. Curitiba: Juruá, 2009.

CORREIA, Jonas Ricardo, **Dano moral indenizável**. 2ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2013.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O Valor do Dano Moral – Como chegar até ele**. 3ª ed., São Paulo: Editora JH Mizuno, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v 7. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FEIJÓ, Carmem. **A difícil tarefa de quantificar o dano moral**. Disponível em: <www.tst.jus.br/en/materias-especiais//asset_publisher/89Dk/content/id/2435319>. Acesso em: 30 outubro. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

LARRATEA, Roberta Vieira. **Diversidade sexual e direito homoafetivo /** coordenação Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Diogo Lessa Clemente de. **Teoria do valor do desestímulo**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1225>. Acesso em: 30 outubro, 2013.

LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 20 novembro, 2013.

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

PINTO, Helena Elias. **Função social e responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3323fe11e9595c09>>. Acesso em: 25 de novembro, 2013.

PIRES, Natália Taves... {et. Al.}. **A instrumentalização do princípio constitucional da função social**. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5135>. Acesso em: 20 novembro. 2013.

RAMOS, Augusto Cesar. **Dano moral**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/664>>. Acesso em: 24 outubro. 2013.

RESEDÁ, Salomão, **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. Salvador, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Versão para e-books. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Moes. 2002.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil**: origem e pressupostos gerais. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875 Acesso em: 30 outubro. 2013.

SCHIEFER, Uyára. **Sobre os direitos fundamentais da pessoa humana**. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona28/28Schiefer.htm>> Acesso em: 30 outubro. 2013.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STOCO, Rui. **RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL**, 4ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.