



Centro Universitário de Brasília

Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais -

FAJS

GIOVANNA PRODOMO TRIGONA

**DANOS MORAIS: UMA REFLEXÃO ACERCA DOS CRITÉRIOS DE
REPARABILIDADE E QUANTIFICAÇÃO À LUZ DO DIREITO CIVIL**

Brasília
2012

GIOVANNA PRODOMO TRIGONA

**DANOS MORAIS: UMA REFLEXÃO ACERCA DOS CRITÉRIOS DE
REPARABILIDADE E QUANTIFICAÇÃO À LUZ DO DIREITO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Álvaro Luis de Araújo Ciarlini.

Brasília
2012

GIOVANNA PRODOMO TRIGONA

DANOS MORAIS: UMA REFLEXÃO ACERCA DOS CRITÉRIOS DE REPARABILIDADE E QUANTIFICAÇÃO À LUZ DO DIREITO CIVIL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Álvaro Luis de Araújo Ciarlini.

Brasília, 11 de maio de 2012

Banca Examinadora

Orientador

Examinador

Examinador

Ao meu pai (*in memoriam*) que, em tantos momentos, me ensinou o valor e a importância do estudo, sempre me proporcionando uma vida digna, cheia de oportunidades e realizações.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, por todo amor, dedicação, força e incentivo em todos os momentos.

Aos meus irmãos que sempre me apoiaram a persistir e concluir esta caminhada.

Ao meu orientador, Professor Álvaro Ciarlini, pela paciência e apoio durante a elaboração deste trabalho.

A todos que de alguma forma cooperaram, minha gratidão.

“Saber não é o suficiente, temos que aplicar. Ter vontade não é o suficiente, temos que implementá-la.”

(Goethe)

RESUMO

Esse trabalho de pesquisa possui como tema que provocou a sua realização sobre os danos morais e quais são os critérios adotados pela doutrina e jurisprudência na reparabilidade e quantificação, tendo como objetivo principal identificar quais os critérios para se mensurar o dano moral entre a doutrina jurídica e jurisprudência em relação ao tema e, especificamente, buscou-se responder se há novos critérios de paridade adotados pelo magistrado; analisar o dano moral e sua reparabilidade no ordenamento jurídico; aferir, com base na jurisprudência, se é possível estabelecer um *quantum* indenizatório uniforme entre os julgados. A pesquisa iniciou-se com o questionamento de como é feito e quais os parâmetros adotados pela doutrina para se quantificar valores a fim de se reparar os danos morais e se é possível valorar a dor do sentimento humano, quais os critérios adotados pelo ordenamento jurídico para se quantificar esses valores e se há um *quantum* tabelado adotado para se parametrizar esses valores. Com esses objetivos traçados e as hipóteses sugeridas, a pesquisa se desenvolveu por meio da metodologia de revisão bibliográfica que envolveu o estudo exploratório, com a busca de fundamentos em livros, trabalhos monográficos e materiais disponíveis na internet. No desenvolvimento da pesquisa estruturou-se os assuntos sobre os atos ilícitos indenizatórios, as esferas jurídicas e a quantificação do dano moral e o entendimento da jurisprudência. Ao final, verificou-se a confirmação das hipóteses. A solução para essa enorme divergência existente em torno do assunto não é buscar que a lei fixe critérios mínimos e máximos para esses danos, mas sim critérios objetivos ou alicerces que contribuam na avaliação do magistrado para que a reparação seja justa e equitativa e ainda que promova a exemplaridade.

Palavras-chave: Dano Moral. Responsabilidade Civil. Reparabilidade. Indenização. Quantificação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ATO ILÍCITO INDENIZATÓRIO	14
1.1 Fatos Jurídicos	14
1.2 Delito	18
1.2.1 <i>Ato Jurídico X Ato Ilícito</i>	18
1.2.2 <i>A responsabilidade subjetiva e objetiva e suas teorias</i>	19
1.2.3 <i>A Responsabilidade Civil e o Ato Ilícito</i>	22
1.2.4 <i>Os ilícitos relativos e absolutos</i>	23
1.3 Efeitos	24
1.3.1 <i>As Obrigações e seus elementos configuradores</i>	27
1.3.2 <i>Teorias fundamentadoras</i>	30
1.4 Pressupostos	30
1.4.1 <i>Culpa</i>	30
1.4.2 <i>Nexo Causal</i>	31
1.4.3 <i>Dano</i>	32
1.5 Objeto do Direito: os Bens	33
2 ESFERAS JURÍDICAS	34
2.1 O Princípio da Incolumidade das Esferas Jurídicas	34
2.2 O Dano Moral	35
2.3 Teorias que Conceituam Dano Moral	37
2.4 Sujeito da Reparação no Dano Moral	39
2.5 Elementos Subjetivos do Dano Moral	40
2.6 Finalidades da Reparação do Dano Moral	41
2.6.1 <i>Finalidade compensatória</i>	44
2.6.2 <i>Finalidade punitiva e pedagógica</i>	44
2.6.3 <i>Finalidade preventiva</i>	45

3 A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL E O ENTENDIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA	47
3.1 O <i>Quantum</i> Indenizatório.....	48
3.2 A Análise de Casos e o entendimento da Jurisprudência.....	50
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, frente às necessidades de uma sociedade moderna, lida-se, no dia a dia, com fatos e situações que podem causar dissabores ao ser humano nas relações sociais. Esses pressupostos podem gerar agressões injustas no âmbito de bens imateriais, os quais não têm ou não podem ser quantificados pecuniariamente. Dessa feita, esses danos são classificados como danos morais.

Depreende-se, então, que o dano moral atinge o íntimo de uma pessoa, e não sendo mensurável, pode afligi-lo em menor ou maior grau, fere seus direitos e, como tal, esbarra-se nas garantias constitucionais, especificamente no art. 5º, da Carta Magna, que garantem ao homem a proteção material e imaterial de seus direitos. Nessa lide, encontra-se respaldo na doutrina jurídica, que visa proteger os bens imateriais, que se consideram insusceptíveis de quantificação pecuniária, a proteção com a finalidade de satisfazer a vítima, despersuadir o ofensor e mostrar exemplaridade à sociedade.

Uma das questões que hoje mais suscitam debates nos meios forenses e que causam verdadeiras emblemáticas diante do Direito brasileiro atualmente tem sido a subjetividade advinda do que se deve e pode-se considerar como dano moral e a sua quantificação indenizatória em que são considerados, em relação à vítima, o tipo de ocorrência desses danos como, por exemplo, a morte, a lesão física ou deformidade, além dos danos causados psicologicamente.

A questão envolve sobre esse padecimento causado e o quanto esse se reflete no âmago do ser, depreendendo que desse é que serão mensurados valores para amenizar a dor sofrida, e no caso de morte, como se lida com a questão de parentalidade em que serão considerados os fatores de consanguinidade, e mais, a afetividade envolvida em relações não parentais como um novo fator social nas relações afetivas.

A análise da dimensão e circunstâncias dos fatos e em que nível essas ocorreram se em maior ou menor grau, e quais as consequências psicológicas causadas e a perenidade dessas, talvez, perdurando até o fim da vida, são o estabelecimento de critérios que deverão ser mensurados pelo juiz, fazendo com que esse crie um juízo de valor, mas que tenha a base e fundamentação dentro dos preceitos que emanam do Direito.

Também cabem à análise os motivos que levaram o ofensor a praticar o ato lesivo, sua conduta ofensiva, o grau de desconsideração sobre os sentimentos humanos, sua situação econômica para que também não sejam praticados atos que firam o seu direito personalíssimo. E que sua punição tenha o devido remédio jurídico para que ele não incorra ou venha a ser estimulado a praticar tais atos.

Não pode a justiça, a fim de punir o ato, ter dois pesos e duas medidas, o mesmo lado que pesa a balança, também deverá ser o do outro, em que haja equilíbrio, fortalecendo assim a credibilidade na Justiça.

Com esse pano de fundo, o estudo que se pretende realizar versará sobre a necessidade de se aprofundar o entendimento acerca da responsabilidade civil por dano moral e de como é feito, quais os parâmetros adotados pela doutrina para se quantificar valores a fim de se reparar esses danos.

As hipóteses levantadas irão sugerir um aprofundamento do estudo que vise responder se é possível valorar a dor do sentimento humano, quais os critérios adotados pelo ordenamento jurídico para se quantificar esses valores e se há um *quantum* tabelado adotado para se parametrizar esses valores.

Com isso, o objetivo principal desse estudo será identificar quais os critérios para se mensurar o dano moral entre a doutrina jurídica e jurisprudência em relação ao tema. E, especificamente, buscar responder se há novos critérios de paridade adotados pelo magistrado; analisar o dano moral e sua reparabilidade no ordenamento jurídico; aferir, com base na jurisprudência, se é possível estabelecer um *quantum* indenizatório uniforme entre os julgados.

A metodologia adotada para desenvolvimento da pesquisa será o levantamento bibliográfico envolvendo o estudo exploratório, com a busca de fundamentos em livros, trabalhos monográficos e materiais disponíveis na internet.

Também será lançada mão do estudo comparativo na jurisprudência com vista a detectar a necessidade de aplicação de paridade na quantificação indenizatória do dano moral

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, pois, de acordo com Richardson (1999, *apud* REIS, 2008), fundamenta que:

[...] estudos que empregam uma metodologia qualitativa podem descrever a complexidade de um problema, compreender e

classificar processos dinâmicos vividos por grupos sociais, contribuir no processo de mudança de determinado grupo e possibilitar o entendimento de particularidades do comportamento dos indivíduos (RICHARDSON, 1999, *apud* REIS, 2008, p.73).

Segundo Saavedra (2001, *apud* ALVES, 2007, p. 43), a “pesquisa é o conjunto de atividades intelectuais tendentes à descoberta de novos conhecimentos.”

Nesse sentido, buscar-se-á investigar a utilização dos critérios na doutrina e jurisprudência para reparabilidade do dano moral. Para Alves (2007, p.41), a respeito do conceito de pesquisa, acrescenta se tratar de “exame cuidadoso, metódico, sistemático e em profundidade, visando descobrir [...] ampliar e verificar informações existentes com o objetivo de acrescentar algo novo à realidade investigada.”

A pesquisa se desenvolverá em quatro partes. A primeira apresentará o conjunto sobre a problemática, objetivos geral e específico, a justificativa da pesquisa e metodologia empregada. A segunda parte tratará da fundamentação teórica com os pressupostos sobre o ato indenizatório para fundamentar a pesquisa em que se apresentarão os fatos jurídicos que envolvem o ato ilícito, a responsabilidade subjetiva e objetiva, a responsabilidade civil os efeitos e as obrigações e os pressupostos. Na terceira parte, serão apresentados os estudos sobre a esfera jurídica que servem de base para compor os julgados e fortalecer o entendimento jurídico no tocante ao ordenamento jurídico sobre o ato de indenizar o dano moral que envolvem os princípios, as teorias, as características do dano moral, os elementos subjetivos e a finalidade de reparação. Na quarta parte, se fará a análise da jurisprudência e o posicionamento acerca do tema abordado. Na quinta, e última parte, se apresentará a conclusão acerca de toda a pesquisa realizada.

1 ATO ILÍCITO INDENIZATÓRIO

1.1 Fatos Jurídicos

Fatos são acontecimentos que permeiam a vida, tanto social como físico, em que cada acontecimento gerará um efeito específico tanto no campo existencial bem como no campo jurídico e, ao se especificarem a esse campo, tomam forma da vontade humana por sua concretização ou não na accidentalidade como vetor resultante da vontade humana e do livre arbítrio, no que resulta dos fatos voluntários, quando originados da vontade, ou involuntários quando não são afetos da vontade (DIAS, 2004)

Ao que compete o Direito, como forma de se disciplinar o comportamento humano, ele não é ilimitado e irrestrito, há um divisor em que se dá a sua incidência. Isto posto, é fundamental se analisar sobre qual objeto se recairá o estudo doutrinário que permita a correlação entre os acontecimentos fáticos e sua forma contextual no universo jurídico (DIAS, 2004).

Em toda relação jurídica sempre existe um fato jurídico e considera-se esse fato sempre o gerador de surgimento de um direito subjetivo e que, de acordo com Monteiro (1986, *apud* ESCOBAR JÚNIOR, 2005, p.65), “os fatos jurídicos podem ser conceituados como os acontecimentos, previstos em norma de Direito, em razão dos quais nascem, se modificam, subsistem e se extinguem as relações jurídicas”, já Dias (2004, p. 21) o classifica como “os fatos jurídicos importam ao Direito porque criam, modificam ou extinguem situações e relações jurídicas”.

Esses fatos são classificados dentro da doutrina tradicional como *in verbis*

Naturais, quando decorrem da força da natureza e sem a intervenção da vontade humana. Os fatos naturais podem ser ordinários, quando seus efeitos são esperados e conhecidos, e extraordinários quando decorrem de fato humano (não volitivo) ou natural, imprevisível e de efeitos incertos.

Os fatos não naturais, em que há o consórcio da atuação humana, são designados pela doutrina como fatos voluntários (DIAS, 2004, p. 22).

Esses fatos voluntários, ou não naturais, como visto em Dias (2004), poderão ser classificados por diversas formas e, na visão de Pontes de Miranda (*apud* DIAS, 2004, p.22) esse o classifica como “negócio jurídico, ato jurídico em sentido estrito, ato-fato jurídico, fato jurídico em sentido estrito ou ainda como ato ilícito.” Os fatos jurídicos, no sentido estrito, constituem-se em ocorrências em eventos de natureza diversa de ato humano.

Mello (1988) os caracteriza pelos efeitos que podem produzir e, além de se constituírem, se modificarem ou se extinguírem, também os classifica como construtivos, modificativos ou extintivos e destaca também quanto à natureza dos fatos serem de acontecimentos naturais ordinários e extraordinários ou de ações humanas de efeitos jurídicos voluntário (*lato sensu*) e de involuntário (atos ilícitos).

Com relação ao suporte fático, esse pode ser deficiente por faltar algum elemento complementar ou os elementos nucleares são imperfeitos, enquanto a suficiência importa na existência do suporte fático, sua deficiência se dá na validade ou eficácia do fato jurídico existente, porém inválido ou ineficaz (MELLO, 1988).

Como visto, Mello (1988, p. 84), se posiciona quanto ao suporte fático eficiente como “a questão da eficiência [...] tem sua repercussão, apenas, no trato de fatos jurídicos em que a vontade relevante é elemento cerne do suporte fático (atos jurídicos).” E o autor ainda preleciona *in verbis*

No entanto, se os fatos são do homem (conduta), os sistemas jurídicos cobrem ‘alguns como vedados, outros como vedáveis pela concordância dos interessados, e deixa outros à vontade de cada um’. Por isso é que (a) nem os fatos jurídicos *stricto sensu* (em cujo suporte fático não há ato humano), (b) nem os atos-fatos jurídicos (em que a vontade em praticar o ato ou não existe ou é irrelevante), (c) nem os fatos ilícitos em geral, estão sujeitos a invalidades. Nessas espécies, apenas o resultado fático é o que importa, motivo porque constituiria um contra-senso pelo conflito com a própria natureza das coisas e mesmo com a realidade, pretender-se nulo ou anulável um evento ocorrido no mundo (MELLO, 1988, p.85).

Ainda no contexto de resultados Mello (1988, p. 85) diz haver os pressupostos de validade e de eficiência que são complementares ao fato, de seu núcleo ou um de seus elementos complementares “[...] como a capacidade civil, a licitude e possibilidade de objeto, e a conformação com as normas cogentes, a sua ausência implica nulidade ou ineficácia”, decorrente da falta de poder do agente,

porém, se esses complementos não se referirem ao núcleo e, sim, aos seus elementos, há vícios da vontade, logo, há a anulabilidade.

Quanto à licitude, essa se dá implicitamente como dado complementar do fato jurídico e, havendo a vontade do agente, mas o objeto é ilícito o fato existirá, contudo, poderá ser nulo por deficiência na complementação do núcleo, mesmo tendo sido composto suficientemente o suporte fático e, nesse caso, Mello (1988, p.85) diz que “a ilegitimidade daquele que dispõe [...], em certos casos, induz ineficácia do negócio jurídico, embora em outras situações implique nulidade”,

Sendo assim, Mello (1988, p.85), diz respeito dessa caracterização como falta “[...] de recepção pelo destinatário, da oferta tem como resultado a ineficácia da manifestação da vontade nela contida, porque a receptividade constitui requisito cuja atuação se dá no plano da eficácia, não da validade ou existência.”

Trata-se da coação no negócio jurídico, mesmo que essa vontade manifesta seja suficiente para compor o suporte fático, o que o torna deficiente, portanto, se torna anulável. O que essa deficiência de elementos (suporte fático) não invalide o fato jurídico, mas repercute em sua validade e eficácia (MELLO, 1988).

Dessa feita, como consequências da incidência em razão de sua natureza e disposições, há a juridicização, o que consiste em a norma jurídica incidir para produzir consequências e não transformar em fato jurídico o suporte fático. Mello conceitua-as como espécies *in verbis*

Juridicização

[...] da incidência da norma jurídica resulta o nascimento de um fato jurídico, porque, segundo antes ficou esclarecido, a incidência produz a juridicização do suporte fático, ou parte dele. A norma jurídica [...] atua no mundo como elemento formador do jurídico [...] é consequência exclusiva da incidência, porque somente através dela se formam os fatos jurídicos que, por sua vez, exclusivamente também constituem o mundo do direito. [...] a norma jurídica é concebida como jurígena, ou seja, é expressada em termos de tornar jurídicos os fatos por ela previstos. [...] não importa que sejam cogentes ou não-cogentes [...] apenas que sejam concebidas de modo a atribuir aos fatos consequência no plano do direito (MELLO, 1988, p.86).

Desjuridicização

Há normas jurídicas [...] cuja incidência tem a consequência de retirar do mundo jurídico, trazendo-o de volta ao mundo dos fatos que nele se encontrava. Essas normas ao invés de juridicizar, desjuridicizam,

porque eliminam a juridicidade que outra norma já atribuiu ao fato. [...] as normas jurídicas sobre revogação são todas normas de caráter desjuridicizante, porque a sua incidência tem por consequência, exatamente, o desfazimento da juridicidade.

O que caracteriza as normas desjuridicizantes é [...] a circunstancia de que a sua incidência atinge o fato jurídico em sua própria existência, e não apenas em sua validade e eficácia. Pela incidência da norma desjuridicizante o fato que era jurídico é excluído do mundo do direito, retornando ao mundo fático, desvestido de toda a sua juridicidade.

Pré-exclusão da juridicidade

Há, ainda, normas jurídicas estruturadas com a finalidade de evitar que certo fato ou conjunto de fatos venha a se tornar jurídico. A essa categoria, que denominamos pré-excludentes de juridicização, pertencem normas como as do art. 160 do Código Civil, segundo as quais o dano causado a alguém não configura ilícito, conforme previsto no art. 159 do Código Civil, quando resultar de ato praticado em legítima defesa, no exercício de um direito ou para remover perigo iminente. [...] são [...] aquelas, cogentes, que vedam a entrada no mundo jurídico de atos, inclusive negociais, que as infringjam. Os negócios proibidos [...] se praticados, não entram no mundo jurídico, nem mesmo como negócios jurídicos nulos; simplesmente não existem como negócio jurídico. Pode ser, até, que entrem no mundo jurídico como ato ilícito – se, por exemplo, atingem esfera jurídica de terceiro – mas não entrarão como negócio jurídico. No caso de norma pré-excludente de juridicização, o suporte fático de determinada norma jurídica passa a ser considerado insuficientemente se ocorrem as circunstâncias nela (norma pré-excludente de juridicização) previstas (MELLO, 1988, pp.86,87).

Pode haver invalidação das normas jurídicas cogentes quando essas são infringidas, tornando inválido o ato jurídico por nulos (nulificantes) ou anuláveis (anulantes) os quais não excluem o fato jurídico em si, ou seja, ele não tem a sua juridicidade pré-excluída (mundo jurídico) e nem desjuridicizado, há o ato jurídico, contudo ele se reveste de nulidade ou anulável (MELLO, 1988).

Para se finalizar as espécies, há ainda a deseficacização, segundo visto em Mello (1988, p.89), “[...] cuja incidência desfaz a eficácia que o fato jurídico já produziu no mundo jurídico [...] sem alcançá-lo em sua existência ou validade”, em que a norma jurídica atua no plano da eficácia, as quais validam-se a existência e validade ou anulabilidade do ato em que se inserem como nos casos da caducidade ou prescrição.

1.2 Delito

1.2.1 Ato Jurídico X Ato Ilícito

Como visto em Stoco (2007, p.115), vale destacar a diferença entre ato jurídico e ato ilícito, e o autor revela a necessidade de se “[...] distinguir ‘responsabilidade’ de ‘obrigação’”. Esta significa um dever jurídico originário, enquanto aquela traduz um dever jurídico sucessivo, decorrente da violação da obrigação”, na prática, o ato jurídico visa dar o direito, como uma licença legal e o ato ilícito (ou injurídico) implica no dever de responsabilizar. Destaca-se o entendimento de Monteiro para elucidar esse comentário *in verbis*

[...] existe profunda diferença entre o ato jurídico e o ato ilícito. Ato jurídico ‘é ato de vontade que produz efeitos de direito; ato ilícito também é ato de vontade, mas que produz efeitos jurídicos independentemente da vontade do agente. O ato jurídico, segundo a definição do art. 81 do CC [...], é ato lícito, ato fundado em direito, enquanto o ato ilícito constitui delito, civil ou criminal, e, pois, violação à lei.’ (MONTEIRO, 1971, apud STOCO, 2007, p.115).

Depreende-se desse entendimento que o ato lícito é toda e qualquer vontade de uma pessoa que não se reveste de ameaça, coação ou má-fé, enquanto que o ato ilícito insurge em contraposição a essas e que depende da vontade do agente, o qual deverá responder juridicamente pela causa advinda dessas vontades contrárias.

E, por existir um dever jurídico originário, em que muitos também o definem como primário, quando ocorre, gera um “dever jurídico sucessivo” ou “secundário”, segundo Stoco (2007, p.117), cuja incorrência gera a obrigação de “[...] indenizar o prejuízo.”

Viu-se em Dias (2004, p. 22) também a definição de ato jurídico “em sentido estrito englobaria o conjunto daqueles atos em que existe a manifestação de vontade [...] sem haver intenção de formulação de negócio jurídico”, continua ainda esclarecendo que no “ato-fato jurídico o conteúdo da manifestação de vontade seria irrelevante ou simplesmente não haveria vontade, prestigiando-se o resultado, não gerando sempre aptidão para gerar regras jurídicas.”

1.2.2 A responsabilidade subjetiva e objetiva e suas teorias

Segundo visto em Diniz (2003, p. 120), essa autora destaca que ao se referir à responsabilidade subjetiva essa deve “[...] se encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. Desse modo, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar.”

No que concerne ao conceito de responsabilidade subjetiva e, ao se adentrar no tema, existem os elementos que são essenciais para se caracterizá-la tais como a ação ou omissão; a culpa ou dolo do agente; o nexo de causalidade; e concorre também o dano sofrido pela vítima e a ela cabe provar todos esses elementos, inclusive a culpa. Contudo, se ocorrer a presunção da culpa, fica a vítima obrigada a provar o dano e o nexo causal e ao agente cabe provar que não agiu culposamente, daí não incorrendo a responsabilidade, ou se não houve nexo de causalidade ou algum elemento excludente de culpa, sendo indispensável a prova de culpa ou dolo do agente causador do dano para que surja o dever de indenizar (DINIZ, 2003).

Já Cahali exorta que “[...] na doutrina, vários critérios são preconizados para a identificação daquilo que se pode compreender como ‘abuso de direito’ e que são três os critérios básicos” de teorias, sendo que a primeira se refere à teoria subjetiva e para melhor ilustração, demonstra-se a seguir *in verbis*

a) *teorias subjetivas*: com raízes na doutrina da emulação, que se reporta aos canonistas e ao próprio Direito Romano. Identifica-se no abuso de direito seu exercício com a intenção clara de prejudicar alguém; isto significa que o exercício abusivo do direito constitui uma espécie de ato ilícito, que carece de autonomia como fonte de responsabilidade civil distinta da responsabilidade por dolo ou culpa; entende-se, desse modo, que há delito ou quase-delito quando aquele que tem várias maneiras de exercer seu direito escolhe, sem necessidade e com o propósito de causar dano, aquela que se revela como sendo a mais prejudicial a outrem; todo o direito exercido sem motivo é um ato antissocial gerador de responsabilidade; daí, aliás, a explicação, na prática, de que, quando se fala de abuso de direito, muitas vezes não há senão uma culpa cometida no exercício da atividade do seu titular (CAHALI, 2011, p.314, grifo do autor).

Vê-se em conformidade com os demais autores o que Stoco destaca *in verbis*:

Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória. A responsabilidade do causador do dano, pois, somente se configura se ele agiu com dolo ou culpa. Trata-se da teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou subjetiva, segundo a qual a prova da culpa *lato sensu* (abrangendo o dolo) ou *stricto sensu* se constitui num pressuposto do dano indenizável (STOCO, 2007, p.173).

Com isso, o foco da teoria subjetiva está na conduta ou vontade do agente em causar dano doloso ou culposo e, posteriormente averiguar a questão de indenizar.

A diferença existente entre responsabilidade subjetiva e a objetiva se traduz primordialmente em que, naquela, como já visto nos autores acima, baseia-se na caracterização da culpa ou do dolo como elemento constitutivo com a obrigação de indenizar e na objetiva, essa se baseia na teoria do risco que não se constitui na ação de culpa ou dolo, mas tão somente de verificar se se caracterizou o ato lícito ou ilícito os quais causaram prejuízo (STOCO, 2007).

Cahali (2011) classifica a segunda teoria objetivista como *in verbis*:

b) *teoria objetiva*: é abusivo o ato quando deixa ele de atender à sua finalidade, a função para a qual o direito foi criado e justificadamente existe; o ato é abusivo quando praticado de maneira anormal, porque contraria a finalidade econômica e social do direito; os pretensos direitos subjetivos não passam de direitos funções, que têm a finalidade a cumprir e dela não podem desviar-se, sob pena de prática de um abuso de direito; prescinde-se do elemento psicológico para se ressaltar o resultado danoso, como violador de uma ordem de coisas amparadas pela lei, pela moral e pelos bons costumes; o que caracteriza o abuso de direito é, assim, a ilicitude, a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o fim pretendido pela ordem jurídica (CAHALI, 2011, p.314, grifo do autor);

Segundo visto em Soares (2005), assinala que a teoria objetivista se apresenta incerta no Código Civil¹ em que há algumas hipóteses para a sua evidência caracterizando-a também como teoria do risco em que se inseriram alguns pressupostos vistos na legislação especial. Destaca-se ainda que *in verbis*:

Além da cláusula geral de responsabilidade subjetiva disposta no artigo 186, o Código Civil consagrou uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista no artigo 927, parágrafo único.

¹ Art. 927, Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.do CC.

Trata-se de cláusula aberta, que necessitará de um trabalho doutrinário e jurisprudencial para sua efetiva aplicação.

[...].

A disposição expressa de cláusula geral de responsabilidade objetiva demonstra uma clara evidência de que os legisladores brasileiros, a par das inovações tecnológicas, da globalização e, conseqüentemente, do crescimento de potenciais fatores de riscos, adotaram uma solução mais adequada aos problemas das vítimas de danos que permaneciam sem a indenização devida (SOARES, 2005).

A teoria objetivista nasce da necessidade de mudanças para o reequilíbrio das relações sociais em que se observa a presunção de o agente atuar ocasionando riscos a terceiros e em se antecipar para tomar medidas de segurança cabíveis a fim de evitarem-se danos que possam acontecer, respondendo pelos prejuízos, independente de culpa.

Também encontrou-se definição para a teoria do risco em Pereira que trata *in verbis*

Resume, então, a doutrina do risco, desvestida das restrições de ordem técnica nesta fórmula: todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou. O fundamento será então desde: todo o problema de responsabilidade civil resolve-se, então num problema de causalidade. Todo o fato do homem obriga aquele que causou um prejuízo ao outrem a repará-lo. Não importa em nenhum momento julgamento de valor sobre os atos do responsável. Basta que o dano se relacione materialmente com estes atos, porque aquele que exerce uma atividade deve assumir os riscos (PEREIRA, 2003, p.19).

Por fim, Cahali elucida a terceira teoria no que se pretende fundamentar acerca do ato ilícito *in verbis*

c) *teoria mista ou eclética*: procura-se compor ambos os fatores, quais sejam o subjetivo psicológico ou intencional de um lado e o objetivo, finalista ou funcional de outro; desse modo, o problema do abuso de direito se resolve umas vezes pela negligência e em outras pela intenção de prejudicar. O atual Código Civil, pelo enunciado do seu artigo art. 187, teria optado pela teoria objetiva, embora implicitamente faça concessões à teoria subjetiva (CAHALI, 2011, p.315, grifo do autor).

Cingindo-se de contemporaneidade, não se contempla mais o individualismo em detrimento à equidade, ao interesse social, à solidariedade, ao

exercício de direito dentro de limites e, observando-se a teoria mista, essa tem condições de aquilatar os intentos de ações concretas ou subjetivas que caracterizam o ato jurídico e o ato ilícito.

1.2.3 A Responsabilidade Civil e o Ato Ilícito

Segundo visto em Stoco (2007, p.113), esse conceitua a responsabilidade civil como o ato baseado na culpa e, de acordo com o Código Civil, no art. 186, como “[...] decorrente da ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violadoras do direito e, portanto, sustentando-se na culpa”, originando o ato ilícito, e mais, reafirma ainda que essa responsabilidade tem cunho subjetivo.

Continua explicando que para se conceituar um ato ilícito é necessário que esse tenha como característica a violação de um direito preexistente, ou que tenha como peso, o ato contrário ao direito e que se fundamente no elemento da voluntariedade (STOCO, 2007).

Assim, no melhor entendimento que esse ato permita a imputação de atribuição de culpabilidade, ou seja, segundo Stoco (2007, p. 113), “[...] o dolo enquanto vontade dirigida a um fim e a culpa em sentido estrito, nas vertentes da imprudência, negligência e imperícia.”, exigindo-se que haja um dano para caracterizar-se como ato ilícito com a obrigação de se reparar, no melhor entendimento que, qualquer dano causado ao próximo, por se viver em uma sociedade, esse direito violado tenha a proteção da responsabilidade civil.

Esse direito tem caráter formal (contrariedade do direito), bem como material (imputabilidade e culpabilidade), como elemento objetivo se reveste na forma de um dever violado e, no composto, de subjetividade, no qual encontra-se a imputabilidade do ofensor e Amaral (2006, *apud* STOCO, 2007, p.113) destaca ainda duas classificações desses elementos, ou seja, “[...] possibilidade para o agente de conhecer o dever (discernimento); b) possibilidade de observá-lo (previsibilidade e evitabilidade do ato ilícito)”.

Como princípio de responsabilidade de que ninguém deve lesar ninguém², reza a máxima *neminem laedere* (não lesar ninguém) e *alterum non laedere* (não lesar outrem) sem que não haja uma sanção. E, nessas sanções para a aplicação do Direito, existem diferenças. A diferença existente entre o Código

² Arts. 186 e 187, do CC.

Penal é que essa sanção é cobrada em resposta à sociedade que anseia proteção, enquanto que no Direito Civil, essa mesma sanção é cobrada em forma de proteção a quem se sentiu ou foi lesado em seu patrimônio tanto material como moral (STOCO, 2007, p.114).

1.2.4 Os ilícitos relativos e absolutos

Há uma diferenciação entre responsabilidade civil e ato ilícito sendo que a responsabilidade civil contratual (negocial) e a aquiliana têm como cerne a existência do dano. Dessa forma, um ato ilícito só se converte em responsabilidade civil se causar dano. Os ilícitos absolutos³ e relativos têm como fato a existência do dano, portanto, possuem responsabilidade civil (MELLO, 1988).

É classificado como ilícito absoluto o fato *stricto sensu* ilícito quando vinculado entre quem pratica e quem sofre, mas não existe relação jurídica, e se existe, trata-se de uma relação jurídica a sujeito passivo quando acontece nos direitos da personalidade como propriedade, personalidade, direito à vida e à honra, à saúde, entre outros (MELLO, 1988).

O ilícito relativo se mostra como ato-fato ilícito ou ilícito *lato sensu*, contrariamente ao absoluto, quando entre o agente causador e ofendido existe a relação jurídica de direito relativo, posto que o sujeito passivo é determinado. Geralmente se vincula o ilícito relativo à culpa contratual, mas pode afetar outras relações jurídicas não contratuais tais como relações de parentesco, tutela, gestão de negócios, entre outras (MELLO, 1988).

Determinam-se, como visto em Mello (1988, p.216), quando “o devedor, culposamente, impossibilita a prestação; o devedor incide em *mora*; o devedor cumpre insatisfatoriamente a sua obrigação (adimplimento insatisfatório, ou ruim)” e são dessas condições que nasce a pretensão de indenização de perdas e danos

Os atos ilícitos caducificantes advêm da perda de um direito civil disposto no art. 395, do CC, como o pátrio poder, e não se resulta somente do fato ilícito, mas, na maioria das vezes, é efeito desse. Os ilícitos negociais nulificantes têm como consequência a invalidade, pois a ilicitude advêm do campo da nulidade e anulabilidade do negócio jurídico, quando de forma mediata, e por serem

³ Art. 159, do CC.

causadores de dano, é que serão passíveis de reparação de acordo com o art. 159 (Código Civil de 1916) (MELLO, 1988).

1.3 Efeitos

Existem fatos que necessitam ser estabelecidos efeitos que são decorrentes do vínculo, caracterizado como relação ou situação jurídica, em que se pretendem regulamentar, necessitando atribuir aos agentes a fixação das relações e os efeitos que buscam produzir, com a necessidade de dotar a esses os meios de se comprometerem por intermédio da criação, extinção ou modificações de obrigações. Esses meios são a regulação própria das relações privadas. E, em relação ao ato ou negócio jurídico existem correntes doutrinárias que, em face à função, os conceituam em detrimento a elementos específicos (DIAS, 2004).

Esses negócios jurídicos possuem a seguinte classificação:

Econômicos – classificam-se como onerosos quando há reciprocidade entre partes vinculadas com obrigações assumidas ou gratuitos quando não houver contraprestações obrigatórias (DIAS, 2004).

Solenes – a formalização se dá quando a forma da substância do negócio for expressa pela disposição legal e não solene quando prevalecer o princípio da liberdade de formas (DIAS, 2004).

Patrimoniais – negócios em que há atribuição patrimonial específica que tem por objetivo um determinado bem ou parcela de domínio do interessado. Os extrapatrimoniais visam a objetos não patrimoniais como os atributos personalíssimos sem conteúdo imediato (DIAS, 2004).

Unilateral – o fato se dá pela manifestação autônoma e isolada e o plurilateral ou bilateral se dá pela manifestação de mais de uma vontade necessária à concretização do negócio (DIAS, 2004).

Existem entendimentos acerca dos fatos bilaterais ou plurilateral, no sentido da manifestação da vontade, comportar uma ou mais de uma, o que não importa o sentido de tais vontades em relação ao objeto, porém, a maioria doutrinária entende que existindo vontades recíprocas, coincidentes e concordantes há o fático bilateral e, existindo as vontades que visam ao mesmo objeto ao conjunto de vontades sem contraprestações isoladas entre os vários integrantes de forma coletiva há o fático plurilateral (DIAS, 2004).

Quanto aos elementos integrantes dos fatos ou negócios jurídicos como condição de validade, se distribuem em:

Elementos essenciais – são os que importam a constituição do negócio, são indeclináveis e devem estar presentes para se configurar como ato jurídico e dividem-se em pressupostos ou condições de validade constantes no art. 104, do CC (capacidade, licitude do objeto e idoneidade formal), e elementos estruturais (vontade, declaração) (DIAS, 2004).

Capacidade - se divide em capacidade de direito - deve ser titular do direito, e capacidade de obrar – autorizativa da prática de ato-fato jurídico, ato jurídico estrito, negócio jurídico e de praticar atos ilícitos. Para se configurar o fato jurídico válido é necessário os agentes serem capazes (DIAS, 2004).

Licitude do objeto – exige-se que o objeto pretendido pelas partes na realização do negócio jurídico seja lícito e possível, sendo esse permitido ou não proibido por lei, quando físico e juridicamente passível de concretização (DIAS, 2004).

Ilícitude do objeto – objeto que comportar vedação por iniciativa de negação na impossibilidade do negócio por falta de um dos elementos essenciais, importando na impossibilidade absoluta, quando extensível a todos ou relativa quando somente concorrem uma ou algumas pessoas que não puderem concretizar. Envolve o princípio da liberdade formal em que qualquer veículo, exceto os vedados ou indicados, estará apto a transportar a vontade negocial (DIAS, 2004).

Há, ainda, os elementos estruturais que são a vontade e a declaração. A vontade, enquanto restrita ao âmbito íntimo e mental não produz nenhum efeito jurídico ou prático delimitando-se ao princípio da reserva mental. Contudo, ao se transcender o âmbito fatural para o ambiente externo, pode-se transmutar em significação jurídica, com a finalidade de delimitar e condicionar a dimensão delimitada pelo Direito (DIAS, 2004).

Nesse sentido, a vontade comporta alguns aspectos essenciais tais como o objetivo, como negócio jurídico, em que a vontade se manifesta por meio da realização do pacto e no aspecto subjetivo em que a vontade realizada se direciona a uma ou mais pessoas que a desejaram permitida pela liberdade de escolha na realização do ato (DIAS, 2004).

Essa vontade se imbrica em três aspectos, quais sejam, opção pela realização do negócio; seleção de a quem será efetivado ou a quem se destinará;

estabelecimento do seu conteúdo e, em havendo essa autonomia, se torna inconteste, contudo, havendo restrição de vontade em qualquer aspecto, há a quebra de obrigatoriedade o que compromete o ajuste, relativizando-se o princípio do *'pacta sunt servanda'*. Há, ainda, a declaração como elemento estrutural e é o meio por qual a vontade se exterioriza no mundo fatural ou jurídico, pois retrata o limite do que a mente revela e o reconhecimento jurídico decorrente desse limite (DIAS, 2004, grifo do autor).

Esses componentes se revestem ainda da intenção pressuposta ao reconhecimento da sintonia entre a vontade interna (o resultado pretendido) com a exteriorização, ou seja, a declaração, e essa intenção tem importância em relação aos vícios do negócio jurídico (DIAS, 2004).

Paralela, existe a causa como efeito prático do negócio jurídico e há entendimentos de essa ter efeito fundamental do negócio pretendido pelas partes, já outros entendem que essa causa é anterior ao fato jurídico e por isso estaria em dissonância com a corrente objetivista, pois entende-se que seria uma causa do negócio jurídico encerrada em si mesma, mas “interna” como repercussão jurídica. (DIAS, 2004).

Os elementos naturais podem ser considerados como os efeitos do fato jurídico e independem de qualquer manifestação expressa das partes por decorrerem naturalmente de causa e efeito dentro do que determina o ordenamento como vontade direta aos efeitos pretendidos (vontade negocial), sendo o resultado prático (DIAS, 2004).

Por fim, existem os elementos acidentais, a condição; termo e encargo, cuja característica é os que podem ou não estar insertos no fato jurídico, os quais prescindem da vontade das partes incluí-los e submeter-se o ajuste e encontram-se no CC, no art. 121 (DIAS, 2004).

Segundo visto em Dias (2007, p. 25), existe a corrente voluntarista em que se pode designar como “[...] a vontade é o elemento estrutural do negócio jurídico, sendo este o meio de declaração dela, com fins de produção de efeitos jurídicos, [...] revela a vontade sobre os demais aspectos”, sendo assim, promove a constituição de uma conexão do negócio de forma direta “[...] entre a vontade e os efeitos que ela pretende gerar no campo jurídico.”

Já a corrente objetivista, como aponta Dias (2004, p. 25), determina-se que se “vê no negócio, um instrumento de autonomia privada que garantiria ao

indivíduo a regulamentação de seus interesses, [...] o sujeito poderia criar preceito, ou seja, estabelecer uma norma operante no âmbito privado.”

Na corrente estruturalista, de acordo com Dias (2004, p. 25), essa teoria “não tenciona efetuar análise acerca da vontade ou da função do negócio, mas o considera sob a ótica da existência, isto é, do negócio enquanto realidade objetiva decorrente da reunião de elementos componenciais.” Importa, nesse caso, que sendo reconhecidos os elementos estruturais de forma clara e pontual da composição orgânica do negócio seja possível de serem identificados os efeitos jurídicos nesses elementos.

1.3.1 As Obrigações e seus elementos configuradores

Dentro do que se considera por direito, sempre esse envolverá a questão de obrigação e vice-versa. Pode-se definir, segundo Escobar Júnior (2005, p.103) obrigação como toda “relação jurídica de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste em uma prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, [...] garantindo-lhe o adimplemento por meio de seu patrimônio.

Há, ainda, os elementos constitutivos que envolvem a obrigação, e esses se assentam em:

Subjetivo, em que existe um sujeito ativo, nesse caso, o credor que é o beneficiário da relação estabelecida (física ou jurídica) em que há a prestação positiva ou negativa e que tem o direito de exigí-la, e o sujeito passivo, nesse caso o devedor, o qual tem a obrigação de cumprir a prestação (ESCOBAR JÚNIOR, 2005).

Possui ainda o objetivo (material) ou objeto, do qual decorre a prestação positiva ou negativa de dar, fazer ou não, segundo Escobar Júnior (2005, p.103) “[...] deve ser lícita, possível (física e juridicamente), determinada ou determinável e economicamente apreciável”, possui ainda como elemento o vínculo jurídico que é o “elo que sujeita o devedor a determinada prestação [...] em favor do credor. É o liame legal que une o devedor ao credor. Abrange o **dever** da pessoa obrigada (*debitum*) e sua **responsabilidade** em caso de não cumprimento (*obligatio*)” (grifos do autor).

Existem as fontes que indicam o elemento gerador ou fato jurídico que deu origem às obrigações. Nesse caso, a lei, como fonte primária, o contrato de compra, venda, locação como negócio jurídico bilateral, o ato unilateral de vontade

como negócio jurídico unilateral em que há a promessa e a responsabilidade civil, a qual abrange os atos ilícitos, nesse caso, os danos decorrentes dessa relação (ESCOBAR JÚNIOR, 2005).

As obrigações se classificam quanto ao objeto como obrigação positiva de dar cujo devedor se compromete a entregar alguma coisa transferindo a propriedade, a posse ou o uso da coisa certa⁴, em que se baseiam uma coisa individualizada, móvel ou imóvel. O credor não é obrigado a receber coisa maior do que acordado e o devedor se desonera da obrigação com a entrega do bem quer seja por transferência, entrega e restituição do que foi avençado. Havendo perecimento antes da devolução e não havendo culpa do devedor por motivos de força maior ou caso fortuito, há a liquidação da coisa avençada (ESCOBAR JÚNIOR, 2005).

Há a coisa incerta⁵ cuja obrigação tem objeto indeterminado e que deve, ao menos, ter o gênero e quantidade em que se determina pela escolha acabando com a incerteza. A obrigação pecuniária ou de solver dívida em dinheiro abrange a reparação de danos e pagamento de juros. Há ainda a obrigação positiva de fazer⁶ o qual consiste no ato ou serviço do devedor e que na impossibilidade de cumprimento ou recusa em fazê-lo, responderá por perdas e danos pela recusa voluntária que induz à culpa e não havendo, resolve-se a obrigação sem indenização (ESCOBAR JÚNIOR, 2005).

Se classificam ainda como obrigação de fazer fungível em que a prestação do ato pode se dar pelo devedor ou terceiro, caso aquele seja incapacitado ou se recusou a fazê-lo, e o credor pode indicar esse para o cumprimento da obrigação não isentando o devedor dos custos e mora e nem indenização por perdas e danos⁷. Já a obrigação infungível só pode se dar pelo devedor e, ao se recusar no cumprimento da obrigação, incorre em indenização por perdas e danos⁸ por não poder constranger o devedor fisicamente a executá-la, o que é feito hoje para obrigá-lo a cumprir com a obrigação é a execução específica, em que incorre multa diária, a astreinte⁹ (ESCOBAR JÚNIOR, 2005).

⁴ Arts. 233 a 242, do CC.

⁵ Arts. 243 a 246, do CC.

⁶ Arts. 247 a 249, do CC.

⁷ Art. 249, do CC.

⁸ Art. 247, do CC.

⁹ Consiste em o juiz determinar acréscimo diário enquanto a obrigação não é cumprida, ainda que não haja no contrato a cláusula penal, aplica-se nas obrigações de fazer, não fazer e de dar coisa

Quanto à obrigação negativa de não fazer¹⁰ é a que o devedor se compromete a não realizar determinadas ações e, caso o faça, restará caracterizado como inadimplente em que poderá haver desfazimento do contrato ou indenização, a depender do caso, é sempre pessoal e cumprida pelo devedor (ESCOBAR JÚNIOR, 2005).

Outros elementos que envolvem a obrigação se constituem de obrigações simples em que tanto o sujeito ativo quanto o passivo versa sobre um único objeto do qual incorre um único efeito, já as obrigações compostas possuem pluralidade de sujeitos em que as obrigações são solidárias em que credores (ativa) e devedores (passiva) têm direito e obrigação ou de ambas as partes (mista) e não se dão isoladamente ou uma e ou outra situação e a pluralidade de objetos se dá de forma cumulativa ou conjuntiva em que o devedor deve entregar dois ou mais objetos e o inadimplemento de uma envolve o descumprimento total (ESCOBAR JÚNIOR, 2005).

A alternativa ou disjuntiva se dá por um ou outro objeto e a escolha é do devedor em optar por um ou outro contratado, se houver culpa e o devedor escolheu um e não o pôde dar, estará obrigado a pagar por esse mais perdas e danos e se foi o credor pode exigir o valor de qualquer um mais perdas e danos (ESCOBAR JÚNIOR, 2005).

Existe ainda, dentro das obrigações, a cláusula penal que, segundo Escobar Júnior, p.110), se caracteriza pela “[...] penalidade imposta pela inexecução parcial ou total da obrigação (infração contratual) ou pela mora no cumprimento da obrigação”.

É uma obrigação acessória, também convencionalizada de multa contratual ou pena convencional pactuada pelas partes quando há a violação contratual que visa dar cumprimento aos valores acordados e sobre a obrigação principal em que há perdas e danos; pode ser nula, caso se vincule ao contrato principal ou se ela for somente nula, não o afetando. Tem função coercitiva, e caráter preventivo, o qual intimida o devedor. E a de caráter repressivo, ou ressarcimento, é a prefixação das perdas e danos no inadimplemento (ESCOBAR JÚNIOR, 2005).

certa, não vale para a obrigação de dar coisa incerta, obrigação de pagar quantia e obrigação de restituir dívida em dinheiro por não haver previsão legal no caso concreto.

¹⁰ Arts. 250 e 251, do CC.

Quanto ao enriquecimento ilícito sem causa, baseando-se no princípio da equidade, não se deve haver o locupletamento de coisa alheia, ou seja, a repetição de indébito, quando do pagamento indevido que cabe restituição, desde que seja provado que houve o erro e quem recebeu, tem o dever de restituir, sanando o erro (ESCOBAR JÚNIOR, 2005).

1.3.2 Teorias fundamentadoras

Segundo visto em Dias (2007, p. 25), existe a corrente voluntarista em que se pode designar como “[...] a vontade é o elemento estrutural do negócio jurídico, sendo este o meio de declaração dela, com fins de produção de efeitos jurídicos, [...] revela a vontade sobre os demais aspectos”, sendo assim, promove a constituição de uma conexão do negócio de forma direta “[...] entre a vontade e os efeitos que ela pretende gerar no campo jurídico.”

Já a corrente objetivista, como aponta Dias (2004, p. 25), determina-se que se “vê no negócio, um instrumento de autonomia privada que garantiria ao indivíduo a regulamentação de seus interesses, [...] o sujeito poderia criar preceito, ou seja, estabelecer uma norma operante no âmbito privado.”

Na corrente estruturalista, de acordo com Dias (2004, p. 25), essa teoria “não tenciona efetuar análise acerca da vontade ou da função do negócio, mas o considera sob a ótica da existência, isto é, do negócio enquanto realidade objetiva decorrente da reunião de elementos componenciais.” Importa, nesse caso, que sendo reconhecidos os elementos estruturais de forma clara e pontual da composição orgânica do negócio seja possível de serem identificados os efeitos jurídicos nesses elementos.

1.4 Pressupostos

1.4.1 Culpa

Segundo definição de Venosa (2001, p.506), “culpa é o que o agente deveria inobservar e deveria conhecer e para os quais deveria estar atento.” Na culpa, em sentido estrito, o autor da conduta não quer o resultado, mas pela falta de cuidado pratica a conduta.

Para fixar o quantum a ser indenizado, o juiz não irá olhar a culpa, mas sim a extensão do dano¹¹, sendo que neste último haverá possibilidade de se reduzir a indenização utilizando uma cláusula geral da equidade. Assim, onde houver desproporção entre o dano e o grau de culpa, o juiz poderá, utilizando da equidade, reduzir a indenização. Esse artigo tem de ser interpretado restritivamente, só será aplicado para reduzir a indenização, não para fixação da mesma, excepciona o princípio da reparação, pois, segundo este princípio, ao causar uma lesão deve haver a reparação do dano por inteiro (VENOSA, 2001).

Cavaliere (2010, p.46) define culpa como “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.”

1.4.2 Nexo Causal

O nexos causal diz respeito a quem atribuir e a que extensão, é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano. Como preleciona Cavaliere Filho *in verbis*

Vale dizer, não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o quê a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato (CAVALIERI FILHO, 2010, p.57).

Caso fortuito, ou força maior, é fato externo à conduta do agente de natureza inevitável, ou seja, independe da previsibilidade, é excludente de nexos causal. Casos em que a própria conduta da vítima gerou dano a ela mesma, em que o fato é exclusivo da vítima, também são excludentes de nexos causal. Se o fato for de terceiro, não há comportamento do agente, haverá nomeação a autoria (CAVALIERI FILHO, 2010).

Cavaliere Filho (2010) ensina que no Direito Civil acolhe a teoria da causalidade adequada, portanto, não são todas as condições equivalentes que concorrem para o resultado, apenas a mais adequada a produzir concretamente o

¹¹ Art. 944, do CC e 944, parágrafo único CC.

resultado. O nexu causal pode ser alegado para elidir a culpa (fato exclusivo da vítima; caso fortuito e força maior; fato de terceiro).

1.4.3 Dano

Conforme os ensinamentos de Cavalieri Filho (2010), esse destaca que o dano é o ponto de maior reflexão da responsabilidade civil, pois sem ele não teria de se falar em indenização nem ressarcimento, há ainda a afirmativa que pode haver responsabilidade sem culpa, mas essa não existe sem dano, mesmo havendo conduta culposa ou danos, sem o dano, não há o que reparar.

O conceitua ainda como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico de qualquer natureza, os quais envolvem o bem patrimonial e um bem integrante próprio da personalidade da vítima (honra, imagem, liberdade); em que define ser lesão ao bem jurídico dividido em patrimonial ou moral (CAVALIERI FILHO, 2010).

O dano patrimonial¹² é a lesão a um interesse econômico, de interesse pecuniário e divide-se em dano emergente e lucro cessante. Entende-se por dano emergente como os prejuízos efetivamente sofridos pela vítima, é o decréscimo patrimonial, já lucro cessante, ou lucros frustrados, é o que a vítima deixou de auferir razoavelmente ou tudo o que a vítima deixou de ganhar e deve-se buscar primeiro a recomposição à situação primitiva¹³. Quando há cláusula penal¹⁴, não há necessidade de provar o dano, pois o prejuízo já foi pré-estimado (CAVALIERI FILHO, 2010).

Não pode pedir lucros cessantes de atividade ilícita, como a atividade de vendedor ambulante, mas, caso a barraca em que o ambulante trabalhava tenha sido destruída, ele poderá pedir dano emergente. A reparação ao dano patrimonial tem função indenizatória, ressarcitória e de equivalência (retorna ao *status a quo*) (CAVALIERI FILHO, 2010).

O dano extrapatrimonial, ou moral, é lesão ao direito da personalidade da pessoa humana. Atinge a liberdade, igualdade, solidariedade ou estado psicofísico. Só existe dano moral quando a dignidade é atingida¹⁵. Nesse

¹² Art. 402, do CC.

¹³ Art. 947, do CC.

¹⁴ Art. 402, 1ª parte, do CC.

¹⁵ Art. 5º, V e X, da CF.

caso, a reparação é gênero em que são espécies a indenização e a compensação; tem função satisfatória.

1.5 Objeto do Direito: os Bens

Como visto em Escobar Júnior (2005, p.49, grifos do autor), o qual define “**coisa** como tudo o que pode satisfazer uma necessidade do homem. Já **bem** designa a coisa material útil ao homem quando economicamente valorável e suscetível de apropriação”, o autor destaca que dentro do Código Civil não há essa divisão de conceitos e considera ainda que, segundo Monteiro (1986, *apud* ESCOBAR JÚNIOR, 2005, p.49), “[...] do ponto de vista do Direito, ‘**bens** são valores materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de direito””, confirmando-se que há uma relação jurídica quando entre dois sujeitos há um bem que gera direitos e obrigações.

Esses bens podem ser corpóreos, materiais e tangíveis por se constituírem de materialidade física e podem ser objeto de contrato de compra e venda, já os incorpóreos, imateriais ou intangíveis são os considerados de existência abstrata, perceptíveis apenas por sentidos, e podem também ser objeto de contrato, nesse caso, de cessão, e não podem, dentro da materialidade, ser de usucapião, mas ambas as classificações compõem o patrimônio da pessoa (ESCOBAR JÚNIOR, 2005).

Dentro de uma classificação geral, os bens considerados em si mesmos¹⁶, são imóveis, móveis; infungíveis e fungíveis; inconsumíveis e consumíveis; divisíveis e indivisíveis; singulares e coletivos (ou universais) e biparticularizam-se em coisas fora do comércio, tais como insuscetíveis de apropriação (ar, luz solar); personalíssimas (vida, honra, liberdade); legalmente inalienáveis (bem de família) (ESCOBAR JÚNIOR, 2005).

¹⁶ arts. 79 a 91, do CC.I

2 ESFERAS JURÍDICAS

2.1 O Princípio da Incolumidade das Esferas Jurídicas

Vê-se em Mello (1988) que todo elemento jurídico, independente da intensidade, possui o princípio da incolumidade nas esferas jurídicas individuais que podem ser mensuráveis ou não, os quais abrangem um conjunto de direitos e deveres também mensuráveis, ou não, que se relacionam economicamente a alguém. Apesar desse princípio *neminem laedere*, a ninguém é dado o direito de interferir legitimamente na esfera jurídica alheia sem o seu consentimento ou autorizado por lei ao qual possui um dever genérico (absoluto) que cabe a todos de não causar danos.

Em contraponto, Mello (1988) destaca que, mesmo havendo a vontade humana consciente ou inconsciente na prática de ato lesivo, independente de fatores humano ou animal, nada impede que se atinja a esfera jurídica de outrem, causando-lhe danos.

Exemplifica o autor que se A atira uma pedra na janela de seu vizinho vindo a quebrá-la ou B deixa seu cachorro solto na rua e esse vem a ferir algum transeunte, aí esta caracterizada a violação ao que preceitua o princípio de incolumidade (MELLO, 1988).

Explica Mello (1988) que não há somente danos, há também ilicitude e são ilícitas nas situações quando *in verbis*

II – nas relações jurídicas de direito relativo, ditas também de crédito ou obrigacionais, o devedor: - (a) descumpra a sua obrigação ou a cumpra e mal (adimplemento ruim) e incide em *mora*; culposamente, impossibilita a prestação;

III. ato é realizado em violação de direito absoluto de natureza pessoal, como os direitos da personalidade (= direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, ao nome, ao corpo), ou real (= direito de propriedade, v.g.);

IV. há infração de interesse juridicamente protegido que não constitui direito subjetivo (caso dos chamados interesses difusos, de interesse religioso, de interesse moral, e.g.);

V. existe abuso ou exercício irregular de direito, como ocorre quando o pai castiga imoderadamente o filho;

VI. ou alguém pratica ato jurídico contrariando norma jurídica cogente (e.g quando alguém firma contrato sobre objeto ilícito) (MELLO, 1988, p.198).

Importa dizer que nas hipóteses elencadas acima, por envolverem situações que aderem ações tanto humanas ou de eventos naturais, em que há infração que fere deveres, sendo esses relativos ou absolutos, que implicam em violação da lei, inclusive aos imputáveis com capacidade delitual, havendo danos patrimoniais ou não que contrariam o direito são ilícitos (MELLO, 1988).

2.2 O Dano Moral

O dano moral, segundo observado no novo Código Civil, art. 186, 187 c/c o art. 927, (BRASIL, 2002), pode ser bem definido como “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e, ao cometer-se esse ato ilícito e “causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, podendo ser causado tanto à pessoa física quanto à jurídica.

Contudo, cabe diferenciar que o dano moral aqui aprazado não se interpreta como ato de caráter, ética e costumes ao que a palavra moral se remete e que, muitas vezes, causa interpretações divergentes e, sim, o dano moral que se remete ao prejuízo causado a alguém em virtude do ato de outrem, ou seja, em que a conduta do ofensor é lesiva ao patrimônio imaterial do ofendido ou como alguns doutrinadores consideram como um dano extrapatrimonial (SANTOS, 2003).

Para se exemplificar a diferença existente entre dano moral e patrimonial, tomou-se a seguinte situação vista em Santos

O dano biológico, no Direito Constitucional brasileiro, pode ser considerado como o dano ao bem-estar geral, o dano à saúde que, se repercutir na esfera anímica de alguém, produzirá *dano moral* e se, pelo contrário, vier a se caracterizar pelo detrimento ao patrimônio, o dano será material. Um grave ferimento no rosto de uma jovem que dê origem a uma cicatriz deformante, será causadora apenas de dano moral. Mas se essa jovem tiver a profissão de modelo e deixar de posar para fotografias, em razão da deformidade, e, assim, não ganhar o dinheiro que poderia ter obtido se a foto fosse publicada em revistas, claro está a existência do dano patrimonial de par ao moral, pois a cicatriz foi o motivo de angústia (SANTOS, 2003, p.89).

Como visto no exemplo trazido por Santos (2003, p.89) e que também ele faz analogias com outros direitos internacionais, afirma que “no direito brasileiro não há lugar a uma nova classificação de dano. Ou ele é moral ou

patrimonial; ou ocorrem ambos, simultaneamente”, o que comprova que se deverá haver distinção e aferimento das situações que envolvam a questão de entendimento referente a danos morais, e mais, diz ainda que “[...] no Brasil, não existe um terceiro gênero de danos. Ou a lesão é patrimonial, representada pelo dano emergente e lucros cessantes, ou é moral.”

Com esse entendimento, é necessário destacar que, segundo Santos (2003, p. 90) se, em uma leitura não acurada ao que preceitua o art. 5º, inc. X, da Constituição brasileira, que considera o “[...] dano moral a ofensa à honra, à intimidade, à imagem e à vida privada, pode haver a conclusão errônea de que somente esses aspectos da personalidade estão a merecer integral proteção.”

Nesse sentido, destaca-se em Santos (2003) que o entendimento de se considerar o conceito de personalidade, como já abordado acima, não se restringe a esse campo personalíssimo, pois cotidianamente insurge um atingimento lesivo ao direito personalíssimo que não coaduna com o ato ilícito de natureza civil e a tipicidade penal tão somente e que tanto o dano moral e o patrimonial não modificam o dano à pessoa, ambos estão intrínsecos. Não se pode taxá-lo e especificá-lo como os crimes previstos no Código Penal.

Como visto em Stoco (2007, p.230), esse preleciona que o dano moral não tem caráter ressarcitório e sim compensatório e que, “[...] reconhecido o direito à reparação do dano moral, os elementos que informam a liquidação diferem do caso do dano material”, tanto um quanto no outro “[...] o princípio fundamental é idêntico: tem legitimação ativa *ad causam* a pessoa prejudicada pelo ato danoso.”

A realização de uma atividade econômica, muitas vezes, causa dano. O dano causado deverá ser indenizado, independente de culpa ou ato ilícito. A indenização será devida pelo fato de o agente ter causado um dano injusto no exercício de atividade de risco. Substitui-se a idéia de liberdade por solidariedade. Traz a idéia de cidadania (CAVALIERI FILHO, 2010).

Onde há dano, há indenização. Só se pode pleitear indenização quando o dano fere interesse juridicamente protegido. O nexo da imputação é a razão pela qual é atribuída a responsabilidade a alguém. Pode atribuir a responsabilidade pelo ato culposo (teoria subjetiva) ou pela atividade de risco (teoria objetiva). A culpa e o risco são as fontes para haver indenização (CAVALIERI FILHO, 2010).

Cavaliere Filho, em sua obra, sobre a diferença da responsabilidade civil e a penal define *in verbis*

Por mais que buscassem, os autores não encontraram uma diferença substancial entre o ilícito civil e o penal. Ambos, como já ficou dito, importam violação de um dever jurídico, infração da lei. Beiling já acentuava que a única diferença entre a ilicitude penal e a civil é somente de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito civil é um *minus* ou *residuum* em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves (CAVALIERI FILHO, 2010, p.14).

Portanto, é a responsabilidade civil o meio de se obrigar alguém a reparar dano moral ou material causado a outra pessoa, diretamente ou por pessoa a quem seja responsável ou ainda por algo que lhe pertença.

2.3 Teorias que Conceituam Dano Moral

Há teorias que visam o sentido de dano espiritual antes de se conceituar, propriamente dito, o dano moral, são elas:

- a) a que considera o *dano moral* como dano extrapatrimonial;
- b) a que busca a natureza do bem jurídico ofendido. O *dano moral* será o ato que lesione um direito de personalidade;
- c) por último, a tese que parte do princípio de que o resultado da violação do direito ligado ao bem protegido que faz emergir o *dano moral* (SANTOS, 2003, p.92, grifos do autor).

Nesse sentido, Santos (2003, p. 92), destaca que na primeira teoria ao se afirmar que “dano moral é lesão não patrimonial é nada definir” por não contribuir de nenhuma forma ao entendimento e não deve ser considerada, mas que, mormente, faz parte no direito brasileiro.

Quanto à segunda teoria, Santos (2003, p.92) critica a possível analogia ao que preceitua o art. 5º, inc. X, da CF, no que concerne a não aceitação do “*punctum pruriens*” como a base para todo estudo dogmático e define que a “[...] concepção de ‘*dano moral*’, como lesão a direitos personalíssimos, conduz a soluções inimagináveis no momento de fixação da indenização” quando houvesse a mensuração da importância no mesmo grau de integridade corporal e a vida de

alguém exemplificando que a mão de um pianista tem um maior valor quando sua perda representa a incapacidade de exercer a sua profissão daqueles que também a perdem, mas essa perda não é o fator de sua subsistência e que por intensificação, teria um valor menor agregado.

A crítica acerca dessa teoria é que não se podem considerar apenas os aspectos econômicos sobrepungentes aos aspectos da vida, da honra, da intimidade, da liberdade e outros direitos personalíssimos e, para se arrefecer os entendimentos acerca dessa teoria, é necessário considerar vários aspectos que circundam as situações concretas e abstratas e quais as repercussões causadas pelo dano à vítima, pois existem outros direitos que fogem à esfera do extrapatrimonial, mas que podem causar rupturas na tranquilidade espiritual do ofendido como os direitos políticos, sociais e de laços familiares (SANTOS, 2003).

Como analogia ao grau de perda, considere-se a situação hipotética em que um operário que manipula maquinário é um exímio sanfoneiro e que, em suas horas de lazer, reúne amigos e familiares para uma rodada de forró, causando deleite e felicidade a quem o circunda. Nesse ínterim, sofre um acidente em qualquer outra situação que não seja a laboral, vindo a perder a sua mão, exemplo, uma batida de carro causada por outro agente que se encontrava embriagado.

Nessa situação, qual é o grau de perda a que o agente foi exposto? Do seu deleite, do seu prazer e de sua satisfação diante da sua vida, e que agora foram ceifados, como mensurar e ressarcir essa perda? E quando o acidente se der na esfera laboral, qual a mensuração a ser dada?

Apesar de o autor não especificar a terceira teoria, pelo sentido, depreende-se que em Santos (2003, p. 92), o que se determina como dano moral indenizável “é a consequência, o resultado que do ato dimana. Não é o dano em si que dirá se ele é ressarcível, mas os efeitos que o dano provoca”, sendo assim, puro e simplesmente abstrato, o dano por si só não carece de ressarcimento, bastando configurar e concretizar em que escala esse dano feriu de forma psicofísica essa perda de tranquilidade surgida do dano causado.

Resumindo, é a percepção da repercussão que esse dano causou no ânimo do sujeito como ação na tranquilidade, bem-estar, mortificação espiritual de um direito que não alcançou o patrimônio material e, sim, na *psique* do sujeito, e isso não havendo, não é dano moral (SANTOS, 2003). E se atribuindo a situação

hipotética de perda de subsistência, houve ainda a perda da paz interior e felicidade e, conseqüentemente, teria um peso maior na imputação do dano moral.

2.4 Sujeito da Reparação no Dano Moral

Segundo visto em Stoco (2007, p. 230), em relação à identificação do sujeito no dano material é simples, quanto ao dano moral, se considera lesada a pessoa que teve ferido os seus “[...] bens jurídicos não materiais [...] (honra, nome, conceito social, integridade moral e física)” e, em seguida, são consideradas também as que estão ligadas a essa pessoa por laços afetivos, “[...] legitimados segundo o grau de afeição real ou presumida”.

O que não se permite diante dessa relação de afetividade ou linha colateral, que os envolvidos tomem a frente do principal afetado com relação a pedidos de indenização, quando esse não o fez para se evitar abusos em ações indenizatórias, nem em situações em “cadeia” quando do ingresso de pedido de indenização por mais de um legitimado, ou seja, pelos pais, pelos filhos, e assim sucessivamente (STOCO, 2007).

Stoco (2007, p.230) também destaca que para se legitimar ou credenciar-se no pleito “[...] deve-se perquirir quem foi efetivamente atingido em seus sentimentos anímicos, em razão da morte ou mesmo por força de ofensa causada a terceiro”, o que vale é mensurar em qual grau se deu o dano quer seja no atingido ou até mesmo, além dos parentes, os de relações afetivas, os conviventes hetero ou homossexuais, os quais o atingido mantenha laços, e que também foi atingido pelo “[...] gravame moral impingido àquele em razão do relacionamento entre ambos”. O que se destaca é que não se deve confundir a legitimação com a sucessão hereditária.

Já Cahali (2011, p.625/626) ao se referir sobre a transmissibilidade hereditária afirma que “o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, exceto nos casos que este Código excluir¹⁷”, o que para o autor seja somente contrária a partir de que “[...] a regra jurídica especial torne incólume a herança ao princípio da transmissibilidade da pretensão à indenização pelo dano moral”. Outros se posicionam contra, como Brebbia, citado por Cahali (2011) por considerar “[...] o caráter personalíssimo da ação de reparação

¹⁷ Art. 943, do CC.

do dano moral, característica que se deduz da natureza sancionatória da ação, de tal modo que a legitimação ativa não se transmite aos herdeiros”.

Também se vê em Larenz (1958, p.458), seu posicionamento contrário de que a ação reparatória não pode ser transferida “cuando la finalidad de la prestación haya sido determinada de tal forma que solo puede ser obtenida realizándola precisamente a favor del titular.”

2.5 Elementos Subjetivos do Dano Moral

Segundo visto em Santos (2003, p.102), existe o dano à vida de relação e que pode servir de parâmetro para a quantificação do dano moral e definido-se como quando “ficar comprovado que a vítima perdeu algo mais do que o simples bem-estar psicofísico, como servirá, também, para aquilatar melhor a existência do dano extrapatrimonial”.

O que se caracteriza como não há somente a lesão na perda física ou psíquica causando atos ilícitos que possuem uma dimensão maior ao sujeito quando se vive em uma sociedade que não se restringe ao simples fato de trabalhar e viver, mas que, segundo Iturraspe (1994, *apud* SANTOS, 2003, p.101) “[...] se vincula às faculdades que enriquecem a personalidade: culturais, artísticas, desportivas, sociais, religiosas e outras”.

Existem parâmetros da jurisprudência para quantificar o dano moral que são, como por exemplo, extensão do dano – quanto maior o dano maior a extensão; grau de culpa dos envolvidos – deve-se verificar o grau de culpa dos agentes, da vítima e de terceiros – art. 945 CC – redução equitativa do dano moral; condições econômicas, sociais, culturais, psicológicas dos envolvidos – análise sociológica da responsabilidade civil para fixar a indenização; intuito pedagógico ou punitivo – muitos afirmam intuito pedagógico e outros que seria punitivo, indenização para que o agente não repita a conduta (SANTOS, 2003).

Não poderá gerar enriquecimento ilícito sem causa do ofendido nem a ruína do ofensor. É possível cumular dano moral com dano patrimonial por um só fato (súmula 37, STJ). Segundo o art. 186, do CC, é possível pedir, exclusivamente, dano moral. É denominado dano moral puro ou autônomo. Excepcionalmente, poderá ser cumulado dano moral, patrimonial com o dano estético (a regra é a não cumulação do dano estético com o moral) (CAHALI, 2010).

2.6 Finalidades da Reparação do Dano Moral

Há, na doutrina, um debate acerca dos fundamentos jurídicos que justificam a indenização por dano moral em que se tem uma bipartição sobre o que é uma compensação para a vítima ou uma punição com a função de inibir o ofensor, ou ambas, com o caráter punitivo-sancionatório (MELO, 2004).

Os doutrinadores do Direito contrários à reparação argumentam, como visto em Lima (1940), que existem os seguintes fatores *in verbis*:

- 1º falta de um efeito penoso durável;
- 2º A incerteza nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado;
- 3º A dificuldade de descobrir a existência do dano;
- 4º A indeterminação do número de pessoas lesadas;
- 5º A impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro;
- 6º A imoralidade de compensar uma dor com dinheiro;
- 7º O ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz;
- 8º A impossibilidade jurídica de admitir-se tal reparação (LIMA, 1940, *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, p.68).

Gagliano e Pamplona Filho (2004) discutem que a falta desse efeito (1º) estaria ligada à ideia de dano relacionada à diminuição do prazer tanto da ofensa moral ou material e essa ofensa seria um efeito moral temporário, o que, na crítica de Lima (1940), ao se rechaçar esse critério, justificou ser necessário quantificar o tempo que duraria essa sensação, sendo impraticável do ponto médico e psicológico.

Os autores pontuam que os efeitos da lesão somente poderão ser mensurados na forma e na intensidade de reparação e não quantificados para serem reparados na medida de seus efeitos, pois podem durar uma vida toda, como traumas psíquicos que levem ao suicídio, por exemplo, ou passageiros, como uma agressão física, que gera feridas curáveis em alguns dias (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004).

Quanto ao item 2º, sobre a incerteza de um direito violado, esse foi sustentado por Chironi (1903) e contestado por Minozzi (1917) por achar que sempre há uma só causa do dano (ação e omissão) executada pelo agente independente ser o bem ou direito lesados, e esse dano se biparte em material ou moral quando da natureza determinante. Argumentam Gagliano e Pamplona Filho (2004, p.69) que também há uma visão errônea de Minozzi, quando afirmam que a

falha desse entendimento se dá por ele não atentar que “[...] o dano moral é o efeito não-patrimonial da lesão de um direito e não a lesão de um direito especial e abstrato a que não se reconhece valor jurídico”.

Gagliano e Pamplona Filho (2004, p.69) entendem que, por não se materializar o dano em valores econômicos não significa seja ele etéreo e que a “[...] certeza do dano decorre da efetiva violação do direito [...] extrapatrimonial. [...] os efeitos do direito violado serem imateriais não implica em inoccorrência de violação, tampouco, na inexistência de direito lesado.

Quanto ao 3º argumento, justifica Lima (1940) que quase sempre, em todos os casos, é difícil para o juiz descobrir se o ofendido tem ou possui aquela dor que alega e que se reveste de hipocrisia difícil de ser desmascarada pelo juiz. Gagliano e Pamplona Filho (2004) arguem concordarem em parte, pois diante da dor da perda de um filho e que essa perda causou dano, não há o que se contestar, mas consideram ser, de fato, difícil para o juiz se revestir de certeza diante de determinadas circunstâncias, contudo, explicam que se trata mais de uma constatação probatória do que impedimento de se ressarcir dano de uma exacerbação pretendida de reparação a uma lesão efetiva ao patrimônio moral.

No 4º argumento que trata sobre a indeterminação do número de pessoas lesadas, tem a base da questão de legitimidade para se pleitear a reparação do dano moral bem interrelacionada com o tópico anterior, ou seja, discernimento do juiz em determinar quem são os prejudicados para pleitear reparação e Gagliano e Pamplona Filho (2004, p.71) se mostram contrários à esse argumento ao dizerem que os opositores não tiveram coragem em admitir que “[...] todo aquele que efetivamente sofrer uma lesão, mesmo de natureza extrapatrimonial, deve ter direito à indenização” e reforçam que há um entendimento subjetivo sobre parentes próximos por laços consanguíneos gerarem vínculo afetivo e que essa presunção é *juris tantum*, em que se admite “[...] prova em contrário da inexistência de afetividade com a vítima direta do dano.”

No 5º argumento, sobre a avaliação em dinheiro, é o ponto central da discussão entre os que acordam ou não a reparação dos danos morais, sendo que os favoráveis crêem ser positivo um processo de compensação, já os que discordam exigem, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2004, p.72) ser possível calcular “[...] um dano matematicamente redutível em pecúnia, sob pena de ser indevida qualquer prestação monetária”, e argumentam ser impossível acatar esse

argumento dos opositores por se basearem equivocadamente na teoria da responsabilidade civil que pela indenização de danos patrimoniais esses devem ser fixados pecuniariamente, excluindo-se aí os extrapatrimoniais.

Argumentam ainda que se assim fosse, haveria danos materiais que nem poderiam ser ressarcidos, como uma obra de arte, por parâmetros abstratos, e que o dinheiro na reparação não pode ser quantificado ou qualificado numa correspondência monetária dos bens atingidos pela lesão. Esse entendimento reforça que para se alcançar uma equivalência entre a dor sofrida e a indenização respectiva o valor monetário só interessa quando esse propicia prazer (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004).

Quanto ao 6º argumento critica-se a imoralidade apontada ao compensar a dor com dinheiro, pois acredita-se que mais imoral que isso é deixar o que sofreu a ofensa sem tutela jurídica e o agente causador do dano sem responder, ficando à vontade para causar novos danos, e a função de reparação pecuniária é tão somente para dar uma satisfação a quem se sentiu ofendido moralmente visando reparar o dano psicológico e prestigiar o respeito ao bem violado decorrente do mal causado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004).

No 7º argumento, sobre a ideia da “ditadura do judiciário”, refuta-o também por se considerar difícil determinar a existência dos danos extrapatrimoniais com os danos causados e sua quantificação, por isso, reafirma-se que, hoje, o magistrado não é irresponsável ao ponto de deliberar sem ter causa e fundamentação jurídica que embasem as suas decisões nos autos e as circunstâncias apresentadas e ainda há as condições de uma sentença ser prolatada, sendo apreciada por instâncias superiores até se esgotarem todos os argumentos do arbítrio do juiz sempre respaldado na doutrina ou legislação especial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, grifo dos autores).

No 8º, e último argumento, sobre a impossibilidade jurídica da reparação os autores se posicionam contrários por justificarem que, atualmente, em todo o mundo há previsão específica de reparabilidade de dano moral nos ordenamentos jurídicos, declaram ainda que esse posicionamento é risível, haja vista os bens morais serem jurídicos e qualquer violação advinda, estes estão tutelados pelo Estado, o que fortalece o entendimento que não são quesitos supérfluos que envolvem a questão serem ressarcíveis, mas, o grau de extensão à

pretensão de reparar os danos causados consubstanciados em vários fatores que os circundam (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004).

2.6.1 Finalidade compensatória

Entende Theodoro Junior (2001, apud MELO, 2004), que não se deve robustecer o caráter de punição quanto à fixação de parâmetros indenizatórios de danos morais, e essa ideia cinge-se de que, agindo-se assim, foge-se totalmente aos preceitos emanados do direito constitucional e que, não havendo lei que emane do direito civil ou penal, e não as regule, fere a Constituição ao se deliberarem sentenças exorbitárias, fora de limites usuais com o intuito apenas de punir e demonstrar exemplaridade.

Destaca-se que sempre se devem exaurir todas as prerrogativas a fim de se determinar a indenização no curso do processo, após coleta de todas as provas, realização de perícia para aferir a extensão da lesão, em que o magistrado aplicaria a pena seja ela pecuniária ou de retratação pública (MELO, 2004).

Em Gagliano e Pamplona Filho (2004) a finalidade compensatória tem como pressuposto básico a finalidade da reparação civil como o resultado para que as coisas retornem ao seu estado original (*status quo ante*), repondo o bem perdido, ou se não for mais possível, impõe-se uma quantificação pecuniária ou um *quantum* indenizatório no valor equivalente ao bem imaterial.

2.6.2 Finalidade punitiva e pedagógica

Melo (2004) explica os parâmetros que os defensores pela fixação da indenização consideram e que há de ser punido o ofensor e buscam culpar esse ofensor e na eventual participação da vítima, devendo ser definidos por um *quantum* indenizatório. Deve-se buscar averiguar também a personalidade e as condições pessoais e financeiras de ambos.

Gagliano e Pamplona Filho (2004), quanto à finalidade punitiva, acreditam que a punição não é a finalidade básica, mas indica que houve negligência por parte do ofensor, e para manter a cautela de seus atos, não deve

mais voltar a incidir em erros, e nessas circunstâncias, o ofendido ou vítima tem os seus direitos resguardados.

Segundo Melo (2004), a vítima ficaria relegada ao segundo plano, e sendo assim, a punição teria um caráter mais pedagógico, essa teoria não encontra representatividade e ressonância na jurisprudência, inclusive com pouco ou nenhum julgado que o fundamente, mas o fato é que não se deve sobressair o caráter punitivo sobre a compensação para a vítima do evento danoso.

2.6.3 Finalidade preventiva

Nessa tipicidade preventiva, como se vê em muitos defensores dessa teoria que o culpado responda pelos seus atos e o ofendido receba, em contrapartida, pelos atos danosos que o atingiu, uma recompensa que lhe dê prazer. Essa teoria, chamada de dupla natureza (satisfação-prevenção) ou de caráter dúplice de indenização, a qual converge em dois sentidos, primeiro, o caráter punitivo e, segundo, pelo caráter ressarcitório como formas primordiais de indenizar a vítima por danos morais de forma intimidatória em que o causador sinta pena pelo ato que causou e permita que os danos extrapatrimoniais tenham, também, tratamento jurídico mais adequado (MELO, 2004).

Reforça-se também o caráter de exemplaridade na sentença em que o montante arbitrado represente uma advertência, tanto para o ofensor quanto para a sociedade que não se aceitam comportamentos ou advenços lesivos sem que não haja punição e ressarcimento do dano moral causado e, segundo Melo (2004), essa seria a simbiose perfeita para muitos defensores dessa teoria.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2004, p.21), em linhas gerais, essa seria uma forma de persuasão, de cunho socioeducativo, não só do ofensor, bem como de toda sociedade, por tornar público que determinadas atitudes e condutas que firam o direito de qualquer um, não serão toleradas, alcançando “[...] por via indireta a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito.”

Diante dos elementos expostos, conclui-se que os doutrinadores têm-se posicionado frente à ideia de que a reparação deve ser a mais ampla e discutida possível sobre os elementos que podem fundamentar a tomada de decisão na hora de arbitram a punição e, conseqüentemente, o valor de indenização para

que essa possa atenuar o sofrimento da vítima e que essa punição tenha dois objetivos, primeiro, desestimular o agente à prática de novos ilícitos, bem como toda a sociedade e, segundo, para salvaguardar direitos do cidadão lesado com a finalidade de reparação pelo dano causado à sua pessoa, conquanto, sua integridade física e moral.

3 A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL E O ENTENDIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA

Um dos debates que mais se tem discutido e que, por muito tempo, tem sido o motivo principal entre a equiparação da arbitragem de sentenças pelo magistrado, trata-se sobre o quanto se deve estabelecer valores para fins indenizatórios do dano moral, se é que essa forma de quantificação pode ser mensurada por todas as nuances e subjetividades que envolvem o dano.

Nessa questão, Santos (2001, p.257) destaca como sendo um grande dilema para o juiz arbitrar, mensurar, fixar e quantificar o dano moral, além de o advogado, que tem de ter também a incumbência de acolher a vítima e tentar fazê-la entender se vale a pena ou não intentar a ação por danos morais para se resgatar “[...] o montante ressarcitório, pois tudo dependerá do juiz, de sua generosidade ou avareza e ainda não será suficiente, porque as instâncias recursais [...] poderão modificar para mais ou para menos o valor encontrado em uma sentença.”

Santos destaca que *in verbis*

A própria vítima pode se desencorajar da empreitada, por não ter como saber se vale a pena correr o risco de receber indenização apequenada. A contradição é mais evidente quando o ofensor vê-se diante de condenação em quantia tão expressiva que jamais poderá satisfazê-la, mesmo que se desfaça de todos os seus bens (SANTOS, 2001, p.260).

E, entre outros paradoxos contraditórios, Santos (2001) ainda fala da pessoa jurídica, que dependendo do arbítrio do juiz, poderá vir a abrir falência, além da dificuldade de o segurador efetuar cálculo atuarial ao se estipular cláusulas que garantam a cobertura de danos morais causados ao segurado, mas, nos danos patrimoniais esses valores de cálculos já estão embutidos no prêmio em que a seguradora não projeta perdas e sim, lucros.

Larenz (1958, p.230) se posiciona *in verbis*:

La indemnización em dinero tiene por objeto compensar la diferencia que a consecuencia del hecho dañosa exista entre el patrimonio del perjudicado tal como es actualmente y el que sería si aquel hecho no se hubiese realizado. Por consiguiente, por una cosa destruíd no solamente há de indemnizar su valor comum o de cambio, sino el valor, posiblemente más alto, que aquélla tuviese para el

perjudicado, porque, p. ej., rendia una gran utilidad em su explotación o porque reunida com otras cosas pertenecientes al perjudicado formaba um todo econômico, de forma que por su destrucción quedan también desvalorizadas aquellas otras cosas (LARENZ, 1958, p.203-231).

Nos entendimentos de Larenz (1958) esse justifica que a indenização em dinheiro tem por objetivo compensar a diferença do patrimônio hoje existente e a diferença que seria se não houvesse tido o dano e considera ainda que uma coisa destruída não somente deve ser avaliada pelo valor de mercado e sim, valorar mais, pois deve se analisar se é uma renda de grande utilidade que interligava-se à outras formando um todo econômico e que, se desassociada, traria uma grande perda às outras associações também.

3.1 O *Quantum* Indenizatório

Como marco histórico sobre o *quantum* indenizatório como parâmetro a ser estipulado nas ações de danos morais teve-se como base a Lei de Imprensa¹⁸ que quantificava valores sobre cálculos em cima do salário mínimo, a qual é utilizada em muitos casos até hoje. Por meio da proteção que Constituição confere aos seus tutelados, também criou-se a tutela, além dessa, também há na lei das telecomunicações parâmetros com base em tarifas indenizatórias considerando-se os preceitos objetivos e subjetivos. Considera-se ainda que a tutela dada pelo remédio constitucional pôde, sobremaneira, beneficiar e trazer vantagens sobre reparação de bens que antes não podiam ser ressarcidos (SANTOS, 2001).

Como já visto, o maior critério para se fixar limites é, sem dúvida, a intensidade da dor causada pelo dano, contudo, Santos (2001) relaciona alguns itens que servem de norte par ao julgador analisar, quais sejam *in verbis*

- 1- *não aceitar a indenização simbólica* – visão do direito de danos a partir da situação da vítima na qual importa receber a soma em dinheiro não importando castigar o autor, traduz-se como importância irrisória que ofende o ofendido e torna-se ao mesmo tempo fonte de enriquecimento para o ofensor, sem causar punição e o direito não pode acordar com esse desequilíbrio
- 2- *Evitar o enriquecimento injusto* – independente da espécie de dano, a reparação não pode causar mudança de vida da vítima ou de

¹⁸ Lei nº 5,250/67

parentes com enriquecimento oriundo da indenização em que esses vejam a possibilidade de ganho a mais diante de qualquer fato .

3- *Ausência de tarifação* – não se deve fixar mínimo ou teto para a indenização. A tarifação rígida é violadora de princípios próprios como o da reparação integral e esse tarifamento despersonaliza e desumaniza o dano moral.

4- *Evitar a porcentagem do dano patrimonial* – impossível arbitrar em dano moral puro, e deve ser evitado quando concorrer o dano material e o moral, pois encontrar percentual da lesão material para depois fixar o dano moral significa falta de conhecimento da base lógica jurídica, por o dano moral representar autonomia e entidade própria, e por si só não se associar a outros danos diversos.

5- *Não atender ao mero “prudente arbítrio”, apenas* – a prudência do juiz não é mera referência do arbítrio judicial, o que se deve evitar apoiar na intuição pessoal e subjetiva.

6- *Observar a gravidade do fato* – ao tipificar o dano moral é importante observar a espécie, a classificação e o grau de importância para a vítima oriundos das consequências.

7- *Verificação das peculiaridades do caso, visando tanto a vítima como seu ofensor* – por se revestir de normas genéricas e abstratas, os juízes devem concretizar e particularizar a partir das especificidades do caso para atendê-lo em suas especificidades, por isso não tem como se equiparar as sentenças, em que se devem observar a situação econômica da vítima; do ofensor; familiares; dolo e culpa.

8- *Harmonização de indenização em casos semelhantes* – em situações semelhantes e não iguais há disparidades de valores a maior ou a menor sem dar razão do porquê, há entendimentos na doutrina em que se alude a uma convergência para valores de equilíbrio sobre a soma da indenização, denominada “pontos de cristalização”, feito por estatísticas que poderiam quantificar circunstâncias fáticas considerando-se a época e as particularidades do caso para se chegar a determinada quantia, considerando-se ainda a relatividade do dano moral para adaptar-se ao caso concreto.

9- *Atender aos prazeres compensatórios* – deve ser aceito como critério válido, levando em conta outros fatores, para chegar o mais próximo possível da quantia em dinheiro que vale pelo dano moral causado propiciando satisfação a fim de superar uma escassez, uma limitação, uma falta de bens ou serviços por uma melhor qualidade de vida.

10- *Contexto econômico do país* – pela característica econômica do país, avultar quantitativos exagerados podem causar trágicas consequências como a inadimplência e a insolvência do devedor, mais vale uma indenização possível de ser paga e de ser satisfeita (SANTOS, 2001).

Essas são propostas válidas que visam, sobretudo, harmonizar o *quantum debeat*, alguns já adotados pela doutrina e jurisprudência, apesar de não estarem regulamentados, mas fortalecem o julgamento do magistrado frente às subjetividades do dano moral para concretizá-lo.

3.2 A Análise de Casos e o entendimento da Jurisprudência

Serão mostrados abaixo alguns casos de dano moral em que a jurisprudência se pronunciou a favor ou não e visa também fazer um comparativo de como os Tribunais têm se manifestado acerca do assunto sobre o dano Moral e o posicionamento do Superior Tribuna de Justiça - STJ. Os exemplos foram retirados do portal da Revista Eletrônica Consultor Jurídico, de 15 de setembro de 2009¹⁹.

Indenização. Dano. Estético. Moral. REsp 249.728-RJ, DJ 25/3/3003. REsp 705.457-SP

No caso em tela houve uma reparação de dano estético em que foi arbitrado R\$ 30.000,00, porém, houve em novo julgado em que arbitrou-se a quantia de R\$ 80.000,00 reais em face de danos morais, além do que trata sobre se julgar em separado o dano moral do estético *in verbis*

A jurisprudência do STJ entende ser possível a cumulação das indenizações relativas aos danos estético e moral quando for possível distinguir, com precisão, a motivação de cada espécie pela interpretação que as instâncias ordinárias emprestaram aos fatos e à prova dos autos. Sabidamente, o dano estético é distinto do dano moral e, na sua fixação, pode ser deferido separadamente ou englobado com o dano moral. Diante disso, no caso dos autos, de perda de parte do pé resultante de atropelamento por composição férrea, considerada a culpa recíproca, tem-se que o Tribunal a quo não valorou o dano estético no arbitramento do quantum, fixado em trinta mil reais. Daí que a Turma elevou a indenização compreensiva dos danos moral e estético a oitenta mil reais **Indenização. Dano. Estético. Moral. Precedente citado: REsp 249.728-RJ, DJ 25/3/3003. REsp 705.457-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 2/8/2007..**

Processo Civil - Embargos e Declaração - Valor Fixado a Título de Indenização por Dano Material e Moral Apelação Cível - 703173 Processo: 1999.61.00.043424-0

¹⁹ CONJUR. Consultor Jurídico. Artigo Efeitos padronizados. STJ define valor de indenizações por danos morais, 15 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em: 05 mai. 2012.

Nesse processo em que a Relatora Suzana Camargo deu provimento parcial sobre o dano moral, fundamentou-se nos preceitos de que o dano moral não deve dar causa de enriquecimento ilícito e nem constituir lucro proveniente da reparação.

I - Os autores não impugnaram, em apelação, o valor fixado a título de indenização pelo dano material, de forma que não podem alegar omissão no julgado quanto aos fundamentos legais e pedido de pagamento de uma vez e meia do valor de mercado das jóias nos termos contratuais, posto que não questionou em momento oportuno;
II - Quanto à apreciação do montante de dano moral, os valores fixados a título de indenização por dano moral não podem ser elevados a ponto de a reparação se constituir em lucro. Por outro lado, não podem ser irrisórios a ponto de não alcançar o efeito almejado que é a reparação;
III - O valor fixado pelo juízo "a quo" de uma vez o valor de mercado das jóias, cumpre a finalidade a qual o ressarcimento pelo dano moral visa, de forma que deve ser mantida;
III - Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

**(Tribunal – Terceira Região - Apelação Cível - 703173
Processo: 1999.61.00.043424-0, UF:SP, Órgão Julgador: Quinta
Turma, Data da Decisão: 23/05/2005, Documento: TRF300093830,
Relatora Suzana Camargo)**

Processual Civil. Responsabilidade Civil do Estado. Morte de Menor Atingida por Disparo de Arma de Fogo de Policial Militar. Dano Moral. Exorbitância. Inocorrência. Súmula 7/STJ. Valor Indenizatório Pretendido na Inicial. Montante Estimativo. Sucumbência Recíproca. Inexistência. Súmula 326/STJ. REsp 932001 AM 2007/0053488-6

Nesse caso, pretendeu-se a intervenção do STJ. Quando a ação por dano moral é movida contra um ente público, cabe às turmas de Direito Público do STJ o julgamento do recurso e também definiu-se algumas quantias para determinados tipos de indenização. Nos casos de morte dentro de escola pode-se aplicar sanção de até 500 salários mínimos.

1. Somente se admite a revisão, em sede de recurso especial, dos valores fixados a título de reparação por danos morais quando se tratar de valores excessivos ou irrisórios. Excepcionalidade não configurada.
2. Considerando-se as circunstâncias do caso concreto e a finalidade da reparação, a condenação ao pagamento de danos morais no valor

de R\$ 100.000,00 para cada um dos pais e de R\$ 50.000,00 para cada um dos três irmãos não é exorbitante nem desproporcional à ofensa sofrida pelos recorridos, que perderam filha e irmã menor, atingida por disparo de arma de fogo deflagrado por policial militar que, em serviço, deveria garantir a segurança da população, e não atentar contra ela.

3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 7/STJ).

4. "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca" (Súmula 326/STJ).

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(Tribunal 2ª Turma REsp 932001 AM 2007/0053488-6. Rel. Ministro Castro Meira. Publicado no DJ 11.09.2007 p. 220.)

Nesse quadro comparativo, pretendeu-se mostrar as divergências das sentenças quando submetidas à avaliação dos tribunais e do STJ.

Evento	2º Grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	R\$ 4,65 mil	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	R\$ 8 mil	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; resolvido pela garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes	R\$ 232,5 mil	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	R\$ 23,2 mil	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	R\$ 200 mil	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	R\$ 360 mil	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	R\$ 52 mil	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22,5 mil	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

Quadro 1 – Julgados do Tribunais e do STJ

Fonte: Conjur, 2009 (<http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>).

Nos estudos apresentados, não se pretendeu quantificar “o maior” ou “o menor” valor estabelecido para o cumprimento da sentença, mas, basicamente

fazer um paralelo das divergências encontradas para se quantificar um mesmo dano em alguns casos.

CONCLUSÃO

Como visto, o dano moral, por suas especificidades intrínsecas à subjetividade, é uma das grandes dificuldades encontradas pelo magistrado quando há a necessidade de quantificá-lo para a aplicação do remédio doutrinário. Dessa feita, a verdade é que não se deve buscar, pelo Poder Judiciário, a padronização de uma quantificação de um mal causado e o quanto se deve valorá-lo, pois o sofrimento humano não tem limites de quantificação. A justiça caminha lado a lado com a doutrina e a jurisprudência e cada uma deve apoiar, por seus preceitos, a unanimidade entre as ações que demandam exames provenientes de atos ilícitos que acabam provocando os danos materiais e morais.

Por todo o estudo realizado, fundamentando-se nos pressupostos tanto jurídicos como jurisprudenciais, restou demonstrado que há a certeza de quantificação quanto ao dano material, isso não resta dúvidas, mas, quando há a necessidade de se valorar o montante indenizatório no dano moral, essa questão novamente se robustece de incertezas e apreensões nos protagonistas desse dilema apresentado nos autos, tanto doutrinadores, magistrados e operadores do direito.

Torna-se de vital importância para que haja a comprovação do dano averiguar todas as condições que favoreceram o acontecimento e em quais níveis foram afetadas por meio de consequências geradas quando havido a ofensa à moral, aos princípios de boa-fé ou da dignidade humana da parte lesada.

A subjetividade que cerceia o pedido de indenização do dano moral em que o juiz deve ter como método de avaliação a liberdade de apreciar, ou seja, analisar em profundidade todos os elementos, valorar e ainda arbitrar o que foi alegado e pretendido exige, por força da ação, criar juízo de valor, mas não de foro íntimo e, sim, fundamentado nos ditames da Lei. Sendo assim, não havendo um critério legal que fortaleça o objetivo e a tarifação para a fixação do dano moral que esse não possa causar dano maior do já existente como, por exemplo, estipular valor abaixo do mínimo possível, acarretando humilhação a quem sofreu o dano e, também não deve se superfaturar o valor para que provoque a ruína do ofensor.

Uma crítica observada nos autores que foram consultados na pesquisa apresentada, quase que uníssona, é sobre que, não havendo critérios

equânimes entre os magistrados, reforça-se o entendimento de que por trás das intenções de pedidos de indenização por dano moral haja uma “indústria do dano moral” e, dessa forma, instala-se insegurança e fragilidade da capacidade de o ordenamento jurídico exercer seu papel de proteção e garantia dos direitos da pessoa.

Foram vistos entendimentos acerca de um vício entre os magistrados os quais se excluem os critérios de compensação, punição e pedagógicos na solução da lide em que há a prática de se arbitrar valor maior do que o merecimento para alcançar o valor subjetivamente desejado, havendo um desequilíbrio ensejando o enriquecimento ilícito.

Foi visto um entendimento sobre os juízes estarem extrapolando limites de razoabilidade ao deferirem sentenças exorbitantes do *quantum* indenizatório do dano moral e reconhece-se que o STJ definiu alguns tipos de indenização para determinados tipos de danos e afirmou-se ainda que o Superior Tribunal, havendo divergências, poderá ser revisto o valor por meio de recurso especial, o que possibilita a análise para afastamento da finalidade de enriquecimento ilícito.

O que importa é que os institutos se robusteçam e o Poder Judiciário se revista de soluções favoráveis que permitam que a vítima seja justamente recompensada pelos danos sofridos, bem como afastar a possibilidade de o ofensor, não tendo sido arbitrado valor que não lhe cause arrependimento, induza-o a continuar praticando atos ilícitos, quer sejam danosos ou dolosos, ou mais, que a sentença arbitrada lhe cause a falência provocada pelo enriquecimento ilícito.

Por isso, deve-se priorizar a particularização da sentença nos casos que envolvam danos morais em que são necessárias as observações de exemplaridade tanto do ofensor como da própria sociedade para que não se fomente o entendimento de impunidade, promovendo uma ação pedagógica.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Magda. *Como escrever teses e monografias: um roteiro passo a passo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 março 2012.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4.ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 656 p.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010. 588p.
- DIAS, Jean Carlos. *Direito contratual no ambiente virtual*. 2.e. Curitiba: Juruá, 2004. 148p.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. Vol.7 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 598p.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil abrangendo os códigos civis de 1916 e 2002*. Vol.III, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 184 p.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, vol. I, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. 542p.
- MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral: problemática do cabimento à fixação do Quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. 272 p.
- MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11.ed., atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 467p.
- REIS, Linda G. *Produção de monografia: da teoria e prática*. 2ª ed. Brasília: Senac-DF, 2008.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4.ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 554 p.
- _____. *Dano moral na internet*. São Paulo: Método, 2001. 287p.
- SCOBAR JUNIOR, Lauro Ribeiro. *Direito civil: para aprender direito 2*. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2005, 240 p.
- SOARES, Dorine Loth Soares. *A responsabilidade objetiva como novo comando do Código Civil de 2002*. DireitoNet, artigos, publicado em 21/mai/2005. Disponível em:

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2051/A-responsabilidade-objetiva-como-novo-comando-do-Codigo-Civil-de-2002>>. Acesso em 29 abril 2012.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1949 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2001.