

O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E OS CRITÉRIOS PARA SUA QUANTIFICAÇÃO

*** MARIA EMILIA ALMEIDA SOUZA**

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino, de Buenos Aires, Argentina.

Advogada de Família e Sucessões. Professora de Direito Civil, Direito Processual Civil e Prática Forense na Faculdade de Direito de Ipatinga, FADIPA.

Mantenedora do site www.profmariaemilia.blogspot.com.

Coordenadora do programa Para Sempre Fadipa, voltado para os egressos da instituição.

Tem experiência na área do direito, com ênfase em direito processual civil e direito civil.

****JÉSUS NASCIMENTO DA SILVA**

Graduado em Direito pela Faculdade do Vale do Rio Doce – FADIVALE

Mestre em Direito Público pela Universidade Gama Filho

Doutorando em Direito Civil na PUC Minas.

Direitor da FADIPA- Faculdade de Direito de Ipatinga.

***** GEOVANE RODRIGUES DE ALMEIDA**

Pós Graduado em Direito Civil, em Direito Processual Civil e em Direito do Trabalho.

Mestre em direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro.

Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga – FADIPA.

****** ELIANE FONTES DA SILVA DIAS**

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

Este trabalho possibilita o esclarecimento sobre os fundamentos da reparação do dano moral, os abusos que giram em torno do exercício regular desse direito, ressaltando também algumas críticas dirigidas ao dano moral, com destaque a questão da chamada “indústria do dano moral.” Contudo, há crítica daqueles que se baseiam no grande volume de ações decorrentes de dano moral e se utilizam de tal parâmetro para afirmar que elas visam promover a loteria do dano moral.

Palavras chaves: Fundamentos da reparação. Críticas dirigidas. Loteria do dano moral.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa origina-se em estudos anteriores que trataram da importância da Doutrina e da Jurisprudência na delimitação do Dano Moral. Assim a

responsabilidade do julgador é de extrema importância para se conquistar um novo modelo de entendimento sobre este tema tão polêmico e abstrato. Nesse trabalho procurou-se investigar sobre a responsabilidade civil como instrumento para garantir a observação dos princípios constitucionais.

O estudo que agora se propõe tem por objetivo aprofundar na investigação sobre o dano moral, com enfoque nas relações de consumo, buscando ainda pesquisar sobre que aspectos se pautam os juízes para definirem sobre o valor das indenizações.

Esta investigação torna-se interessante pela possibilidade de melhor esclarecer sobre os fundamentos da reparação do dano moral, os abusos que giram em torno do exercício regular desse direito, ressaltando também algumas críticas dirigidas ao dano moral, com destaque a questão da chamada “indústria do dano moral.” Contudo, a crítica daqueles que se baseando no grande volume de ações decorrentes de dano moral usam tal parâmetro para afirmar que elas visam promover a loteria do dano moral.

Para consecução desses objetivos, a pesquisa pretende examinar e esclarecer os ideais que norteiam os argumentos vigorantes acerca dos parâmetros que servem de base para dimensionar e quantificar as indenizações proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro em relação às ações propostas com o intuito de requerer uma reparação em face de danos morais oriundos de atos ilícitos praticados por alguém.

Trata-se assim, de um estudo sobre o dano moral em seus múltiplos aspectos, inclusive a prudência e severidade com que deve agir o judiciário. Portanto a condenação por danos morais precisa atender aos reclamos e anseios de justiça, não só do cidadão, mas também da sociedade como um todo.

Dessa forma, esta pesquisa fundamenta-se em bases doutrinárias, constitucionais, leis, além de pesquisas que buscam avaliar os diversos critérios utilizados para medir o dano moral. Em face do exposto, conclui-se que no mundo moderno, onde a desmedida corrida em busca do lucro, sem que se respeitem a ética e a moral nas relações negociais, transformou o consumidor, de produtos e serviços, em frios e abstratos números. O melhor método de garantir o respeito à dignidade e aos

direitos fundamentais da personalidade humana, somente atingirá seus desígnios, se fosse adotada uma postura sólida de reprimenda aos abusos cometidos.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito de dano moral

O termo "dano" vem do latim "damnu" e significa ofensa ou diminuição do patrimônio moral ou material de alguém. Segundo Clóvis Beviláqua (ano), dano, em sentido amplo, é toda diminuição dos bens jurídicos da pessoa.

Para o Professor Yussef Said Cahali, dano moral:

é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral(honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.) (CAHILI, 2004, p.351).

E temos ainda conforme o ilustre doutrinador Minozzi, um dos Doutrinadores Italianos que mais defende a ressarcibilidade, Dano Moral: é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a aflição física ou moral, em geral uma dolorosa sensação provada pela pessoa, atribuindo à palavra dor o mais largo significado (MINOZZI, 0000, p. 41).

Para Savatier, dano moral

é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc. (PEREIRA, 1989, p. 131).

Nas palavras do Professor Arnaldo Wald, encontramos importante definição quanto ao tema em tela:

Dano é a lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio ou na sua integridade física, constituindo, pois, uma lesão causada a um bem jurídico, que pode ser material ou imaterial. O dano moral é o causado a alguém num dos seus direitos de personalidade, sendo possível à cumulação da responsabilidade pelo dano material e pelo dano moral (WALD, 1989, p. 407).

Wilson de Melo Silva, em síntese, diz que "dano moral é o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico" (SILVA, 1993, p. 13).

Para Carlos Alberto Bittar: "são morais os danos e atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade (como, *v.g.*, a honra, a reputação e as manifestações do intelecto) (BITTAR, 1993, p. 24).

Segundo Maria Helena Diniz, "Dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo" (DINIZ, 1998, p. 81).

Contudo, constata-se como indefinido o conceito de Dano Moral, conforme as diferenças apresentadas pelos conceitos retro mencionados.

Dessa forma, toda lesão não econômica que venha a sofrer o indivíduo que cause repercussão no seu interior, é em regra passível de reparação.

2.2 Fundamentos para reparação do dano moral

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso X rege: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

O Código Civil Brasileiro se referia a reparação de danos, sem limitar apenas aos danos materiais como erroneamente era interpretado, como se vê: o artigo 159, do Código Civil de 1916 "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou

imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

O que difere, é que antes da Constituição Federal de 1988, os danos morais não estavam regulamentados em nenhum diploma legal, o que conduzia ao entendimento de que não era um direito reconhecido legalmente. E, inexistindo direito reconhecido, não havia que se falar em violação.

Alguns defensores da corrente "negativista", como ensina o professor Sergio Gabriel (2002), sustentavam também que ainda que se quisesse reconhecer a existência do dano moral, esse era ressarcível, haja vista que não se podia reparar monetariamente a dor moral de um indivíduo, pois o dinheiro não traria a condição existente anterior da ofensa.

Com isso, Clóvis Bevilacqua, em suas notas ao artigo 76 do Código Civil de 1916, ao dispor que, "para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse, econômico ou moral", já afirmava que se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é reparável, ainda que o bem moral não se revele economicamente, salienta o professor Sergio Gabriel (2002).

É por uma necessidade humana, sempre insuficiente, e por vezes grosseira, que o direito se vê diante de inúmeras situações compelido a admitir que se somasse monetariamente o interesse de afeição e outros interesses morais.

Volver a história encontra-se precedente no Direito Romano, especialmente nos delitos privados, em que a obrigação de indenizar estava ao arbítrio do próprio ofendido, por meio da chamada *actio*.

Ademais, no período pré-clássico do Direito Romano, entre 754 a.C. até 126 a.C., era possível reparar o dano, inclusive moral, por meio da *interpretatio* dos jurisconsultos.

No ano 455 a.C., editou-se a primeira codificação das Leis Romanas, conforme Matielo (1998), pautada na Lei das XII Tábuas, foram estruturadas entre os delitos privados os fatos ilícitos contra a pessoa, a *iniura*, ou seja regulamentou a vingança privada, e o *ius civile* contemplava três figuras delituosas.

Como assevera Sergio Gabriel (2002) a primeira era o *membrum ruptum* que se referia ao delito de mutilação de um membro do corpo, para o qual era previsto a punição com a pena de Talião, ou seja, o autor deveria sofrer a mesma mutilação a que havia dado causa, deixando-se a critério do ofendido a opção de optar pela composição pecuniária, não havendo regulamentação legal nesse sentido.

A segunda figura é o *fractum* que prelecionava sobre a quebra ou fratura de ossos, e por tratar-se de delito menos grave, a pena de Talião foi substituída pela pena pecuniária no valor de 300 asses em se tratando de homem livre e 150 asses em se tratando de escravos;

E a última é a *iniura* que consistia em violência leve, que abrangia outras ofensas corporais, tais como tapas, beliscões, etc., com punição equivalente a 25 asses.

Outrossim, conforme Carneiro (1998), foi com a adoção do *ius honoratium* que eram as criações do Pretor Peregrino visando a regular situações não previstas no *ius civile*, que se abandonou o antigo conceito de lesão física, passando a alcançar também a personalidade moral, significando esta como difamação, ofensa à honra alheia, surgindo então, o efetivo instituto do dano moral.

Criou-se então conforme ensinamentos de Matielo (1998) a *actio injuriarum aestimatoria*, aplicável aos casos de ofensa à personalidade e física, proibindo-se contudo, a pena de Talião, ficando a ressarcibilidade a critério do Pretor.

A mencionada condenação quando concedida, era sempre pecuniária, e tinha como pressuposto a existência de injúria voluntária por parte do ofensor, nas palavras de Sergio Gabriel (2002).

Dos fatos históricos jurídicos narrados, é notório que o Direito Romano, apesar de não ter fixado princípios sobre a referida matéria, não ignorava o interesse moral; ao contrário, incutiu a idéia da reparabilidade dos danos morais.

Sabe-se que o Direito Romano não chegou ao ponto de construir uma teoria sobre a responsabilidade civil, levando em consideração que o pagamento devido pelo ofensor sempre manteve o caráter de multa, de pena pecuniária.

Já no Direito Português conforme Sergio Gabriel (2002), poucas são as referências sobre a instituição do dano moral, porém nas Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 71, parágrafo 31 e, Filipinas, Livro III, Título 86, parágrafo 16, assim encontra-se sua existência: "[...] E se o vencedor quiser haver, não somente a verdadeira estimação da cousa, mas segundo a *affeição* que *ella* havia, em tal caso jurará *elle* sobre a dita afeição; e depois do dito juramento pode o juiz taxá-lo, e segundo a dita taxação, assim condenará o réu, e fará execução em seus bens, sem outra citação da parte [...]."

No Direito Canônico, mais especificamente na promessa de casamento, consagrava-se a reparação dos danos e prejuízos pela ruptura desta.

Com a adoção do Novo Código Canônico, no ano de 1983, evidenciou-se indenização por danos morais: "Cân. 220 - a ninguém é lícito lesar ilegítimamente a boa fama de que alguém goza, nem violar o direito de cada pessoa de defender a própria intimidade"

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens proclamada em 1948 pela Organização das Nações Unidas, tutelava: "Artigo 12 - Ninguém será objeto de intromissões arbitrárias em sua vida particular, em sua família, em seu domicílio, ou em sua correspondência, nem padecerá, seja quem for, atentados à sua honra e à sua reputação".

Contudo verifica-se que, desde que o direito passou a ser positivado, a indenização por danos morais sempre esteve presente, mesmo que de forma indireta, e assim terminou por ser regulamentado no direito brasileiro.

E oportuno ressaltar, nos ensinamentos de Sergio Gabriel (2002), que no Brasil, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) e a Lei dos Direitos Autorais, já consagravam a reparabilidade por danos morais.

Talvez até por essa delonga, e pela conseqüente demanda reprimida, é que hoje o instituto do dano moral enfrenta dois grandes questionamentos: o da caracterização do dano moral; e o *quantum* indenizatório.

2.3 Caracterização do dano moral

Ao tratar sobre a caracterização do dano moral automaticamente são discutidos os pressupostos essenciais para sua reparação.

Nesse entrave, são duas correntes presentes, conforme preciosos ensinamentos de Sergio Gabriel (1998), a corrente dos que defendem a necessidade de se comprovar a dor; e a dos que entendem a necessidade de se comprovar o nexo causal entre o ato praticado pelo agente e o dano que por sua vez se presume.

Uma corrente defende não poder se abster somente aos fatos, devendo o autor demonstrar a dimensão do dano sofrido, pois esse será o parâmetro para a fixação do valor da indenização em caso de condenação. Os mais extremistas suscitam a possibilidade da realização de prova pericial psicológica.

A outra corrente sustenta que não se está em foco a prova do prejuízo, e sim a violação de um direito garantido constitucionalmente.

É natural que antes de opinar por uma ou por outra corrente, e necessário considerar que o instituto requer uma análise detalhada de cada caso concreto, pois à justiça, por meio do devido processo legal, fica incumbida da aplicação do direito ao caso concreto. Cabendo ao julgador analisar os fatos narrados pelo autor em sua peça inicial, bem como rebatê-los na contestação apresentada pela parte contrária.

Os fatos controversos serão matéria de prova. Sendo esses inexistentes cabe ao julgador constatar se tal dano é garantido pelo sistema normativo pátrio. Diante disso, a única prova concebível nas ações de indenização, é a da existência dos fatos reunidos na peça inicial.

Os fatos, não contestáveis ou devidamente provados na fase instrutória do processo, tem a função de caracterizar a existência de dano moral, estabelecendo o nexo causal entre o ato ilícito praticado pelo agente e os fatos narrados pelo autor.

Com a comprovação do nexo, e tratando-se de direito garantido pelo sistema normativo pátrio, eis que surge a questão da quantificação pecuniária dessa lesão para a conclusão do tema.

A ilustre Professora Maria Helena Diniz, quanto a questão em tela se posiciona da seguinte forma:

O dano moral, no sentido jurídico não é a dor, a angústia, ou qualquer outro sentimento negativo experimentado por uma pessoa, mas sim uma lesão que legitima a vítima e os interessados reclamarem uma indenização pecuniária, no sentido de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica por eles sofridos (DINIZ, 1998, p. 82).

2.4 Fixação do quantum indenizatório

A quantificação do dano moral é um tema complexo e que representa grande dificuldade, e por muito tempo tem gerado intensos obstáculos para aceitação da tese da reparação do dano moral.

Diante disso, há dúvidas quanto aos parâmetros a serem avaliados para delimitação do quantum. A função de ressarcimento da responsabilidade civil visa na medida do possível o restabelecimento da situação inicial pela recomposição do patrimônio lesado, o que não se apresenta difícil nos danos materiais.

O instituto é agraciado com diverso relevo ao se tratar dos danos morais, nos quais, não se pode deixar de reconhecer, que a indenização não tem o objetivo de recompor sentimentos, insuscetíveis, por natureza, deste resultado por efeito só dela, nem se prestando a compensar lesão a bens ofendidos. E sim de propiciar ao lesado meios para aliviar sua mágoa e sentimentos oprimidos, servindo, por outro lado, de forma a repreender cominando em pena ao infrator.

Tem-se em conta, em sua determinação, as condições individuais (sociais, econômicas) do ofendido e do causador da lesão, o grau da culpa ou a intensidade do elemento volitivo, assim como a reincidência.

Diante do exposto é necessário o cuidado para evitar a atração, apenas pelo caráter que é exemplar contido na reparação, de valores que ultrapassem e que representou o agravo para o ofendido.

Nesta seara, mais do que nunca, há de reter-se não consistir a responsabilidade civil em fonte de enriquecimento para o ofendido. Os critérios da razoabilidade e proporcionalidade são recomendáveis, para sem exageros, atingir-se indenização adequada.

Neste campo, mais ainda se redobram cautelas, eis que, tendo em vista ser o agente economicamente mais poderoso do que o lesado, quase sempre, insinuar-se-á tentação de impor-lhe reparação elevada. Não condiz, todavia, com sua natureza.

Mas, se por um lado, a reparação efetiva dá-se, até excepcionalmente, prescindindo de base subjetiva, de outro lado, há, por estes mesmos fatores, de ser alcançada de forma módica, compatível, sem absurdos que possam desestimular a cadeia de sua oferta.

Alguns doutrinadores, bem como alguns julgados, defendem que a ressarcibilidade do dano moral deve propiciar meios sucedâneos ou derivativos que visam amenizar o sofrimento da vítima, como passeios, divertimentos, ocupações e outros do mesmo gênero.

Porém, certo é que a dor não é generalizada, ao contrário, é personalíssima, variando de pessoa para pessoa, de forma que uns são mais fortes outros mais suscetíveis.

Assim sendo, pensar no critério de ressarcimento através de meios que possam transpor essa dor, geraria a uma diversificação de critérios para sua fixação de forma a torná-lo também personalíssimo.

Dessa forma, coerente é a doutrina que indica que além de respeitar os princípios da equidade e da razoabilidade, deve o critério de ressarcibilidade considerar alguns elementos como: a gravidade do dano; a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; a condição financeira do ofensor; a condição financeira do ofendido.

Finalmente, como órgão de distribuição de justiça, cabe ao julgador aplicar a teoria do desestímulo, de forma a evitar a reincidência da prática delituosa.

Assim, poderíamos dividir os critérios para fixação da indenização por danos morais em positivos e negativos.

Nos positivos, deveria ser observado: condição econômica, pessoal e social do ofendido; condição econômica do ofensor; grau de culpa; gravidade e intensidade do dano; hipótese de reincidência; compensação pela dor sofrida pelo ofendido; desestímulo da prática delituosa.

Nos negativos, observar-se-ia: enriquecimento do ofendido; viabilidade econômica do ofensor.

De qualquer forma, além da observação desses critérios, a aplicação deve ser norteadada pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade.

3 OBJETIVO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

O Código Civil preleciona que a natureza do dano pode ser moral, material, ou à imagem. E sua reparação esta prevista também no Código Civil: "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 "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." (Art. 186 e 927).

O objetivo primordial da indenização por dano moral é imaterial e corrigir e penalizar o agressor. Pois com a aplicação da pena se evitará a reincidência.

Nas relações sociais a previsão de indenização tem como objetivo reparar o dano e cocomitantemente desestimular o causador da lesão, como estabelece o Código Consumerista no tocante às relações de consumo, ao prever em seu artigo 20:

O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha (BRASIL, 1990).

Em se tratando do não cumprimento dessa obrigação, aduz o mesmo diploma: "Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código".(Art. 22, parágrafo único) (BRASIL, 1990).

Os danos suportados podem gerar consequências de diferentes naturezas, haja vista a possibilidade de os danos materiais ou à imagem trazer consigo prejuízos que geram também dano moral ou um dano moral gerar também lesões de ordem material ou à imagem.

As relações sociais entre pessoas físicas ou entre pessoas físicas e jurídicas são geradoras de danos em potencial nas relações de consumo, erros na prestação de serviços, descumprimento de normas ambientais, prejuízos à saúde ou à estética,

danos sofridos pelo trabalhador durante o exercício de sua profissão, prejuízos causados pelos poderes do Estado, entre outros.

Na relação de trabalho surgem alguns pleitos de ordem material e moral decorrentes de doença profissional, embasados na responsabilidade subjetiva por meio da demonstração de culpa da empregadora.

O empregado busca do judiciário o deferimento do seu pedido de dano moral, alegando que o dano a sua saúde causou diversas consequências em seu cotidiano e que por isso, reflexamente, houve lesão no âmbito moral, exigindo então reparação por parte do empregador.

No caso do empregador, constata-se culpa por negligência em relação à saúde do empregado, pois incumbe ao contratante do obreiro zelar pelo dever legal de oferecer-lhe condições adequadas de trabalho.

Insta salientar que a doutrina subjetivista considera necessária e essencial a coexistência de três requisitos na etiologia da responsabilidade civil, a saber: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta, o dano - que pode ser acidente ou doença - e o nexo de causalidade do evento com o labor.

Uma vez sendo reconhecida a lesão e o direito à indenização ao ofendido, dever-se-á quantificar o valor em pecúnia.

Alguns critérios são estabelecidos para essa quantificação. Não há no ordenamento jurídico pátrio uma fórmula objetiva para tanto. Caberá ao juízo fixar o "quantum" da reparação pleiteada, utilizando-se de razoabilidade e equidade.

Esses critérios objetivos devem nortear essa fixação, tais como: A estipulação de um valor compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade sócio-econômica e financeira das partes e outras circunstâncias específicas de cada caso concreto.

Considerar-se-á também, as circunstâncias do caso concreto, o grau de culpa do suposto ofensor, a extensão do dano, a capacidade econômica das partes e o caráter compensatório da indenização.

O grau de culpa do empregador no evento danoso, o patrimônio material da empresa e a extensão do dano são aspectos imprescindíveis para não causar o enriquecimento ilícito do reclamante com indenizações exorbitantes ou arbitrar valores irrisórios, insuficientes para ressarcir o acidentado.

Nesse sentido, segue o acórdão que decidiu na ampliação da indenização arbitrada pelo juízo de primeira instância:

A indenização deve ser fixada com base em critérios legais e doutrinários, cujos limites vêm sendo adotados pela jurisprudência dominante, a fim de evitar abusos e eventual enriquecimento ilícito. Fixação da indenização por danos morais em R\$ 1.900,00, que não se mostra suficiente para indenizar a autora e coibir o réu de atitudes semelhantes. Indenização majorada para R\$ 7.000,00. Apelo da autora provido. (TJSP; APL 7263071-0; Ac. 3480077; Jardinópolis; Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Salles Vieira; Julg. 04/12/2008; DJESP 10/03/2009)

Segundo a teoria do desestímulo, o ofensor deve ser condenado a pagar indenização, representando uma medida eficaz, para que não reincida em prática de o ato ilícito. A proporcionalidade e razoabilidade entre a quantia estabelecida e a ofensa sofrida, garantem a prestação jurisdicional, sem configurar o enriquecimento sem causa da parte ofendida.

4 CONCLUSÃO

No que diz respeito à natureza das lesões passíveis de indenização, hoje não mais subsistem dúvidas quanto à plena reparabilidade de toda e qualquer espécie de dano havido, seja de natureza patrimonial ou moral, sobretudo porque a cada dia adquire-se maior consciência de que se incrementa a vulnerabilidade do ser humano ante as incessantes transformações da civilização de massa, transformações estas de efeitos ainda pouco assimilados.

A respeito da caracterização do dano, parece claro que a segunda corrente mencionada encontra-se bem mais próxima do acerto, pois com efeito, em se tratando de direitos oriundos da personalidade humana, impera a *hominis*, restando apenas a necessidade da prova do fato, sendo que a dor apenas deve guardar nexos com a causa, o que por sinal já vem sendo reconhecido pelos Tribunais Superiores.

Sobre a questão do *quantum* indenizatório parece-nos prudente considerar os ensinamentos do Mestre Caio Mário da Silva Pereira, segundo o qual a soma não deve ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.

Os excessos e as mitigâncias só levam à desmoralização do instituto, restando necessário que se considere os princípios da equidade, da razoabilidade, e principalmente o bom senso do julgador.

Na falta de parâmetros objetivos para fixar o *quantum*, devem os Tribunais, em atenção às suas finalidades, arbitrá-lo dentro dos princípios mencionados, sempre considerando o gravame em relação ao todo, respeitando elementos como: a gravidade do dano; a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; a condição financeira do ofensor; a condição financeira do ofendido.

Sua fixação não pode, assim, ultrapassar os limites do bom senso, fazendo-se a necessária justiça através da aplicação da já mencionada teoria do desestímulo.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil**: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 nov. 2013.

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: 24 nov. 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed., ver., aum. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v.1.

DÍAZ, Júlio Alberto. **Responsabilidade coletiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.5: direito de família**. reform. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.7: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRA JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

FLORINDO, Valdir. V. **Dano moral e o direito do trabalho**. 4. ed., ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2002.

GABRIEL, Sergio. **Dano moral e indenização**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2821/dano-moral-e-indenizacao>>. Acesso em: 10 out. 2013.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil de acordo com a constituição de 1988**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, v.4:** responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v.1:** parte geral. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.