

A RESPONSABILIDADE CIVIL E A TRÍPLICE FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO AO DANO EXTRAPATRIMONIAL

* **Gustavo Santos e Silva**

Advogado, graduado pela Faculdade de Direito de Ipatinga

* **Jô de Carvalho**

Doutora em educação, mestre em produção e recepção de textos, Especialista em psicopedagogia, graduada em Pedagogia e em Direito. Professora na Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

Esta pesquisa teve como objetivo analisar o âmbito da responsabilidade civil conjuntamente com o instituto do dano extrapatrimonial e sua tríplice função da indenização, devendo estes, estarem presentes em qualquer condenação nas ações de indenização por danos morais. Em síntese, o estudo aprofundado sobre a responsabilidade civil visa demonstrar soluções legislativas para os indivíduos que cometem um ato ilícito no ramo de Direito Civil, sendo este instituto em específico, que obriga o agente lesante a indenizar a parte contrária pelos danos causados. No mais, o estudo buscará apontar as diferenças entre as três funções do dano moral que leva a crer que o indivíduo que praticar um ato ilícito, mesmo que seja exclusivamente moral, irá arcar com os prejuízos derivados de sua conduta ofensiva, estabelecendo uma relação jurídica entre as partes, devendo o magistrado aplicar a tríplice função para que o dano seja reparado e que não mais seja praticado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Indenização. Dano extrapatrimonial. Tríplice função. Ato ilícito. Agente lesante.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo busca delimitar os aspectos e os conceitos da responsabilidade civil juntamente com suas mudanças ao longo do tempo em relação à tríplice função da indenização ao dano extrapatrimonial.

A responsabilidade civil tem o aspecto básico de uma obrigação, assumido perante alguém que causou uma lesão de ordem patrimonial ou extrapatrimonial a outrem, trazendo para si o dever de reparar a vítima do dano.

A importância da responsabilidade civil para atual situação do país suporta a segurança jurídica, pois visa restabelecer o equilíbrio jurídico em caso de uma

agressão de um direito, seja ele contratual ou extracontratual, trazendo novamente a possibilidade de voltar ao *status quo ante* da situação, ou reparando de forma indenizatória quando não for possível.

É certo que se deparar com atos que vão contra as normas legais não é raro, sendo que cada ato ilícito praticado gera um desequilíbrio jurídico de caráter moral ou patrimonial. Por consequência disto há inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais a respeito de como serão as formas de reparação e quanto será o valor indenizatório quando não se puder mensurar o tamanho do dano suportado pela vítima nos casos em que sua honra e dignidade forem abaladas e o *status quo ante* não poderá ser exercido, apenas restará a indenização para amenizar os efeitos danosos praticados pelo ofensor.

Para isso, utilizar-se-á como metodologia o conhecimento e aplicação por parte destes institutos pela jurisprudência dos tribunais e pelos doutrinadores, visto que há certas divergências teóricas quanto à extrapolação dos danos na esfera civil.

Para a justificativa do tema em análise, de certa forma, foi selecionada pela enorme quantidade de indivíduos lesionados decorrentes de um ato ilícito de outrem, e que estes prejudicados possam conhecer dos seus direitos, sendo ressarcidos pelos prejuízos e que os ofensores sejam punidos de forma justa a fim que estes ilícitos não sejam mais praticados.

O trabalho será desenvolvido em três partes: na primeira será analisado o conceito e a evolução da responsabilidade civil. Na segunda a evolução do conceito de dano juntamente com os critérios utilizados pelos órgãos julgadores no momento da fixação do valor da indenização para se evitar um enriquecimento sem causa da vítima. A terceira e última parte avaliará as funções da indenização ao dano extrapatrimonial que o magistrado deverá atentar-se ao proferir uma sentença juntamente com suas formas de reparação na esfera civil. Por fim, finda-se o presente trabalho com as conclusões obtida pelo pesquisador.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito

A responsabilidade civil está relacionada com a ideia de não causar qualquer tipo de dano a alguém. Tal conceito define aplicações de medidas legais que está descrita no artigo 186 do Código Civil de 2002 que assim prescreve: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Neste sentido, o jurista Pablo Stolze entende que:

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano). (GAGLIANO, 2002, p. 462).

Para Gagliano (2011, p. 462), a palavra “responsabilidade” apresenta sua origem no verbo em Latim “respondere”, significando que alguém deverá arcar com as consequências no âmbito jurídico de seus atos no mundo concreto derivados de uma ação ou omissão que gere dano a outrem, portanto incumbindo no dever de restabelecer o *status quo ante*, quando sendo possível, ou indenizá-lo pelos prejuízos ocorridos.

Conforme os entendimentos dos ilustres doutrinadores acima mencionados, a responsabilidade civil cria uma relação jurídica entre os agentes passivo e ativo do ato ilícito contrário a legislação vigente, causando um dano de ordem patrimonial e extrapatrimonial, devendo o agente lesante responder pelos seus atos, a fim de reparar os prejuízos da vítima, restaurando assim, o *status quo ante* da prática do ato ilícito.

2.2 Evolução da responsabilidade civil

Historicamente, as civilizações antigas atuavam em conjunto, ou seja, quando alguém pertencente a um grupo recebia uma ofensa, os demais integrantes deste grupo consideravam como uma ofensa coletiva, gerando assim, uma reação coletiva contra esta ofensa.

A responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou área de incidência (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e à sua profundidade ou densidade (exatidão e reparação). (DINIZ, 2008, p. 10).

Com o passar da história, essa reação que antes era coletiva, torna-se individual, fazendo o indivíduo que recebeu certa ofensa, buscar a sua justiça com suas próprias mãos, ou seja, devolvendo a mesma ofensa ao causador do dano. O poder público apenas limitava os abusos praticados, permitindo que a vítima tivesse direito de obter vingança, esta que seria na mesma proporção praticada pela pessoa do lesante. Tal permissão estava previsto em conformidade com a Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*), em sua tábua VII, Lei 11ª está expresso o seguinte critério: “*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.*” (se uma pessoa mutilar alguém e não chegarem a um acordo valerá a Lei de Talião), ou uma denominação mais popular que seria: “olho por olho, dente por dente”.

Este tipo de responsabilidade independe de comprovação de culpa do agente lesante, tendo em vista apenas a necessidade de nexos causal entre a conduta e o resultado. Todavia, ao se buscar justiça pelas próprias mãos, acabaram acontecendo muita desproporção entre o dano originário e a retribuição praticada pela vítima, o que levou a busca de uma forma para resolver os problemas derivados da responsabilidade civil.

Após não vigorar mais a Lei de Talião, dar-se o surgimento do período da autocomposição, que consistia em chegar a um acordo com o agente lesante para que o mesmo reparasse o dano mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro, que era imposta pela autoridade pública, em se tratando de crime público, ou quando se tratasse de crime privado, o pagamento ficaria a critério da vítima.

Tal período era mais conveniente chegar a um acordo entre as partes do que praticar uma retaliação, uma vez que a retaliação causava mais um dano, porém desta vez, na pessoa do lesante ao invés de reparar o dano originário. Surgiu então, a Lex Aquilia.

Com base no Dicionário Jurídico:

A Lex aquilia foi uma legislação famosa, contida em um plebiscito de 286 a.C., que determinava a reparação do dano mesmo em caso de culpa levíssima. Fonte histórica da culpa delitual ou extracontratual, também denominada culpa aquiliana. (MAGALHÃES; MALTA, 1997, p. 543).

O jurista Francês Domat (Lois civiles, Liv VII, Seção II, art. 1º) implantou o princípio geral da responsabilidade civil, que consistia em estabelecer a culpa como fundamento da responsabilidade civil, tendo esta ideia adotada posteriormente pelo código civil francês.

Ao longo do tempo, ocorreu uma evolução tanto da responsabilidade civil quanto o seu princípio, pois passou admitir não apenas a culpa em relação ao fato, mas também o risco do ato, gerando um acréscimo da indenização por danos morais decorrentes de ausência de culpabilidade do agente.

Com a chegada da revolução industrial, houve um aumento significativo dos riscos no trabalho derivados das operações nas máquinas e pelos transportes realizados pelos automóveis. Portanto, teve-se a necessidade de reformular os conceitos referentes à responsabilidade, pois gerava certo medo de uma ação de indenização por parte dos empresários que forneciam máquinas aos seus funcionários para execução do trabalho.

Após a sua reformulação, a responsabilidade civil manteve seu fundamento embasado na culpa, sendo o fundamento do risco deixado para segundo plano.

Maria Helena Diniz expressa que:

A expansão da responsabilidade civil operou-se também no que diz respeito à sua extensão ou área de incidência, aumentando-se o número de pessoas

responsáveis pelos danos, de beneficiários da indenização e de fatos que ensejam a responsabilidade civil. (DINIZ, 2003, p.12).

A luz do artigo 942 do Código Civil de 2002 entende-se que alguém der causa, por um ato próprio, a um fato que gere uma lesão ao direito de outrem, a responsabilidade neste caso será direta, já que a reparação do dano será feita com os bens do responsável pelo ato.

Todavia, com as mudanças em relação à responsabilidade em certos casos, o mesmo expande-se para fatos de terceiros no qual o culpado responderá sob uma presunção legal da culpabilidade, com o propósito de resguardar os direitos da vítima contra quem não apresenta a capacidade civil para responder pelos seus atos.

2.3 Natureza jurídica

Conforme anteriormente exposto, a responsabilidade civil decorre de um ato ilícito que fere a ordem jurídica, produzindo uma sanção para quem praticou o ato ofensor. Haverá a oportunidade que a responsabilidade civil decorra de uma obrigação legal, seja na prática de atividades lícitas ou em decorrência do risco da atividade exercida.

No momento em que um ato é praticado em contrário à legislação pátria, haverá uma sanção em decorrência da não observância dos preceitos legais ou as cláusulas contratuais em decorrência de um pacto firmado entre particulares.

Com o devido posicionamento a respeito deste assunto, temos o entendimento do jurista Carlos Alberto Bittar:

Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para a sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo

tranquilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido.

Nesse sentido, a teoria da responsabilidade civil encontra suas raízes no princípio fundamental do *neminem laedere*, justificando-se diante da liberdade e da racionalidade humanas, como imposição, portanto, da própria natureza das coisas. Ao escolher as vias pelas quais atua na sociedade, o homem assume os ônus correspondentes, apresentando-se a noção de responsabilidade como corolário de sua condição de ser inteligente e livre.

Realmente, a construção de uma ordem jurídica justa - ideal perseguido, eternamente, pelos grupos sociais - repousa em certas pilastras básicas, em que avulta a máxima de que a ninguém se deve lesar. Mas, uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar dano, injustamente, a outrem, cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça sentir ao lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica.

Na satisfação dos interesses lesados é que, em última análise, reside a linha diretiva da teoria em questão, impulsionada, *ab origine*, por forte colaboração humanista, tendente a propiciar ao lesado a restauração do patrimônio ou a compensação pelos sofrimentos experimentados, ou ambos, conforme a hipótese, cumprindo-se assim os objetivos próprios. (BITTAR, 1993, p.16).

Por estes fundamentos, a sanção será aplicada em decorrência do ato ilícito, então, podemos dizer que a natureza jurídica da responsabilidade civil será sempre sancionadora, podendo ser uma responsabilidade civil ou criminal, não importando de como ela será imposta.

2.4 Elementos

Ao estudar o tema, é importante apresentar os elementos basilares da responsabilidade civil.

Com seu fundamento legal firmado no artigo 186 do Código Civil de 2002, base fundamental da responsabilidade civil, no qual está presente o princípio de que ninguém é dado causar prejuízo a outrem, temos a seguinte redação: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Para Gagliano (2011, p. 65), os elementos segundo que se fazem presente neste preceito legal são:

- a) conduta humana (positiva ou negativa) - A conduta humana materializa-se através de uma ação ou omissão. Um ato praticado por alguém, em regra, está sob sua responsabilidade, na circunstância de produzir resultado danoso a alguém, seja este por dolo, negligência, imprudência ou imperícia. Este ato impõe a obrigação de reparar a parte lesada;
- b) dano ou prejuízo - O ato praticado deverá causar lesão ao bem jurídico da vítima, sendo este de cunho patrimonial ou extrapatrimonial. Independente de qual seja a espécie de responsabilidade, não haverá de se falar em responsabilidade civil se não houver um prejuízo anterior, sendo este, um dos requisitos para a configuração da obrigação de reparar, ou seja, restaurar a coisa ao seu *status quo ante*;
- c) nexo de causalidade - O fato que gerou dano deve estar interligado com o ato praticado pelo agente. Sendo o dano não havendo conexão com o ato praticado, não haverá que se falar em nexo de causalidade, tendo em vista que ambos estão relacionados em sua essência. Portanto, não basta que a vítima simplesmente sofra uma lesão, é necessário, que este resultado derive de uma conduta humana para configurar-se o dever de compensação.

2.5 Espécies de responsabilidade civil

2.5.1 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subdivide-se em duas teorias: a subjetiva e a objetiva. A teoria subjetiva por sua vez tem a culpa em seu fundamento no artigo 927 que expressa “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Para existir uma imposição legal de indenizar, dependerá da presença simultânea de três elementos fundamentais: dano ou prejuízo; nexo causal entre a conduta e o dano; ação ou omissão.

Segundo o entendimento de Braga Netto (2008), defende que alguém que pratica ou deixa de praticar um ato, causando danos a terceiros, havendo nexo causal entre a conduta típica e o prejuízo, deverá arcar com as indenizações pelo dano sofrido a vítima.

Nesta mesma linha de raciocínio, Cavalieri Filho entende:

A responsabilidade subjetiva é assim chamada porque exige, ainda, o elemento culpa. A conduta culposa do agente erige-se, como assinalado, em pressuposto principal da obrigação de indenizar. Importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica. A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que conformar-se com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo. Vem daí a observação: “a irresponsabilidade é a regra, a responsabilidade a exceção. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 29).

Ante o exposto, a conduta humana poderá ser caracterizada como dolosa: no qual o agente tem a intenção em causar dano a outrem; ou culposa: quando o agente não tem a intenção de causar o dano, porém assume o risco de produzi-lo. A culpa tem sua previsão legal com base no artigo 186 do Código Civil de 2002 (CC), que se determina as três modalidades de culpa *stricto sensu*, segundo o nobre jurista Pablo Stolze:

Negligência: é a falta de observância do dever de cuidado, por omissão. Tal ocorre, quando o motorista causa grave acidente por não haver consertado a sua lanterna traseira, por desídia;

Imprudência: esta se caracteriza quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo. O sujeito, pois, atua contra as regras básicas de cautela. Caso do indivíduo que manda o seu filho menor alimentar um cão de guarda, expondo-o ao perigo;

Imperícia: esta forma de exteriorização da culpa decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica. É o que acontece quando há o erro médico em uma cirurgia em que não se empregou corretamente a técnica de incisão ou quando o advogado deixa de interpor recurso que possibilitaria, segundo jurisprudência dominante, acolhimento da pretensão do seu cliente. (GAGLIANO, 2002, p. 172).

É importante notar que, pela redação do art. 186 do Código Civil, entende-se que o legislador não previu a conduta dolosa, e, ademais, ao abordar sobre a conduta culposa, apenas levou em consideração a imprudência e a negligência, deixando de mencionar a imperícia.

Leia-se, novamente, a redação do artigo 186 do Código Civil 2002: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

É meramente aparente a omissão praticada pelo legislador, embora o mesmo não tenha utilizado uma melhor técnica para o devido entendimento do texto legal, podemos compreender deste dispositivo que, ao citar “ação ou omissão voluntária”, estaria o legislador fazendo uma referência a conduta comissiva ou omissiva dolosa. A voluntariedade aí, portanto, não estaria diretamente relacionada à conduta em si, já que a culpa *stricto sensu* também apresenta o requisito de vontade ao realizar o ato, mas sim, a pretensão do agente. Desta forma, se o agente tiver a vontade de alcançar uma finalidade danosa, haverá então o dolo caracterizado.

2.5.2 Responsabilidade civil objetiva

A teoria objetiva, por sua vez, tem prerrogativas diversas da teoria subjetiva, pois dispensa culpa ou dolo para existir. Tal teoria traduz a ideia que o responsável pela reparação do dano auferido, serão os casos taxativos previstos no ordenamento jurídico ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano, implicar, em razão de sua natureza, riscos aos direitos de outrem, devendo a vítima demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente ofensor.

Especialmente, a responsabilidade civil objetiva decorrente do risco do exercício da atividade por si só gera o dever de indenizar a vítima do dano, devendo assim restaurar o *status quo ante*.

A teoria da responsabilidade civil objetiva tem seu respaldo legal no artigo 927 do Código Civil de 2002, adotando a teoria do risco do exercício da atividade em razão de sua natureza, conforme expressamente previsto da seguinte forma:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

Ante o exposto acima, a responsabilidade civil objetivo necessita da demonstração do nexo de causalidade e o dano, entretanto independem da comprovação da culpa e o dolo do agente ofensor, invertendo o ônus probatório ao agente lesante, sendo este, obrigado a defender-se demonstrando que agiu conforme os padrões legais e que a culpa fora exclusiva da vítima ou de terceiros diante do caso concreto.

A propósito, ensina Carlos Roberto Gonçalves que:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (ubi emolumentum, ibi onus); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (GONÇALVES, 2011. p. 49).

Segundo Pablo Stolze Gagliano:

Assim, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano. (GAGLIANO, 2005, p. 17).

Outro ponto importante diz respeito a fatos de terceiros no qual o culpado responderá sob uma presunção legal da culpabilidade, com o propósito de resguardar os direitos da vítima contra quem não apresenta a capacidade civil para responder pelos seus atos. O artigo 932 c/c 933 Código Civil apresenta um rol

taxativo dos responsáveis objetivamente, ou seja, não será necessária a comprovação de culpa para ser responsabilizado por atos praticados por terceiros, temos então as seguintes redações:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (BRASIL, 2002).

Outro caso importante é o da responsabilidade objetiva por danos causados por animais, conforme o artigo 936 do Código Civil exemplifica: “Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”.

Portanto neste caso, o detentor ou proprietário terá sua culpa presumida (*júris tantum*) configurando-se como uma responsabilidade indireta ou complexa. Todavia é uma presunção relativa caso seja provado pelo proprietário do animal que o fato decorreu de culpa exclusiva da vítima ou por fatores alheios advindos de uma ação da natureza.

3 DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

3.1 Conceito

O dano pode ser de caráter patrimonial (lesão ao direito material) ou extrapatrimonial (lesão a um direito imaterial), sendo definido a partir do reconhecimento da responsabilidade civil, sendo independentes entre si, não sendo vedada a possibilidade de acumulação de ambos em detrimento de um mesmo fato.

O posicionamento de Sérgio Cavalieri Filho a respeito do assunto traz a diferença entre o dano patrimonial e o dano extrapatrimonial demonstrando qual tipo de bem que cada um atinge. Vejamos:

Enquanto o dano material [...] repercute sobre o patrimônio, o moral, também chamado de dano imaterial, ideal ou extrapatrimonial, atinge os bens da personalidade, tais como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 28).

O dano extrapatrimonial, também chamado de dano moral, que versa sobre lesão de direitos da personalidade de um indivíduo. Como o próprio nome determina não se busca a reparação de uma lesão material do ato ilícito, e sim uma compensação pelo dano ao direito subjetivo da vítima.

Conforme o entendimento da nobre jurista Maria Celina Bodin de Moraes afirma:

O dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. (MORAES, 2003, p 157).

3.2 Evolução histórico-legislativo no Brasil

O dano extrapatrimonial não era completamente aceito na legislação pátria antes de 1916, já que não existiam regras expressas sobre o ressarcimento do dano extrapatrimonial, sendo bastante debatida qualquer afirmação de seu reconhecimento durante aquele momento histórico.

Com a vinda do primeiro Código Civil brasileiro (Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, com sua data de vigência a partir de 1.º de janeiro de 1917), inovou com a redação de seus artigos 76 (e parágrafo Único) e 159, que trouxe as primeiras defesas da teoria da reparação pelos danos imateriais, vejamos:

Artigo 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

Artigo 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (BRASIL, 2002).

Todavia, em razão do artigo 159 não mencionar expressamente lesões de natureza extrapatrimoniais, bem como o artigo 76 apenas apresentar o dano moral como uma condição para o exercício do direito de ação ao judiciário de um indivíduo, a doutrina e jurisprudência começaram a negar provimento à tese da reparação decorrente dos danos extrapatrimoniais.

O dano extrapatrimonial começou a aparecer em legislações esparsas, conforme o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei Federal 4.417/62) que trazia a redação em seu artigo 84 o seguinte texto: “Artigo 84. Na estimação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa”.

A tese da reparabilidade do dano extrapatrimonial ganhou força legislativa a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 defini-lo como um direito fundamental, mudando a forma de enxergar a palavra moral transcrita no texto legal, havendo várias teses defendendo a mudança desse assunto. Assim o artigo 5º, V c/c X da Constituição Federal de 1988 prescreve:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

A partir desta definição, foram incluídas em várias outras leis sobre a tese da reparabilidade pelo dano extrapatrimonial. Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990) houve a implantação legislativa da responsabilidade objetiva nas relações entre consumidor e fornecedor, vejamos o que prescreve o artigo 12 desta lei:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL, 1990).

Além desta evolução legislativa, o Código Civil de 2002 em seu artigo 186 alterou o texto do artigo 159 do Código Civil de 1916, resolvendo assim, o problema de não estar expresso a tese da reparabilidade civil dos danos extrapatrimoniais. Assim temos a seguinte alteração: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Após todas estas alterações do dano extrapatrimonial ao decorrer da história, muitos doutrinadores e até mesmo a jurisprudência defendem o tema, dando uma importância maior a seu desenvolvimento dentro dos diversos ramos do direito.

3.3 Natureza jurídica

Já está pacificado o entendimento nos tribunais que os danos aos direitos personalíssimos de uma pessoa não poderão ser restaurados ao *status quo ante*, todavia há formas de amenizar o ofendido pelo dano que lhe foi causado.

Para o renomado doutrinador Pablo Stolze Gagliano, a natureza jurídica do dano extrapatrimonial é sancionadora, podendo esta sanção, ou seja, o valor da indenização poderá ser entendido como uma consequência do ato ilícito de forma

lógica-normativa, tendo em vista que este valor não corresponde uma natureza patrimonial desta indenização. (GAGLIANO, 2011, p 118).

3.4 Impossibilidade de enriquecimento sem causa

Para se evitar o enriquecimento sem causa é necessário se atentar ao princípio da razoabilidade entre o dano sofrido pela vítima e o valor da indenização decorrente da condenação do agente causador do dano. Todavia, muitos tribunais acabam considerando que a aplicação da função punitiva ao causador do dano extrapatrimonial gera um enriquecimento da vítima.

Segundo o posicionamento de Bernado (2005, p. 177-178) afirma que ao condenar o lesante a um montante pecuniário, inevitavelmente acarretará o enriquecimento do lesado, pois receberá a compensação pelos danos sofridos conjuntamente com o valor representativo dos danos punitivos.

Em qualquer ação indenizatória por danos extrapatrimoniais no qual o pedido do autor seja a compensação pecuniária, existirá o enriquecimento da vítima, tendo em vista que o prejuízo não foi de ordem econômica.

Em relação ao enriquecimento entende Osny Claro (2002) a respeito exemplificando que se uma pessoa que recebe um salário mínimo mensal como fruto do seu trabalho, e que acabe recebendo qualquer quantia além desta, importará substancialmente e efetivamente no enriquecimento do mesmo, fato este que o valor que enriquece a pessoa é o acréscimo em si, e não a quantia isoladamente.

Na argumentação de Antônio Jeová Santos (2003, p. 204) defende que a reparação por danos extrapatrimoniais não deverá significar uma alteração na vida da vítima, tendo em vista que este valor pecuniário não deverá servir para que as vítimas busquem uma forma de acréscimo patrimonial por qualquer constrangimento que sofrer em sua vida.

Ainda sobre a ótica de Antônio Jeová Santos apresenta certo preconceito contra as pessoas que ajuízam uma ação indenizatória de danos extrapatrimoniais, pressupondo de imediato que estão buscando o amparo da justiça por ações judiciais fundamentadas em meros aborrecimentos com fins de obtenção de ganhos fáceis. Tal entendimento faz referência direta ao medo de alimentar a infame “indústria do dano moral”.

Rui Stoco (2004, p. 1714), pela mesma linha de raciocínio afirma que a indenização precisa estar acompanhada do princípio da razoabilidade, desestimulando o ofensor a reiteração dessas práticas e de compensação do dano ao ofendido. Tal valor não poderá ser ínfimo e nem excessiva, pois se ocorrer um dos dois extremos, é certo que irá causar uma injustiça.

Infelizmente, não se aplica de forma efetiva a função punitiva conjuntamente com a função pedagógica por conta do receito de fomentar o ajuizamento de ações indenizatórias. O órgão julgador acaba não se utilizando da tríplice função da indenização ao dano extrapatrimonial para evitar injustiças decorrentes da não punição do ofensor, nem do enriquecimento ilícito de algumas ações reparatórias meramente visando ganho patrimonial sem causa. Portanto, há uma punição da maioria dos autores de ações judiciais que buscam um reparo pelo efetivo dano sofrido em detrimento da minoria que age de má-fé para alcançar algum tipo de enriquecimento sem justa causa.

Para os que agem de má-fé, o Código Civil de 2002 afirma: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Portanto, para que o dispositivo legal seja atendido, gerando o direito de ressarcimento, deverá ocorrer um acréscimo patrimonial de alguém em detrimento de outra pessoa sem que haja um justo motivo, portanto, deverá este que se locupletou indevidamente restituir a parte contrária.

Conforme o entendimento de Antônio Jeová Santos mencionado anteriormente, tanto para ele quanto para muitos julgadores, haverá uma necessidade de utilização de um critério referente às condições pessoais da vítima para reconhecer o grau de

importância do direito violado da vítima, não obstante, este critério acabou se distorcendo com o propósito de evitar o enriquecimento sem causa da vítima.

Portanto, pode-se concluir que a utilização do critério que evita o enriquecimento da vítima também impossibilita o cumprimento da tríplice função do dano extrapatrimonial, e também se mostra inconstitucional, já que apresenta a necessidade de uma avaliação da capacidade financeira da vítima, ferindo o princípio constitucional da isonomia.

4 A TRÍPLICE FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO AO DANO EXTRAPATRIMONIAL

O indenização ao dano extrapatrimonial apresenta três funções: função reparatória que comporta a compensação de alguém em razão do dano cometido por outrem ao seu direito subjetivo personalíssimo, função punitiva que aplica punições o agente lesante pelo ato ilícito praticado, e, por último, a função pedagógica que consiste em desmotivar uma nova prática do mesmo ato ilícito, tanto em relação ao agente lesante como em relação à sociedade.

Fernando Noronha (2003, p. 567), ao abordar sobre a tríplice função da indenização ao dano extrapatrimonial, afirma que “[...] se essa finalidade (dita função reparatória, ressarcitória ou indenizatória) é a primacial, a responsabilidade civil desempenha outras importantes funções, uma sancionatória (ou punitiva) e outra preventiva (ou pedagógica)”.

Em contrapartida, parte da doutrina admite apenas a existência de uma dúplice função, conforme entendimento do nobre jurista Rui Stoco afirma:

Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral há de buscar duplo objetivo: Condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo, desestimulando-o da prática futura de atos semelhantes, e, com relação à vítima, compensá-la pela perda que se mostrar irreparável e pela dor e humilhação impostas, com uma importância mais ou menos aleatória. (STOCO, 2004, p. 1684).

Com base a essa corrente doutrinária, a função pedagógica ou dissuasora seria uma consequência da punição do agente responsável pela prática do ilícito. Todavia, há juristas que negam a existência da função punitiva da indenização ao dano extrapatrimonial, afirmando, que o valor da indenização arbitrado na condenação pelo magistrado tem o objetivo de tão somente compensar a vítima pelo dano sofrido.

4.1 A função reparatória

Havia uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial na admissão da reparação por danos morais que consistia, basicamente, no argumento de que o constrangimento e a dor decorrente da violação ao direito subjetivo não poderia ser reparado pecuniariamente, tendo em vista que essas ofensas ao direito subjetivo não apresentam natureza econômica.

Segundo o entendimento de Bittar (1999): A teoria da reparação por danos morais sofreu um enorme atraso em sua evolução, tendo em vista as grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais, apresentando certa resistência, que nela identificava simples fórmula de atribuir preço à dor, conhecida no âmbito jurídico pela palavra em latim: *pretium doloris*.

Em consequências disto, diversas pessoas sofreram uma lesão ao seu direito da personalidade e jamais receberam a devida compensação, tendo em vista que os responsáveis pelos danos saíram impunes. Ao mesmo tempo em que a justiça enxergava imoralidade naqueles que pretendiam receber indenização por danos extrapatrimoniais, padecia de cegueira em relação aos agentes causadores dos danos.

Para piorar ainda mais a situação, a definição de reparação integral, que é um dos princípios básicos da responsabilidade civil ao lado da proibição de gerar dano a alguém, não se adequava à ideia de reparar danos que não pudessem ser mensurados.

Há por parte da doutrina uma forte busca evolutiva de técnicas jurídicas para adequação dos princípios da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais em relação a possibilidade da mensuração do valor indenizatório em cada caso específico.

No entendimento de André Gustavo Corrêa de Andrade:

A concepção clássica, que vê na responsabilidade civil a função exclusiva de reparação do dano ou de ressarcimento da vítima, não se ajusta ao dano moral, a não ser ao custo de artificialismos e reducionismos. A distintiva natureza do dano moral em relação ao dano material é, por si só, indicativa de que a tradicional sanção reparatória não é ordinariamente aplicável àquela, pelo menos não sem o recurso de ficções jurídicas. A tutela dos bens personalíssimos não se realiza do mesmo modo que a tutela dos bens materiais ou patrimoniais. (ANDRADE, 2006, p. 170-171).

Segundo Antônio Jeová Santos:

A doutrina que teimava em repudiar o ressarcimento de dano puramente moral, considerava que seria escandaloso discutir ante os Tribunais o valor da honra, ou das afeições mais sagradas, ou das mais íntimas e respeitáveis dores, discussão que haveria, necessariamente, de realizar-se desde que fosse admitida a reparação, em dinheiro, do agravo moral. A apreciação pecuniária de tais danos seria sempre arbitrária, pois não tem seu equivalente em dinheiro. Repugna ao espírito o recebimento de dinheiro por um agravo à honra ou contra a probidade de alguém. O reconhecimento da indenização do dano moral, fomenta especulações maldosas e apetites desordenados por riquezas. (SANTOS, 2003, p. 60).

Havia enormes discussões, porém para as pessoas leigas, que apresentavam seu psicológico abalado por estar sofrendo pela perda de um ente querido, porém não tinham relevância. A vítima se sentia injustiçada, e buscava seu direito no Judiciário, procurando amenizar o dano sofrido. O órgão julgador então, por sua vez, decidia pela improcedência das ações.

O renomado jurista francês Georges Ripert considerava cabível a reparação por danos extrapatrimoniais, de acordo com a seguinte transcrição:

A maior parte das vezes a vítima da falta, avaliando ela própria a importância pecuniária do prejuízo moral que sofreu, pede perdas e danos em compensação desse prejuízo. Não há hoje nenhuma hesitação na jurisprudência sobre o princípio da reparação do prejuízo moral. Os contornos da teoria continuam indecisos, mas o princípio está estabelecido: é preciso uma reparação. Não poderíamos duvidar do valor desse princípio, dado o fundamento que atribuímos à responsabilidade civil. Se é certo que

a lei civil sanciona o dever moral de não prejudicar outrem, como poderia ela, quando se defende o corpo e os bens, ficar indiferente em presença do ato prejudicial que atinge a alma? Não devemos unicamente respeitar o patrimônio do próximo, mas também a sua honra, suas afeições, as suas crenças, e os seus pensamentos. (RIPERT, 2000, p. 336-337).

O inúmero argumento fornecido pela corrente contrária à tese da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais não foram suficientes para impedir que a corrente favorável crescesse. Com o passar do tempo, foram revisados os conceitos de dano e reparação sob a ótica patrimonialista da responsabilidade civil, vencendo assim, os argumentos opostos, um a um.

Para Jeová Santos:

Aviltante é o comportamento de quem atenta contra essa qualidade que deve ser resguardada ao ser humano. Qualquer ato tendente ao menoscabo da dignidade há de merecer repulsa e a devida correção, seja no âmbito criminal, seja na esfera civil, com a reparação do dano moral que o ato comprometedor da dignidade sempre acarreta. (SANTOS, 2003 p. 42).

Cavaliere ensina com clareza o posicionamento atualmente estabelecido:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à restitutio in integrum do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação -, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava de 'substituição do prazer, que desaparece, por um novo' (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 102-103).

Portanto, ao compensar a vítima pelo dano sofrido mediante um valor indenizatório acaba amenizando as lesões sofridas ao satisfazer a vítima com esta quantia econômica, pois serve de consolo pelo constrangimento recebido. Nos dizeres de STOCO (2004, p. 1683): “[...] tal paga em dinheiro deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou seja, psicológica, capaz de neutralizar ou “anestésiar” em alguma parte o sofrimento impingido”.

Dessa forma, a função reparatória por danos extrapatrimoniais não se equivale absolutamente em razão do dano, tendo em vista que não apresenta caráter econômico, sendo impossível sua mensuração conforme já citado anteriormente. Clayton Reis, analisando a função reparatória afirma que:

O efeito “analgésico” desse pagamento poderá amenizar ou até mesmo aplacar a dor sentida pela vítima, caso seja adequada e compatível com a extensão da sua dor. Assim, não sendo possível eliminar as causas da dor, senão anestesiar ou aplacar os efeitos dela decorrentes, o quantum compensatório desempenha uma valiosa função de defesa da integridade psíquica das pessoas. (REIS, 2003, p. 186).

Para Antônio Jeová Santos:

O ideal é que a reparação ocorra in natura, com a reposição da coisa lesionada ao estado anterior. Esta seria a maneira adequada de ressarcimento. Em tema de direitos personalíssimos, tal não ocorre. Impossível haver a reparação da perda de uma vida ou da honra vergastada. O pagamento de uma soma em dinheiro, nestes casos, serve apenas para compensar o mal infligido, porque não há retorno ao status quo ante. O ressarcimento em dinheiro constitui a forma tradicional de indenização. Quando a reparação é integral (quase sempre impossível nos casos em que houver ofensa a direitos da personalidade), satisfaz o credor, colocando fim, em definitivo, à demanda que lhe deu origem. No caso de indenização por dano moral, o pagamento em dinheiro serve apenas como lenitivo. (SANTOS, 2003, p. 33).

Entretanto, ao formular o pedido indenizatório pecuniário, nem sempre o ofendido tem interesse na compensação de natureza financeira com o ajuizamento da ação.

Conforme ensina André Gustavo Corrêa de Andrade:

[...] qualquer consolo se mostra virtualmente impossível quando a vítima for pessoa economicamente abastada. Em muitos casos, o único consolo que, talvez, a indenização proporcione seja o de constituir uma forma de retribuir ao ofensor o mal por ele causado, o que pode trazer para a vítima alguma paz de espírito – mas aí a finalidade dessa quantia já não será propriamente compensatória ou satisfatória, mas punitiva. (ANDRADE, 2006, p. 170-171).

Assim, não será sempre que a vítima terá o intuito de obtenção de uma compensação pecuniária com a ação, mas sim a satisfação em obter a punição de seu ofensor. Portanto, ao alcançar a punição do infrator, a vítima tem seu sentimento de justiça realizado.

Após a superação dos obstáculos que existiam em face da tese da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, a função reparatória ganhou força na doutrina e jurisprudência. Com a chegada da Constituição Federal de 1988, adourou-se a aplicação desta tese em proteção aos direitos subjetivos de um indivíduo a luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

4.2 A função punitiva

A função punitiva consiste em condenar o agente que lesou a outrem, mediante pagamento de um valor pecuniário capaz de demonstrar que tal ato não é aceito pelo Direito.

Segundo Cavaliere:

[...] não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 103).

Entende-se, assim, que a função punitiva desestimula a prática de novas infrações, no qual, a não aplicação desta punição, acarretará uma impunidade do agente lesante, criando insegurança jurídica em desfavor da parte hipossuficiente.

O nobre jurista Reis (2003, p. 205-212), afirma que o instituto jurídico da responsabilidade civil no Direito brasileiro não se admite a função punitiva ao lado da compensatória, em razão da divisão entre o direito civil e o direito penal. Neste caso, o princípio que orienta o direito penal é o da legalidade, expresso no artigo 1º do Código Penal 1940 “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”, seria motivo o bastante para afastar a pretensão punitiva no instituto da responsabilidade civil, tendo em vista que não há previsão expressa para punição dos agentes causadores do dano extrapatrimonial.

Além disso, o mesmo autor diz a respeito:

[...] a função essencial da norma civil, diversamente da norma penal, é basicamente a de indenizar o dano na esfera do direito privado. Não obstante a interação entre os dois institutos, eles, no entanto, se situam em planos diversos que são autônomos. Assim, a princípio, ocorre inevitável incoerência entre os dois segmentos do direito, quando se atribui função punitiva ao processo de indenização de danos no plano da responsabilidade civil. [...] A norma penal possui uma função preventiva e repressiva. Todavia, essa situação não ocorre na esfera do direito civil, em que o

pagamento de uma determinada importância implica a reparação de um prejuízo causado à vítima de forma voluntária e ilícita. (REIS, 2003, p. 215)

Analisando o entendimento contrário de Clayton Reis, pode-se considerar o ilustre entendimento razoável, entretanto, percebe-se que não há fundamento sólido para a defesa desta teoria. No ramo de direito penal, a legislação necessariamente deverá ser taxativa, pois o Estado detém o direito de punir seus cidadãos quando os mesmos não seguem os padrões previamente estabelecidos em lei.

Por outro lado, a responsabilização dos agentes lesivos diz respeito às relações entre particulares. A iniciativa em buscar o amparo no judiciário deverá partir das pessoas que sofreram o dano ou que necessitam de alguma atitude do Estado para satisfazer seu direito.

Segundo as palavras de Rudolf Von Ihering (2001, p. 58-59): “Enquanto a realização do direito público e do direito criminal foi erigida em dever das autoridades estatais, a do direito privado constitui faculdade das pessoas privadas, isto é, foi deixada a cargo de sua iniciativa e atuação individual”.

No ramo do direito civil, não é admitido à aplicação do princípio da taxatividade e da legalidade. O nobre jurista Ripert já afirmava com base na jurisprudência francesa o seguinte:

Se o prejuízo é grave e público, a lei penal considerando que perturba a ordem social reprime-o; se é ligeiro ou clandestino, pertence à vítima que entrou em juízo com uma ação de reparação. A jurisprudência acolhe hoje estas ações muito mais favoravelmente. Esta parte dos domínios da responsabilidade civil está fortemente marcada pelo império da regra moral. (RIPERT, 2000, p. 337).

Eduardo Talamini demonstra claramente que a punição não existe apenas na esfera penal, mas há a sua possibilidade também em outros ramos do direito, como neste caso, na esfera civil conforme transcrição abaixo:

A sanção retributiva negativa (punitiva), que se constitui pela imposição de uma desvantagem para o transgressor da norma, recebe também o nome de pena. Aflige-se um mal ao sancionado, ou priva-se-lhe de um bem, em reprovação pela conduta ilícita. A sanção punitiva não opera só na esfera criminal - ainda que geralmente se reserve o termo “pena” à consequência da conduta ilegalmente tipificada como crime. Se enquadraram igualmente na

categoria, por exemplo, as punições administrativas, as penas fiscais, diversas sanções no direito de família e das sucessões, etc. Também há, portanto, sanção punitiva civil. O liame unificador de todas essas punições – civis e criminais – está no seu escopo aflitivo: pune-se como reprovação pelo ilícito, e não com o escopo primordial de obter situação equivalente a que existiria se não houvesse a violação. (TALAMINI, 2001, p. 178-179).

A função punitiva tem o objetivo de impedir que o valor da indenização seja insignificante e que não represente um dano ao agente lesante. A doutrina defende tão somente a afirmação que a pena só existe na esfera penal, sendo inadmitida sua aplicação no âmbito civil. Fernando Noronha ponderadamente afirma:

Há mesmo alguns danos em que uma natureza exclusivamente indenizatória da responsabilidade civil não seria suficiente para justificar a reparação. É designadamente o que acontece com os danos puramente anímicos (ou morais em sentido estrito) e com os danos puramente corporais, que propriamente não se indenizam, apenas se lhes dá uma satisfação compensatória, ainda que de natureza pecuniária, como veremos noutros capítulos [8.1.2; v.2, cap. 10]; é em especial na reparação desses danos que fica patente, mesmo que com relevo secundário, a finalidade de punição do lesante, sobretudo se agiu com forte culpa. Por outro lado, quando a conduta da pessoa obrigada à reparação for censurável, também é compreensível que a punição do responsável ainda seja uma forma de satisfação proporcionada aos lesados. (NORONHA, 2003, p. 439-440).

É de se observar que no texto acima, faz menção à aplicação da função punitiva quando constatado forte culpa, o que leva o Judiciário a analisar com cautela cada caso especificadamente, a fim de avaliar o grau de culpa das partes.

Carlos Alberto Bittar segue com o mesmo ponto de vista dos juristas acima e ainda esclarece:

Mas sob a ótica do lesado, quando exista pessoa ou entidade diretamente afetada pelo ilícito penal, alcança a apenação do agente efeito satisfativo, de um lado, diante do reconhecimento que representa, pelo Poder competente, do direito violado e, de outro, caráter aflitivo ao lesante. Verifica-se, aliás, a sua identificação, na doutrina, como sanção aflitiva, que, para o lesado contribui para a compensação pelos danos suportados, ou, pelo menos, para atenuação dos sofrimentos que lhe foram impostos pela ação ilícita. É que as sanções penais e civis, a par da origem comum e da sujeição ao mesmo princípio geral, o do *neminem laedere*, apresentam-se com vários elementos de contato, eis que ambas constituem instrumentos jurídicos de ministração de justiça do caso concreto, ou, ainda, modos de reação a comportamentos que transgridem deveres impostos ao convívio social pelo Direito. Assim, não obstante os fatos que as separam – a saber, de que cada qual preenche objetivos centrais diversos, distintas são as formulações teóricas e legislativas e diversas as conseqüências diretas, e que a doutrina salienta – encontram-se essas sanções no ponto exato em que desestimulam condutas incompatíveis com o respeito devido aos

direitos referidos, repousando ainda, sobre certas causas comuns. (BITTAR, 1999, p. 119-121).

Percebe-se então que a função punitiva é paralela à função reparatória e, dependendo da situação, a aplicação de uma resulta no alcance da outra. Não obstante, segundo o ilustre entendimento de André Gustavo Corrêa de Andrade, nem sempre a condenação por danos morais comportará as funções reparatórias e punitivas simultaneamente:

A indenização do dano moral apresenta uma complexidade que não admite reducionismos. Sua finalidade não se limite à compensação ou satisfação da vítima nem está restrita à punição do ofensor. Os dois objetivos podem ser identificados nessa peculiar espécie de sanção. Mas não se afigura exata a ideia de que ela desempenharia sempre essas duas funções. O exame de diversas hipóteses de dano moral bem demonstra o multifacetado papel desempenhado pela respectiva indenização, que variará de acordo com o caso. (ANDRADE, 2006 p. 171).

Nestes casos a função reparatória tem um papel secundário, tendo em vista que o dinheiro por si só não ameniza a dor sofrida, e sim a busca pela efetiva punição do agente lesante, a qual servirá para satisfazer o sentimento que o dano moral causou. Estas ações têm o propósito da preservação do direito subjetivo do indivíduo, conforme Ihering apresenta:

[...] o demandante que recorre ao processo para defender-se contra um ultraje ao seu direito não tem em vista o objeto do litígio, talvez insignificante, mas antes visa a um objetivo ideal: a afirmação de sua própria pessoa e do seu sentimento de justiça. [...] Não é o prosaico interesse pecuniário, mas a dor moral da injustiça sofrida que impele a vítima a instaurar o processo. O que se tem em mente não é recuperar o objeto do litígio

– talvez, como muitas vezes ocorre em casos como esses, ele o terá doado a uma instituição de caridade, para fixar os verdadeiros motivos que conduzem ao litígio. O que pretende é fazer prevalecer seu bom direito. Alguma coisa no seu interior lhe diz que não pode recuar que não se encontra em jogo o valor do objeto em litígio, mas sua personalidade, sua honra, seu sentimento de justiça, seu auto-respeito. Em poucas palavras, o processo transforma-se de uma questão de interesse numa questão de caráter: o que está em jogo é a afirmação ou a renúncia da própria personalidade. (IHERING, 2001, p. 38).

O dano extrapatrimonial muitas vezes é considerado pequeno ou sem valor por terceiros, tendo em vista certa dificuldade para medir o estrago emocional sofrido pelo indivíduo que teve seu direito da personalidade violado. Ripert menciona ainda quando houver uma lesão a moral:

O que na realidade visa a condenação não é a satisfação da vítima, mas a punição do autor. As perdas e danos não tem o caráter de indenização, mas caráter exemplar. Se há delito penal, a vítima pede que se acrescente alguma coisa a uma pena pública insuficiente ou mal graduada; se não há delito penal, a vítima denuncia o culpado que soube escapar-se por entre as malhas da lei penal. Há pena privada. Porque tem que se pronunciar a pena sob o aspecto da reparação. (RIPERT, 2000, p. 339)

Para Rizzatto Nunes:

[...] é preciso realçar um dos aspectos mais relevantes - e que, dependendo da hipótese, é o mais importante - que é o da punição ao infrator. O aspecto punitivo do valor da indenização por danos morais deve ser especialmente considerado pelo magistrado. Sua função não é satisfazer a vítima, mas servir de freio ao infrator para que ele não volte a incidir no mesmo erro. (NUNES, 2005, p. 317)

Desde 1872, o Direito romano visava punir pecuniariamente quem violasse a legislação vigente, mesmo que fosse apenas ao âmbito civil, conforme transcrição de Ihering:

O objetivo de todas as penalidades era idêntico ao das penas no direito criminal. De um lado inspiravam-se numa finalidade eminentemente prática, a de resguardar interesses privados também contra lesões que não pudessem ser classificadas como crimes, de outro visavam a uma finalidade estética, qual seja a de obter uma reparação para o sentimento de justiça ofendido, de restaurar a majestade da lei menosprezada. Vê-se que o dinheiro não representa um fim em si, mas apenas o meio de atingir uma finalidade. (IHERING, 2001, p. 82)

Um ponto importante a se verificar é que apenas a função punitiva não é fundamento para aplicação excessiva da condenação por parte dos magistrados. Tanto o valor indenizatório irrisório ou excessivo provoca uma injustiça por parte dos tribunais que julgam cada caso, devendo arbitrar o *quantum* indenizatório com equidade.

4.3 A função pedagógica

Esta função comporta dois objetivos: um deles é responsável por dissuadir o responsável pelo ato a fim de não se repetir tal prática lesiva, e o outro serve para prevenir que outras pessoas pratiquem atos ilícitos semelhantes, que são advertidas

por meio da condenação do órgão judiciário frente à agressão dos direitos subjetivos da coletividade.

Para o entendimento de NORONHA (2003, p. 441), descreve que esta função pedagógica é paralela à função punitiva, pois apresentam finalidades semelhantes às que são encontradas na esfera penal, atuando, como esta, a função de prevenção geral e assim, obrigando a reparar o dano, contribuindo para coibir esta pratica de outros atos danosos, não apenas pela mesma pessoa que causou o dano como, sobretudo por quaisquer outras.

Para Antônio Jeová Santos, a função pedagógica é uma consequência da função punitiva:

Quem foi condenado a desembolsar certa quantia em dinheiro pela prática de um ato que abalou o bem-estar psicofísico de alguém, por certo não será recalcitrante na mesma prática, com receio de que sofra no bolso a consequência do ato que atingiu um semelhante. Sim, porque a indenização além daquele caráter compensatório deve ter algo de punitivo, enquanto sirva para dissuadir a todos de prosseguir na faina de cometimento de infrações que atinjam em cheio, e em bloco, os direitos personalíssimos. (SANTOS, 2003. p. 44).

Carlos Alberto Bittar (1999, p. 121), por sua vez, afirma: não apenas a função reparatória, mas ainda as funções pedagógicas são o objetivo da sanção civil, é certo que por parte do agente não haverá cometimentos de práticas lesivas, tendo em vista que o agente refletirá sobre o ônus que suportará novamente caso reitere nestes atos.

Embora haja muitos debates teóricos doutrinários a respeito do tema, todavia o ponto em que muitos doutrinadores convergem e que merece um destaque, são os três objetivos para se alcançar a mensuração da indenização ao dano extrapatrimonial: reparar, punir e prevenir.

5 CONCLUSÃO

Assim como todos os institutos do Direito, a responsabilidade civil evoluiu conforme a necessidade humana existente na época, sendo muito discutidos seus conceitos e soluções propostas em seu tempo.

As transformações que ocorreram ao longo da história foram demonstradas com base as diversas argumentações favoráveis e contrárias a respeito do tema, levando assim, ao tema principal de nosso estudo que seria a tríplice função da indenização ao dano extrapatrimonial.

Tema este que foi paulatinamente sendo decidido em tribunais de todo país, inserido também aos poucos nosso ordenamento jurídico, e finalmente estar expresso na Constituição Federal o seu embasamento.

Procurou-se direcionar o estudo a respeito da indenização ao dano extrapatrimonial e suas funções, para que se pudesse enxergar a função pedagógica e punitiva sem que fosse afastada a função primária de reparação do ofendido em decorrência do enriquecimento sem justa causa.

A situação atual da sociedade está muito dependente do Direito como um todo, tendo em vista que as relações de consumo estão crescendo bastante, todavia as empresas não prestam o devido respeito e qualidade no atendimento aos seus clientes. Mas a situação não é tão simplista assim, devendo à sociedade como um todo não tem o devido respeito com o próximo, não hesitando em ferir a honra e intimidade de outrem.

Portanto, a indenização decorrente de danos extrapatrimoniais vem para amenizar a dor sofrida pela vítima que teve seu direito subjetivo violado, e a punição do ofensor satisfaz o sentimento de justiça pela parte ofendida. O principal objetivo da legislação, de forma geral, é resguardar que os direitos de um indivíduo sejam respeitados, não o sendo, restará para o infrator das normas o dever de reparar o dano causado mediante a restauração do *status quo ante* da situação a luz do instituto da responsabilidade civil.

Deste modo, é conclusivo que a tríplice função da indenização ao dano extrapatrimonial tem o seu alcance em toda sociedade, já que apresenta uma punição do agente lesante e, ao mesmo tempo, serve como exemplo para a sociedade não praticar tais atos que agridem direitos subjetivos alheios. As pessoas e as empresas deverão respeitar o espaço, a honra e dignidade de cada um, para que se construa uma sociedade mais justa e civilizada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 45.ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

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: 19 jun. 2016.

ELIAS, Helena. **O dano moral na jurisprudência do STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FAVARETTO, Cícero. A tríplice função do dano moral. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113638468/a-triplice-funcao-do-dano-moral>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

HALFELD, Taciana Márcia de Araújo. **Responsabilidade civil médica**. TCC - Curso de Direito (Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2011). Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-8a19f9fa5cad9e7edc518e85752e63df.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

LEI de Talião. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_tali%C3%A3o>. Acesso em: 28 out. 2016.

MAGALHÃES, Humberto Piragibe; MALTA, Christovão Piragibe. **Dicionário jurídico**. 8.ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

MELO, José Mário Delaiti De. **O dano moral e o princípio da dignidade da pessoa humana**. 15 mar. 2013. Disponível em: <<https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113638468/a-triplice-funcao-do-dano-moral>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações, v.1: fundamento do direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547>>. Acesso em: 16 set. 2016.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2000.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, André Luis Mattos; TAKEDA, Fabíola Fernandes. **A banalização dos danos morais em face do Código de Defesa do Consumidor**. nov. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53481/a-banalizacao-dos-danos-morais-em-face-do-codigo-de-defesa-do-consumido>>. Acesso em: 16 set. 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAQUES, Thaissa. **A “indústria do dano moral”**: estratégias para empresas não serem alvos de avalanches processuais. Disponível em: <<https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113638468/a-triplice-funcao-do-dano-moral>>. Acesso em: 15 set. 2016.