

A questão do dano moral

Carolina Mello Suave

Advogada em Minas Gerais

Mestranda pela PUC-MG

Danielle Caroline Silva

Advogada em Minas Gerais

Especialista em Direito Civil, Processo Civil e

Direito do Trabalho

Mestranda pela PUC-MG

RESUMO

Diariamente, os advogados deparam-se com pedidos de indenização por dano moral. Tem-se visto que tal instituto, no entanto, vem sendo abordado de maneira equivocada, como se fizesse parte do instituto do dano material. O dano moral apresenta peculiaridades que devem ser analisadas e consideradas, para que o devido tratamento seja dado e as respostas jurisdicionais sejam adequadas. Tanto os procuradores da vítima quanto os do ofensor devem conhecer o dano moral como ele é, por quais fundamentos sustenta-se, para que não haja discrepância entre a realidade dos fatos e dos direitos envolvidos e a solução do caso concreto. O presente estudo tem por objetivo esclarecer uma parcela das questões que envolvem dano moral, visando, humildemente, reforçar conhecimentos e sanar equívocos.

Palavras-chave: Dano Moral. Peculiaridades do instituto. Abordagens. Fundamentos.

ABSTRACT

Daily, lawyers come across moral damages claims. It has been seen that such an institute, however, has been approached in an inappropriate way, as it was a part of the material damages institute. The moral damages institute has peculiarities that must be analyzed and considered by these perspectives, so that proper treatment is given as well as the judicial responses. Both prosecutors of the victims as the offenders must know the moral damages as they are, and on what reasons they are sustained, so there will be no discrepancy between the reality of the facts and of the rights involved and the solution of the case. The present study aims to clarify a portion of issues involving moral damages, aiming humbly strengthen knowledge and clarify misconceptions.

Keywords: Moral Damages. Peculiarities of the institute. Approaches. Fundamentals.

1 Princípio da dignidade da pessoa humana: fundamento da indenização do dano moral

A consagração ao direito à indenização ao dano moral, tal qual conhecemos hoje e que será esmiuçado na presente obra, só foi possível no Brasil após a Constituição Federal de 1988, que elencou a dignidade da pessoa humana como princípio basilar na ordem constitucional e valorizou o ser em detrimento do ter.

Até o Código Civil de 1916, não havia uma regra clara que previa a possibilidade de indenização por danos morais, o que existia eram alguns artigos, como o 76, 1.543 e 1.547, entre outros, que previam de forma pontual a possibilidade de indenizações serem impostas.

Assim, a Constituição Federal abriu um leque para que o legislador infraconstitucional pudesse em diversas áreas do direito estabelecer normas genéricas para a reparabilidade do dano moral, como foi feito no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e em muitas outras legislações infraconstitucionais.

Só foi possível normatizar o dano moral com a valorização do ser humano através do princípio da dignidade da pessoa humana, pois os direitos do homem e do cidadão evoluíram após a Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, após o nazismo, com uma busca incessante dos povos pela valorização do ser humano e pelo repúdio a toda e qualquer manifestação arbitrária e altruísta do Estado, dos seus governantes e de homens comuns. Foram se tornando cada dia mais fortes o sentimento e a necessidade de que deveria ser assegurada pelo Estado a vida digna, protegendo todo valor moral, espiritual e social presente em sociedade.

A dignidade da pessoa humana passou a ser vista como um direito mútuo de todos os seres humanos, que devem conviver com respeito, a fim de buscar a paz social, sendo uma qualidade irrenunciável e inalienável. Sarlet (2004, p. 32) define-a como:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante ou desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

É necessário, portanto, para a efetiva compreensão do valor do homem na sociedade ocidental contemporânea, reconhecer que a dignidade da pessoa humana é um valor inerente e insubstituível, fazendo parte do seu patrimônio pessoal, devendo ser protegida e garantida pelo Estado como fonte primária de todo e qualquer homem.

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade (SARLET, 2004, p. 41).

Para Canotilho (1999, p. 1090), o respeito à dignidade humana constitui um preceito fundamental que encontrou “recepção expressa ou implícita no texto constitucional”.

Resta claro, portanto, que a presença do princípio da dignidade da pessoa humana dentro do texto constitucional é importante para a efetiva proteção do Estado e desenvolvimento de políticas públicas, porém a dignidade precede o direito, como bem explicita Sarlet (2001, p. 71): “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção”.

Diante de toda a importância acima demonstrada do princípio da dignidade da pessoa humana, nota-se que, apesar de o mesmo ter aplicação direta, ele impregna todas as normas do ordenamento jurídico pátrio, destacando-se mais entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais configuram a positivação dos direitos dos homens em uma dada Constituição. Segundo Sarlet (2001, p. 31), a expressão “direitos fundamentais” deveria ser reservada “para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado”.

Já no que se refere aos direitos da personalidade, parte da doutrina acredita que são direitos inerentes de todo homem, não necessitando de positivação; esta se limitaria a apenas reconhecê-los e sancioná-los.

Ocorre que após o fim da Segunda Guerra, devido às grandes atrocidades cometidas contra o homem, os Estados viram necessidade de admitir a existência de um direito geral de personalidade, passando a positivá-lo de forma mais clara e direta. Foi o que ocor-

reu com a nossa Constituição, que estabeleceu no art. 5º, inciso X, direitos especiais da personalidade: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.

Porém, limitar os direitos da personalidade aos acima elencados é menosprezar a personalidade humana, pois a todo tempo surgem novas situações que merecem ser juridicamente protegidas.

Para Perlingieri (1999, p. 155), os direitos da personalidade constituem um valor que “está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela”. Essa constante exigência de tutela dos direitos da personalidade permite extrair duas premissas sobre o direito à indenização gerado pela ofensa a qualquer desses direitos.

A primeira refere-se ao fato de que qualquer pessoa, apenas pela condição de ser humano, tem direito à indenização por dano moral, seja ela um adulto, uma criança, um portador de doença mental ou alguém mentalmente sã, entre outros. Da segunda premissa, pode-se concluir que qualquer violação à dignidade da pessoa humana, para fins de indenização por danos morais, abarca todas as ofensas à pessoa, tanto na sua dimensão individual quanto social.

2 Aspectos relevantes sobre o dano moral

2.1 Conceitos de dano moral

Atualmente já não se contesta a existência do direito à indenização pelo dano moral sofrido. O problema existente entre os doutrinadores refere-se ao seu conceito.

A doutrina não conseguiu assentar em bases sólidas e consistentes um conceito que abarque todas as possibilidades de danos sofridos, o que leva a uma grande oscilação por parte da jurisprudência, que às vezes reconhece determinada situação como geradora do dano e em outras iguais nega tal direito.

Os três conceitos mais relevantes na doutrina são conceito negativo ou excludente, o dano moral como dor ou alteração negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa e, por fim, o dano moral como lesão a uma determinada categoria de direitos: os direitos da personalidade.

No conceito negativo ou excludente do dano moral, a doutrina afirma que o que não for dano patrimonial é dano moral. Silva (1999, p. 1), seguindo essa linha, define dano moral como “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.

Dizer que o dano moral é um prejuízo que não afeta o patrimônio e causa tão somente uma dor moral à vítima é uma ideia negativa e tautológica, pois, ao referir por exclusão que os danos morais são os que não podem considerar-se patrimoniais e causam tão somente uma dor moral, repete a ideia com uma troca de palavras, e não conceitua de forma satisfatória o dano moral.

Já o dano moral como dor ou alteração negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa relaciona o dano moral com a dor, em todos os sentidos, tanto física quanto moral, englobando sentimentos negativos como a tristeza ou a humilhação. Para Alsina (1993, p. 237), “podemos definir, então, o dano moral como lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietude espiritual ou agravo às afeições legítimas e, em geral, toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária”.

A crítica contra essa corrente reside no fato de a mesma entender que não existe dano moral sem dor, sofrimento físico ou moral. Sendo assim, esse conceito não consegue atingir situações em que a perda patrimonial também pode provocar o dano moral ou quando a vítima da lesão é a pessoa jurídica.

Por fim, existe ainda o conceito de dano moral como lesão a determinada categoria de direitos: os direitos da personalidade. Esse é o conceito mais difundido entre os doutrinadores que acreditam que o dano moral é caracterizado quando há ofensa a um determinado grupo de direitos fundamentais para o homem, que são os direitos da personalidade.

Para Cavalieri Filho (2004, p. 74), “o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima”.

Os que se posicionam contrariamente a esse conceito acreditam que, para verificar se ocorreu o dano moral, deve-se analisar o que o ato lesivo causou no espírito da vítima, pouco importando a natureza ou a índole dos direitos lesionados.

2.2 Espécies de dano moral

Utilizando critérios distintos, o dano moral pode ser classificado de várias formas, entre elas: dano moral individual e dano moral coletivo, dano moral subjetivo e dano moral objetivo, dano moral transitório e dano moral permanente, dano moral atual e dano moral futuro, dano moral direto e dano moral indireto e, por fim, dano moral imediato e dano moral em ricochete.

O dano moral individual e o dano moral coletivo levam em consideração a extensão subjetiva do dano. O primeiro consiste na

violação ao patrimônio ideal de uma pessoa; já o segundo é aquele que atinge o patrimônio imaterial de uma coletividade ou de uma categoria de pessoas, não deixando, é claro, de ser individual, na hipótese de serem várias vítimas do mesmo ato lesivo; é o que ocorre nos acidentes de transporte coletivo, como ônibus e avião.

Já o dano moral subjetivo e o dano moral objetivo diferenciam-se pelos aspectos social e individual da personalidade. O primeiro ocorre quando a lesão atinge a individualidade biológica ou psíquica das pessoas; já o segundo, quando é afetada a dimensão social, ou seja, como é vista a pessoa perante a sociedade, afetando a sua credibilidade perante terceiros.

O dano moral transitório caracteriza-se pela lesão, seja ela física ou moral, que após algum tempo torna-se apenas uma lembrança para a pessoa que sofreu. Já o dano moral permanente é todo aquele que deixa marcas de difícil reparação que atormentam muito as lembranças, como ocorre, por exemplo, nos casos de amputação.

Quanto ao dano moral atual e dano moral futuro, o primeiro ocorre no momento em que se caracteriza a lesão, já o segundo seria aquele cujos efeitos serão sentidos no futuro, ou desenvolver-se-ão e agravar-se-ão no mesmo. Isso pode ocorrer, por exemplo, no caso de uma lesão corporal grave que evolui para a morte.

Já o dano moral direto e o dano moral indireto são classificados de acordo com a natureza do bem jurídico afetado diretamente pela conduta lesiva. Ocorre dano moral direto quando são atacados os direitos da personalidade, como a vida, a honra, a intimidade, a imagem, a integridade corporal. De outro lado, o dano moral indireto apresenta-se quando é lesionado o patrimônio, porém tal dano possui grande valor afetivo, como ocorre, por exemplo, com a perda de um objeto ligado à família por muitas gerações.

E, por fim, serão tratados de forma mais minuciosa o dano moral imediato e o dano moral em ricochete.

É imediato quando a lesão atinge a vítima de forma direta, como em uma lesão grave causada por um acidente de carro. Já o dano moral em ricochete é aquele que de forma indireta atinge a vítima, como em um acidente de carro que mata um pai de família, lesionando de forma indireta toda a sua família, na qual os filhos cresceram sem pai e a esposa será obrigada a cuidar de todos sozinha.

Um dos grandes problemas trazidos pelo dano em ricochete consiste em saber quem tem legitimidade para propor a ação indenizatória no caso de morte da vítima direta. A legitimidade dos filhos ou cônjuge para propor a ação não é questionável pela

doutrina ou jurisprudência. Em contrapartida, não há entendimento assentado sobre a legitimidade dos irmãos, ascendentes, outros parentes e, ainda, das pessoas sem grau de parentesco, como noivo, namorado ou um amigo íntimo, gerando grande discussão doutrinária e jurisprudencial.

Em alguns ordenamentos jurídicos, como o argentino e o paraguaio, foi restringida a legitimidade aos herdeiros necessários. Já o português conferiu legitimidade ao cônjuge e aos parentes, tendo uma ordem de preferência entre eles, enquanto o francês concede legitimidade a todas as pessoas próximas da vítima, bastando que comprovem o dano moral sofrido devido à proximidade existente com a vítima direta.

No Brasil, por causa da norma constitucional presente no art. 5º, V e X, que prevê o direito à indenização decorrente do dano moral, não há restrição quanto à legitimidade para propositura da ação. A nossa jurisprudência tem analisado cada caso concreto, assim como faz a francesa.

Quando existem vários legitimados, todos eles têm direito, individualmente, a receber uma indenização pelo dano moral sofrido, devendo o Tribunal avaliar o dano psíquico de cada um no caso de morte do ente querido.

Outro problema vislumbrado quanto ao direito de indenização decorrente do dano moral em ricochete ocorre quando a vítima direta sobrevive ao ato lesivo. Diversos ordenamentos, como o inglês, o argentino, o português ou, ainda, o venezuelano, não admitem a indenização quando a vítima direta sofreu apenas lesão, não vindo ao óbito.

O Conselho da Europa reconhece o direito dos pais e cônjuges da vítima direta pleitearem indenização, porém deve-se provar um sofrimento excepcional decorrente da lesão.

A França, mais uma vez demonstrando o caráter liberal e precursor dos seus julgados, admite o direito à indenização do dano moral em ricochete sofrido, não sendo necessária a prova de um grande sofrimento, bastando apenas que o autor prove o vínculo com a vítima direta.

A jurisprudência brasileira ainda não assentou entendimento sobre o dano moral reflexo ou em ricochete em caso de lesões corporais graves da vítima direta, porém já existem alguns Tribunais como o carioca que vêm admitindo sistematicamente as indenizações a pessoas próximas, sem nenhuma restrição aos filhos e ao cônjuge, devendo fazer prova do vínculo e prejuízo as demais pessoas.

E, por fim, ainda existe uma situação bem particular, que é a possibilidade de indenização por dano moral em ricochete decor-

rente da incapacidade sexual do cônjuge ou companheiro. A vítima direta devido à lesão sofrida fica impossibilitada de manter relação sexual ou mesmo procriar. É inegável que nessa situação o cônjuge sofre o dano moral de forma em ricochete, fazendo jus à indenização.

2.3 Possibilidade de cumulação de dano moral e material

A Constituição Federal em seu art. 5º, incisos V e X, deixa claro que a violação dos bens ou direitos personalíssimos provoca o direito de indenização tanto por danos morais quanto materiais. Isso pode ocorrer em situações como a de um artista que deixa de fechar um contrato publicitário por ter seu nome envolvido em falsas acusações ou boatos.

Na situação apresentada, é fácil perceber que os direitos personalíssimos, apesar de não serem passíveis de alienação, possuem um valor econômico, pois a imagem, o nome, a saúde, entre outros direitos, podem ser fonte de renda para o seu titular. Conforme bem pontua Pontes de Miranda (1974, p. 155), “nunca se há de deixar de atender a que o dano não patrimonial, o dano moral, pode atingir o patrimônio, através de alguma repercussão ou de algumas repercussões”.

A possibilidade de cumulação dos danos morais e materiais foi sumulada pela jurisprudência do STJ através da Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, pacificando o entendimento a respeito do fato.

Pode-se, concluir, portanto, que o dano patrimonial pode ter origem em um bem personalíssimo, já o dano moral sempre terá como fonte a violação a esse bem.

2.4 Dano moral da pessoa jurídica

Sendo indiscutível a proposição de que o dano moral tem como pressuposto a ofensa ou violação a algum dos direitos da personalidade, cabe analisar o cabimento da indenização por dano moral quando a pessoa jurídica sofre alguma lesão aos seus direitos, tendo em vista que esta não sofre nenhum abalo psicológico ou anímico.

Segundo Cavalieri Filho (2004, p. 78), nem todo aborrecimento é capaz de gerar dano moral:

Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exarcebada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normali-

dade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Lado outro, pode ser configurado o direito ao dano moral sem necessariamente a vítima experimentar a sensação de dor, tristeza, mágoa, vexame.

As pessoas jurídicas não são passíveis de experimentar nenhum dos sentimentos acima expostos, não é possível que ocorra a perturbação psíquica ou do espírito, que é inerente ao homem. Porém, justamente pelo fato de esses sentimentos não se confundirem com o direito ao dano moral, é possível que a pessoa jurídica seja detentora do direito de indenização por qualquer lesão sofrida. Esse é o entendimento de Santos (2001, p. 151):

Outro equívoco, no entender que a pessoa jurídica não pode padecer dano moral, é a conclusão errônea, sem embargos da fama de seus adeptos, na direção de que a configuração do dano moral somente ocorre quando existe repercussão na psique da pessoa. Também é dano moral qualquer violação a direitos personalíssimos e, estes, por analogia, as pessoas jurídicas os têm.

Apesar de as pessoas jurídicas não possuírem atributos e direitos próprios dos homens, como a integridade física, psíquica ou mental, possuem outros, como a honra, o decoro, o nome, a reputação, que são tuteláveis juridicamente, sendo possível o arbitramento de indenização por dano moral quando presente a lesão.

Segundo Pontes de Miranda (1967, p. 79):

As pessoas jurídicas podem ser lesadas nos seus patrimônios, como as pessoas físicas. São pessoas, como essas; de modo que têm direitos de personalidade, que fatos ilícitos podem atingir, tais como direito ao nome, à reputação. A ofensa à reputação da pessoa jurídica é a ela, e não aos membros da sua diretoria, ou há ofensa à reputação dela e à dos membros da sua diretoria. As ofensivas moralmente danosas podem dar ensejo a ações de reparação que toquem a empresas por ações ou fundações, como a outras sociedades, que sejam de pessoas. Não se há de pretender que só se tenha de cogitar de pessoas individuais, por serem as pessoas jurídicas abstrações ou espetros.

Contrário ao entendimento majoritário encontra-se o nobre civilista Gustavo Tepedino, para o qual:

As lesões atinentes às pessoas jurídicas, quando não atingem, diretamente, as pessoas dos sócios ou acionistas, repercutem exclusivamente no desenvolvimento de suas atividades econômicas, estando a merecer, por isso mesmo, técnicas de reparação específicas e eficazes, não se confundindo, contudo, com os bens jurídicos traduzidos na personalidade humana (a lesão à reputação de uma empresa comercial atinge – mediata ou imediatamente – os seus resultados econômicos, em nada se assemelhando, por isso mesmo, à chamada honra objetiva, com os direitos da personalidade). (TEPEDINO, 2001, p. 52).

Cabe pontuar, por fim, que a possibilidade de a pessoa jurídica ser detentora do direito à indenização por dano moral possui raízes diferentes da pessoa física. Enquanto esta, como já explicitado anteriormente, funda seu direito no princípio da dignidade da pessoa humana, aquela tem o seu direito garantido como consequência do princípio constitucional garantidor da tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

2.5 Formas de expressão do dano

A Constituição Federal traz o direito da personalidade de forma generalizada no princípio da dignidade humana. Mas também é possível falar-se em direitos da personalidade aludindo a cada um dos diversos atributos da pessoa humana especificamente elencados como direitos da personalidade pelo CC/02 e legislações específicas (como ECA ou Estatuto do Idoso).

De mesmo modo, dano moral pode ser nomeado no singular ou no plural, a depender da perspectiva pela qual o fenômeno seja analisado, apesar de alguns autores tratarem-no como instituto jurídico singular e outros diferenciarem o dano moral do dano estético, ou do dano à imagem, entre tantos outros.

De qualquer forma, ainda que a lei refira-se a *dano moral* no singular, é indispensável que sejam apresentadas todas as diversas formas pelas quais o fenômeno estiver manifestado no caso, para que a fixação do *quantum* indenizatório seja definida adequadamente.

2.5.1 Dano estético

Trata-se da deformidade, do defeito ou da alteração da aparência física que causa um resultado estético na vítima ou lhe é motivo de humilhação ou complexo. De acordo com Silva (1999), não é apenas o aleijão, mas é também qualquer deformação, ainda que mínima, que implique na vítima uma simples lesão

desgastante, ou permanente motivo de exposição ao ridículo, ou, ainda, gere complexos inferiorizantes.

2.5.1.1 A cumulação do dano estético com o dano material

De acordo com Andrade (2009), não há nenhuma dificuldade em aceitar-se a cumulação do dano estético com o dano material, a par do que regimenta a Súmula 37 do STJ, ainda no que tange às despesas médicas e a questões de cunho indireto eventualmente decorrentes da ofensa. Aqui tratamos do clássico exemplo de um modelo fotográfico que, em virtude de deformidades, ainda que mínimas, deixa de ser contratado para novos trabalhos. Assim, parte-se da premissa de que muitas vezes os bens e direitos personalíssimos estão aptos a gerar vantagem econômica, de modo que sua lesão, além de constituir dano moral, pode gerar dano patrimonial.

Porém há ainda os que questionam a cumulação de indenização por dano estético e dano patrimonial por assumirem que o dano moral como dor psíquica faz com que o dano estético tenha natureza híbrida, devendo ser indenizado como dano moral ou dano patrimonial, a depender de sua repercussão. É o que assume Dias (1987, p. 868) ao dizer que “deve ser indenizado, pois, como dano patrimonial o resultado da ofensa ao aspecto estético sempre que se traduza em repercussão de ordem material, porque a lesão a sentimento ou dor psíquica, com repercussões patrimoniais, traduzem dano patrimonial”. Constituiria dano moral, no entanto, no que diz respeito à “penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano”.

Essa tese, apesar de não ser majoritariamente aceita, convém ao ofensor e lhe dá a possibilidade de redução do *quantum* indenizatório.

2.5.1.2 A questão da cumulação do dano estético com o dano moral

A princípio, negou-se a possibilidade de cumulação de dano estético e dano moral por considerar-se a caracterização de *bis in idem*. No entanto, por jurisprudência do STJ, o entendimento atualmente dominante nessa corte pode ser assim demonstrado: “Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, mesmo quando derivadas do mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e

passíveis de apuração em separado" (REsp 228244/SP, rel.: min. Salvo Figueiredo Teixeira, DJ de 17/12/1999).¹

Nesse diapasão, a ideia central é que o dano estético seria uma espécie do gênero dano moral e constituiria uma manifestação particular deste, devendo ser separadamente considerado. O dano estético pode constituir um agravamento do sofrimento da vítima, que já faria jus à indenização pelo simples fato de haver ofensa à sua integridade física, independente da deformação eventualmente causada pela lesão.

No entanto, há doutrina em sentido contrário. Para Andrade (2009, p. 84),

o dano moral é a própria ofensa ao direito integrante da personalidade, ou seja, na hipótese de dano estético é a própria lesão à integridade física da vítima. O sofrimento, o padecimento, a dor e outros sentimentos negativos constituem, em tal situação, a simples repercussão desse dano. Assim, não há que se falar no dano estético como outro dano, distinto do moral. Há um só dano, de natureza moral, do qual o denominado dano estético nada mais é do que um desdobramento ou um aspecto singular, a ser considerado na estimativa da indenização.

Nesse sentido, o dano estético seria apenas um fator de aumento do *quantum* indenizatório por dano moral ao se considerar sua extensão e repercussão na vida da vítima.

2.5.2 Perda de chance

A perda de uma chance seria modalidade específica de dano futuro, consistente na perda, pela vítima do dano, da oportunidade de obter um benefício ou evitar um prejuízo.

No âmbito do dano material ou patrimonial, a perda de chance aproxima-se do lucro cessante, uma vez que ambos institutos referem-se a benefício pressuposto e provável que seria alcançado, não fosse pelo evento lesivo. A diferença entre eles, no entanto, teria base no grau de probabilidade. Enquanto no segundo há uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos, consideradas as circunstâncias naturais da vida da vítima, no primeiro a probabilidade seria suficiente ou mínima para obtenção do benefício, não fosse o dano causado.

Vislumbra-se relação, ainda, entre a perda da chance e o dano moral, pela angústia passível de ser experimentada pela pessoa em face de conduta que lhe acarrete frustração em suas expectativas

¹ No mesmo sentido, REsp 264119/RJ.

legítimas. Aqui a perda da chance seria causa de dano moral, não se constituindo, propriamente, em espécie autônoma.

Em todo caso, a responsabilização civil em decorrência de ato que gere a perda de uma chance tem sido admitida em relação às hipóteses em que da perda de uma chance decorre inequivocamente prejuízo, decorrente do resultado que adviria certamente caso a conduta ilícita não tivesse sido praticada. Nesse sentido, é ilustrativo acórdão do STJ:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido (REsp 788.459/BA, rel.: ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ de 13/03/2006, p. 334).

2.5.3 Dano à vida de relação

Originada em doutrina francesa da década de 1950, a denominação *préjudice d'agrément* é espécie de dano que designa o conjunto de dificuldades que a vítima de lesão corporal tem de enfrentar no exercício dos atos essenciais à vida cotidiana, nas atividades afetivas, familiares, esportivas, escolares ou profissionais, ou no lazer², ou que sofre incapacidade para procriar e manter relações sexuais (*préjudice sexuel*).

Na doutrina e jurisprudência pátria, esse tipo de dano não configura espécie à parte, mas constitui dano moral com uma especial forma de manifestação de dano imaterial, que interfere diretamente na fixação dos valores indenizatórios.

2.5.4 Dano ao projeto de vida

Nas palavras de Andrade (2009, p. 89),

² Seria o caso, por exemplo, de uma vítima de acidente que fica tetraplégica, sofrendo dramática perda em sua qualidade de vida, uma vez que perde a autonomia para tudo e passa a depender de terceiros para sair da cama, vestir-se, tomar banho, comer, trabalhar; enfim, para exercitar sua identidade e todas as atividades cotidianas.

denomina-se dano ao projeto de vida aquele que, afetando a integridade psicossomática da pessoa, traz, como consequência, a frustração de seu projeto de vida. Tem como causa ou origem um dano psicossomático, mas com esse não se confunde. O dano aqui em referência reside no “vazio existencial” provocado pela lesão, pelo aniquilamento daquilo que dava sentido ou razão à vida da pessoa lesada.

Seria uma espécie de dano certo e atual que traria consequências prolongadas no futuro de modo continuado ou sucessivo.

Para Sassarego (2004), o dano ao projeto de vida distingue-se do dano moral: enquanto este incidiria sobre a esfera afetiva ou emocional da vítima, aquele afetaria a existência da vida em si. O autor pondera que a dor advinda do dano moral, ainda que muito intensa, tende a dissipar-se com o transcurso do tempo, transformando-se em outros sentimentos. Já o dano ao projeto de vida, por sua magnitude, acompanha a vítima por toda a vida, comprometendo-lhe o futuro e sua própria identidade. Seria o caso de um pianista que vive exclusivamente para o exercício de sua arte, realiza execuções musicais distintas, leciona e tem na carreira profissional todo o sentido de sua vida. A perda de alguns dedos decorrente de acidente não apenas o privará do exercício profissional, mas desconstituirá sua identidade e sua razão de viver.

2.6 Descumprimento de obrigação contratual e dano moral supostamente decorrente

Indaga-se, ainda, quanto à existência de obrigação legal de reparação em caso de inadimplemento contratual. É certo que os contratos obrigam às partes, que esperam seu cumprimento. Contudo, é certo, também, que as partes estipulem com base na autonomia da vontade sanções para o caso de inadimplemento de suas obrigações (normas convencionais), além dos instrumentos existentes no sistema jurídico para a coerção da parte inadimplente (normas cogentes). Daí a resistência doutrinária e jurisprudencial em admitir cumulação, a essas sanções, de danos morais em decorrência do inadimplemento contratual, que se reputa dessabor natural da vida em sociedade. No escólio de Theodoro Júnior (2010, p. 137):

Dentro do prisma da relevância necessária da dor moral para justificar o ressarcimento da lesão não patrimonial, a advertência pretoriana é no sentido de que esse tipo de reparação não pode ser banalizado a ponto de se juntar sempre ao pedido de danos materiais no caso de inadimplemento de contrato.

A orientação quanto à ausência de dano moral pelo inadimplemento contratual é forte, até mesmo em se tratando de inadimplemento de contrato de emprego, no qual salários deixam de ser pagos ao empregado.

Alega o autor que o inadimplemento dos salários nos últimos meses do contrato de trabalho e da rescisão contratual lhe causou dificuldades econômicas, diante de seus compromissos particulares, caracterizando o dano moral e lhe causando dano material, oriundo do consequente endividamento. Sem razão. [...] O atraso no pagamento de salários é ato penalizado com o pagamento de correção monetária e juros. Entende-se que o deferimento das parcelas salariais tidas por devidas constitui a reparação do próprio dano, como tal entendido o inadimplemento de salários e demais obrigações decorrentes do contrato de trabalho (TRT-4, RO 00976-2008-662-04-00-1, 5ª Turma, rel.: juiz Leonardo Meurer Brasil, j. 30/04/2009).

CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. OBRIGAÇÕES DECORRENTES. DANO MORAL. Inviável a aferição de alegada violação aos artigos 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, 186 e 927 do Código Civil, ou mesmo da divergência jurisprudencial, uma vez que o Acórdão Regional constata não haver nenhuma alegação concreta de atos que firam a integridade, a honra ou outro bem moral do reclamante (TST, RR - 7000-80.2008.5.09.0459, relator: ministro Emmanoel Pereira, data de julgamento: 30/03/2011, 5ª Turma, data de publicação: DEJT 08/04/2011).

Pondera-se, contudo, a existência de situações que ensejam dano moral pelo inadimplemento do contrato, em razão das particularidades da situação jurídica. Segundo Andrade (2009), são requisitos para essa configuração: obrigação preexistente, inadimplemento da obrigação, existência de um fator de atribuição de responsabilidade e relação entre a lesão e ofensa a direito da personalidade. E é na aferição do fator de atribuição de responsabilidade que reside a dificuldade em fixar parâmetros de controle para a identificação das situações que admitem, ou não, que se caracterizem danos morais por inadimplemento contratual. O comportamento do ofensor deve ser abusivo para a caracterização do dano moral.

2.7 Mora no cumprimento de obrigação contratual ou descumprimento relativo

Atualmente vários julgados têm reconhecido fato indenizador em casos como o atraso na entrega de imóvel ou em

atrasos consideráveis de voos, principalmente quando implicar a perda de conexão para o passageiro, assim como em casos de demora desarrazoada para instalação ou conserto de linha telefônica, quando não houver problemas técnicos graves que justifiquem o atraso.

3 A indenização do dano moral

3.1 Sanções previstas pelo dever originário de conduta

A modernidade afirmou a liberdade e olvidou-se de outros valores fundamentais. O filósofo Zigmund Bauman percebe no indivíduo o pior inimigo do cidadão, pois

Enquanto este é uma pessoa que tende a buscar o seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade, o indivíduo tende a ser cético em relação ao "bem comum". Qual o sentido de interesses comuns senão permitir que cada indivíduo satisfaça seus próprios interesses? O que quer que os indivíduos façam quando se unem, e por mais benefícios que seu trabalho conjunto possa trazer, eles o perceberão como limitação à sua liberdade de buscar o que quer que lhes pareça adequado separadamente, e não auxiliarão (BAUMAN, 2001, p. 47).

O Direito tem como função precípua a proteção do ser humano e potencialização dos valores de uma sociedade. Deontologicamente, regula condutas externas e possibilita o convívio social. A ordem jurídica caracteriza-se pela imperatividade, expressada pela exigência incondicional de aplicação de seus preceitos normativos. Essa imperatividade é condição *sine qua non* da vida em sociedade.

Vinculada à imperatividade e à coercibilidade do ordenamento jurídico está a sanção, que se define como consequência desfavorável para o caso de violação de norma e pela qual se reforça sua própria imperatividade.

O ordenamento jurídico é estruturado por um complexo sistema de regras e princípios que atuam como parâmetros nas relações travadas entre os indivíduos que compõem uma sociedade. O objetivo normativo é a paz social. Entretanto, vez que a norma é violada e um dano é causado a outrem, o ofensor tem o dever de reparar o mal causado, na tentativa de restabelecer o *status quo ante* da relação, ou, diante de sua impossibilidade, deve tomar para si a responsabilidade pelo ato e compensar ou indenizar a vítima, para que atenuem os prejuízos suportados. Segundo Cavalieri Filho (2012, p. 2),

a violação de um dever jurídico configura o ilícito que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo.

A responsabilidade civil é o dever jurídico sucessivo da quebra do dever originário, que pode decorrer da lei (dever de comportamento imposto a todos) ou de contrato que prevê a obrigação originária. O Código Civil, no art. 389, prevê que o devedor da obrigação originária responde por perdas e danos. Conforme apregoa Cavalieri Filho (2012, p. 3), esse dispositivo é aplicável tanto à responsabilidade contratual como à extracontratual (cuja obrigação originária decorre da lei). Pondere-se desde logo um ponto: a sanção não pode ser concebida como um preço estabelecido em proveito daqueles que estejam dispostos a pagar para violar as normas primárias de conduta, mas deve ser encarada como uma forma de proteção de um preceito que encerra um dever primário ou originário.

As sanções podem ser classificadas como *compulsória*, *reconstitutiva*, *compensatória*, *punitiva* e *preventiva*.

A primeira diz respeito à medida que compele o devedor à realização, ainda que tardia, da conduta primária que deveria ter realizado. Seria o caso, a exemplo, da prisão do devedor de alimentos.

A *sanção reconstitutiva* impõe a reconstituição em espécie da situação anterior à transgressão da ordem jurídica, como, por exemplo, a apreensão de um bem móvel que se encontre em poder do devedor.

A *sanção compensatória*, por sua vez, é aquela que, diante da impossibilidade de reconstituição do *status quo ante*, impõe o pagamento em dinheiro como equivalente do dano patrimonial sofrido ou atenuação do dano moral.

A *sanção punitiva*, como o próprio nome diz, representa uma reprovação jurídica da conduta ilícita que serve ao ofensor como castigo ou retribuição.

A seu turno, a *sanção preventiva* é a medida jurídica que tem por finalidade precípua prevenir violações futuras por parte de quem já incorreu em um ilícito, cuja reiteração receia-se.

Para o presente estudo, cabe averiguar mais profundamente a pena e a reparação.

3.2 A pena

A análise das finalidades da pena é fundamental para o exame crítico dialético da questão aqui enfocada. O cabimento de uma

indenização de caráter punitivo depende, necessariamente, da compatibilidade das finalidades da pena com os objetivos da responsabilidade civil, no que concerne ao dano moral em si.

Há três classes de teorias que buscam explicar os fundamentos da pena: as absolutas (de retribuição ou retributivistas), as relativas (utilitárias e utilitaristas) e as mistas (unitárias ou ecléticas). Todas elas gravitam em torno de duas premissas: a retribuição e a prevenção, senão vejamos.

3.2.1 Teorias absolutas

Elas fundamentam-se na retribuição. É a exigência da justiça em caráter moral: ao mal do crime ou do dano deve contrapor-se o mal da pena, e só assim será restaurada a igualdade no ordenamento jurídico. Restabelecer-se-ia, por meio da pena, o próprio Direito.

As teorias retributivistas modernas apresentam grande preocupação com a questão da justiça, tanto para o ofensor quanto para a vítima. Essas teorias contribuíram para o desenvolvimento do princípio da culpabilidade. Não deixam de carregar em si um sentimento de vingança e não conseguem distanciar-se da marca negativa do talião.

3.2.2 Teorias relativas

Aqui, a pena tem uma finalidade essencialmente prática ou utilitária. O cerne está não no porquê da pena, mas no “para quê”. Assim, deve ser racional, e sua finalidade é impedir a prática de crimes ou danos através da coação psíquica (ameaça) ou física (segregação).

Nesse sentido, fala-se em *prevenção geral* e *prevenção especial*. A primeira baseia-se na suposição de que a pena cominada em abstrato consiste em uma intimidação a todos. O resultado almejado é intimidativo-dissuasivo em relação a qualquer potencial ofensor. Já a prevenção especial atua sobre o agente em concreto, tentando impedi-lo e intimidando-o para que não volte a ofender a ordem jurídica. Assim, com a aplicação de pena em concreto, esta teria um cunho intimidativo-dissuasivo em relação ao agente em concreto.

3.2.3 Teorias mistas

Estas procuram a conciliação entre as ideias de retribuição e prevenção; a pena tem duplo efeito. Essas teorias mistas têm prevalecido no âmbito penal da legislação moderna ocidental e servem como balizadoras do direito civil.

3.3 A reparação

Toda a construção moderna da teoria da responsabilidade civil encontra-se fundamentada na ideia de reparação. O mais importante é a vítima, e não o ofensor; e assegurar a ela a recomposição da situação anterior ao dano sofrido é a principal função da responsabilidade civil. No mesmo sentido, o art. 944 do CC/02: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Não fala sobre o grau de culpabilidade do ofensor, mas sobre o dano sofrido pela vítima.

Indenizar, ressarcir ou compensar são vocábulos comumente utilizados na esfera da responsabilidade civil. Todos contêm a mesma ideia: trazer a vítima à condição de *in dene*, ou sem dano; ao *status* em que se encontraria não fosse o evento danoso.

Isso pode ocorrer de duas formas, como anteriormente dito: reparação específica (em espécie, natural ou *in natura*), que geralmente se traduz em obrigação de dar ou fazer; ou reparação por equivalente, quando é imutável a situação danosa causada, o que geralmente se traduz no pagamento de soma em dinheiro, pelo qual se busca restabelecer em termos econômicos patrimônio diminuído da vítima. É o que diz o art. 947 do Código Civil: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

3.4 A reparação do dano moral

Os bens integrantes da personalidade não são quantificáveis em pecúnia, não têm preço. Por isso, é complicado aceitar a ideia da reparação por equivalente, uma vez que não há em que se basear como equivalente.

Essa é uma das razões pelas quais durante muito tempo negou-se a reparação do dano moral. No entanto, o problema do dano moral sempre se sobressaindo em múltiplos casos concretos gerou a necessidade de uma resposta jurídica a essa espécie ofensiva, e jurisprudência e doutrina, ainda que imperfeitamente, ao final, admitiram uma possibilidade de indenização devida do ofensor à vítima como forma de sanção. Muitas teorias foram formadas a respeito.

3.4.1 Teorias negativistas da reparação do dano moral

Em que pese a consagração, pela ordem jurídica brasileira após a Constituição de 1988, da teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, há diversas correntes contrárias ao modelo, cuja relevância histórica impende mencionar.

Por muito tempo sustentou-se a incerteza a respeito da existência do dano, havendo confusão entre a dor (impalpável) e a sua manifestação (sujeita a falseamento) com o fundamento da reparação. Essa linha de pensamento foi atacada, principalmente, após o desenvolvimento da teoria dos direitos da personalidade, que indicou a existência do dever de reparar não pela dor causada à pessoa, mas pela violação de aspectos inerentes à dignidade da pessoa humana.

Seguiram-se críticas, ainda, sobre a imoralidade da compensação pecuniária, acompanhada da impossibilidade de precificação do dano dessa natureza a acarretar enriquecimento ilícito do ofendido. Essas críticas – em que pese superadas pela constatação de que a ausência de resposta em face da infração é, por si só, imoralidade maior e, diante da barbárie da retaliação, deve-se seguir o caminho da reparação pecuniária – ainda são muito lembradas pela sociedade, sendo tratadas pela mídia de forma equivocada (a respeito, confira-se o filme-vídeo *Hot Coffee*, de 2011).

3.4.2 Teorias restritivas da reparação do dano moral

Após longo período de negação da possibilidade de reparar-se um dano moral, gradualmente foram desenvolvendo-se teorias que assumiam essa possibilidade em casos muito específicos, somente diante daqueles suportados expressamente pela lei. Os pioneiros foram os Códigos Civis da Alemanha e da Itália.

Também eram restritivas as teorias que excluía o direito à reparação em casos como os de descumprimento de obrigação contratual.

O CC/16 também adotava a teoria restritiva, até a consagração dos novos parâmetros constitucionais, com a promulgação da CF/88, que prevê genericamente a indenização para essa espécie de dano nos incisos V e X do art. 5º e superou o impasse.

3.4.3 Indenização do dano moral como pena privada

A sanção punitiva no direito privado tem origem remota. Na pré-história da responsabilidade civil, a primeira forma de reação contra comportamentos lesivos era a vingança. Sucessivamente, a Lei do Talião rigidamente punia ofensores de qualquer natureza. Apenas em momento posterior, as primitivas formas de autotutela foram substituídas por compensação pecuniária.

Foi com o passar do tempo que se começou a fazer a distinção entre o direito civil e o direito penal, e, a partir de então, enquanto gravíssimas ofensas foram tuteladas pelo direito penal, solidificaram-se teorias inspiradas no princípio da reparação no âmbito

civil. Assim, enquanto uma ciência passou a preocupar-se preponderantemente com o ofensor e a devida punição, a outra passou a ter no seu cerne a vítima e seu interesse precípua: a reparação do dano causado.

Muitos teóricos defendem um caráter punitivo à sanção civil. Entre eles, Ripert (2000) considera que se o indivíduo for vítima de dano moral puro, sem cumulação com dano material, as ações seriam *vindictam spirantes*, ou seja, seriam inspiradas unicamente pelo desejo de obter alguma forma de punição do autor do dano.

Savatier (1951), de forma mais branda, argumenta a repugnância de consciência moral geral a ideia de que qualquer soma em dinheiro poderia de alguma forma compensar a vítima de um grave dano, a exemplo da perda de um filho. Para ele, os tribunais, imbuídos de um instinto de justiça e de equilíbrio, sancionariam aquele que fosse responsável por ato que tenha causado grave dano.

Esse tema é ainda tratado por muitos autores, e as argumentações são inesgotáveis. Para entendê-las de maneira adequada, são necessários estudos mais profundos do que aqui se propõe.

A maioria doutrinária não apresenta adesão à teoria da indenização do dano moral como pena privada.

3.4.4 A indenização como compensação ou satisfação

Majoritariamente superadas as teorias negativistas e restritivas, e vencida (em parte) a aludida tese penalista, a indenização do dano moral passou a ser considerada como forma de satisfação ou compensação³ ao ofendido, ainda que imperfeitamente.

Existiria, então, uma grande diferença entre a função da indenização por dano material e por dano moral: enquanto a primeira rege-se pela teoria da equivalência, a segunda considera a possibilidade de compensação da vítima pela ofensa sofrida. O dinheiro, no dano moral, serviria para que a vítima procurasse satisfações substitutivas. Assim, a vítima teria sua dor amenizada. Não se trata de prostituir a dor colocando-lhe um preço, mas de oferecer uma resposta razoável, sob a ótica jurídica, através de uma compensação.

3.4.5 Tese mista ou funcional: a dupla função da indenização do dano moral

A doutrina, em sua maioria, acentua a dupla função da indenização por dano moral: do lado da vítima, a indenização atua como compensação; para o ofensor, funcionaria como uma puni-

³ Apesar da distinção doutrinária feita entre os vocábulos *satisfação* e *compensação*, eles são considerados aqui como intercambiáveis.

ção por haver ofendido um bem jurídico daquela. Para Pereira (1990, p. 338), “a isso é de crescer que, na reparação por dano moral, insere-se a solidariedade social à vítima”. Gomes (1988), na mesma linha, reconhece que a indenização por dano moral exerce a função de expiação em relação ao culpado e de satisfação em relação à vítima.

Vários autores seguem a mesma visão a respeito da dúplici função dessa indenização. Cahali (1998, p. 175) vai além, aludindo a ela uma função tríplice: “a indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir e admoestar ou prevenir”.

Entendem os ministros do STJ que

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplici função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir (STJ, REsp 487749/RS, DJU de 12.5.2003, 2ª Turma, rel.: min. Eliana Calmon).

A jurisprudência do STF não está bem determinada. Mas em decisão monocrática, o ministro Celso de Mello, ao referendar a tese do caráter punitivo ou inibitório da indenização do dano moral, reconhece também a sua função reparatória, enfatizando “a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar, de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro” (STF, AI 455846, DJU de 21.10.2004. V. Informativo STF nº 364).

3.5 Sanção reparatória híbrida

Aduz Andrade (2009, p. 163):

Assim, no que diz respeito especificamente ao dano moral, a afirmação de que a indenização, quando fixada em montante que busca tão somente satisfazer ou compensar a vítima, já traz em si a finalidade punitiva deve ser recebida com reservas. Apenas abstratamente, de forma secundária e contingente tal indenização estaria a desempenhar um papel de punição. O que imprime, concretamente, de forma primária e necessária o caráter de punição ao montante fixado pelo juízo é exatamente a inexistência de equivalência entre o dano e a indenização, com atribuição de maior peso para esta última. Assim, somente quando o agente fosse condenado ao pagamento de uma quantia cujo valor ultrapasse o montante considerado necessário para a com-

pensação do dano seria possível falar, legitimamente, em indenização com caráter punitivo ou que tivesse o propósito concreto e primário de punir o ofensor. Do mesmo modo, poderia ser considerada punitiva, em essência, a indenização que constituísse um montante, de qualquer valor, acrescido à indenização compensatória.

3.6 A função complexa

A tutela de bens personalíssimos não se realiza do mesmo modo que a tutela dos bens materiais ou patrimoniais. Dessa forma, a concepção clássica da responsabilidade civil como exclusiva fonte de reparação do dano ou ressarcimento da vítima não pode se ajustar ao dano moral sem prejuízos e reducionismos.

Dois objetivos podem ser identificados nessa peculiar espécie de sanção: a compensação e a punição. Mas não é certa a ideia de que sempre desempenhará as duas funções. A indenização por dano moral exerce papel multifacetado, que variará de acordo com o caso concreto.

Examinemos o caso de dano moral em relação a vítimas que não são passíveis de detrimento anímico, como se dá com os doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou que, em razão do próprio dano, tenham ficado em coma; ou ainda crianças muito novas, o nascituro, ou a pessoa jurídica. Aqui fica evidente que o caráter compensatório ou ressarcitório não tem sentido. A reparação sequer será notada pela vítima. Portanto, poder-se-ia constatar que, ainda que não expressamente, a imposição de indenização por dano moral teria caráter aflitivo, de punição ao ofensor pelo mal causado.

Ainda, considerando que não há vinculação de dor física ou psíquica no conceito de dano moral, poder-se-ia falar em dano moral coletivo, que se caracterizaria “pela ofensa a padrões éticos dos indivíduos, considerados em sua dimensão coletiva” (ANDRADE, 2009, p. 164). Nesses casos, a falta de individualização da vítima de forma concreta realça, no dano moral coletivo, a ideia de punitividade da indenização.

Ao contrário da indenização por dano patrimonial, a despeito da motivação da vítima, que nunca assume condição de pena, no dano moral é possível separar casos em que a função seja unicamente punitiva ou unicamente reparatória.

Conclui-se que cabe ao julgador, reconhecendo os argumentos das partes e sobrepesando todas as circunstâncias envolvidas, identificar se “a indenização do dano moral deve ser fixada a título de compensação ou satisfação da vítima; ou se deve ser empregada como forma de punição ao ofensor; ou, finalmente, se deve realizar ambas as funções” (ANDRADE, 2009, p. 167).

Conclusão

Consideremos o que aduz Andrade (2009, p. 136), ao dizer que

com o desenvolvimento social e a conseqüente evolução dos direitos da personalidade o conceito de dano moral tende a ser ampliado para alcançar situações hoje ainda não consideradas. Essa ampliação, a despeito das resistências doutrinárias e jurisprudenciais, ao que tudo indica, é inevitável. Do mesmo modo, afigura-se inevitável o redimensionamento do papel da indenização do dano moral. Associando a ideia de punição do ofensor à de compensação do dano, a indenização revela-se importante mecanismo de prevenção do dano moral [...].

Qual seria a real função da indenização por dano moral? Importa maiores estudos sobre o tema, sobretudo se observando o direito comparado e as teorias propostas.

O certo é que o Direito, enquanto ciência, não pode se limitar ao exame da norma como entidade autônoma, desvinculada dos fenômenos sociais e dos valores que permeiam a sociedade. O fenômeno jurídico, como aduz Andrade (2009), nunca é exclusivamente jurídico.

Um estudo abrangente da responsabilidade civil deve considerar fenômenos de várias naturezas, analisando criticamente o papel desempenhado por esse ramo do Direito na perspectiva do mundo atual, sem apegos a dogmas e tradições que não mais atendem às expectativas sociais.

Os juristas devem construir suas teses, caso a caso, levando em conta todas as questões envolvidas, para que o dano moral não seja exaltado e não haja abusos em sua desconsideração.

Para Dworkin (1999), a ciência não elimina problemas, mas com ela mais problemas são produzidos, exatamente para enfrentar o próprio problema, pois não há ciência sem crítica. É por essa perspectiva que se propõe a reflexão sobre alguns aspectos do exercício jurídico, vez que o Direito é ciência e, por essência, deve ser estudado sob a ótica crítica do pensamento.

Referências

ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria General de la responsabilidad civil**. 8ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização pu-**

nitiva. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BAUMAN, Zigmund. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

- CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. 1ª ed. Barcelona: Ariel, 1999.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- HOT coffee. Produção e direção de Susan Saladoff. EUA, 2011. Filme-vídeo (86 min.), son., color.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Ações condenatórias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. 5.
- _____. **Tratado de Direito Privado**. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. t. 54.
- RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2000.
- SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SASSAREGO, Carlos Fernández. **Existe um daño al proyecto de vida?** 2004. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/11sassarego.htm>> Acesso em: mar. 2014.
- SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile em Droit français**. 2ª ed. Paris: L.G.D.J., 1951.
- SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. (Org.). **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.