

**Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais**

**EVOLUÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS DANOS À PESSOA
– A QUESTÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL**

Daniela Gonzalez Macedo

Porto Alegre, dezembro de 2013

DANIELA GONZALEZ MACEDO

**EVOLUÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS DANOS À PESSOA
– A QUESTÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Marco Fridolin Sommer Santos

Porto Alegre

2013

CIP - Catalogação na Publicação

Gonzalez Macedo, Daniela
Evolução e Classificação dos Danos à Pessoa: a Questão
do Dano Extrapatrimonial /
Daniela Gonzalez Macedo. -- 2013.
67 f.

Orientador: Prof. Dr. Marco Fridolin Sommer
Santos.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2013.

1. danos à pessoa. 2. responsabilidade civil. 3.
direito privado. 4. dano moral. I. Fridolin Sommer
Santos, Prof. Dr. Marco, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me criou e cuida de todos os pormenores de minha vida e se fez presente de modo muito especial em todas as etapas deste trabalho.

Ao José Antonio, meu esposo, pelo amor, pelo incentivo, pela confiança nas minhas possibilidades e pelo auxílio efetivo e decisivo.

Ao meu amigo e sócio Adenilton, pelo apoio nos dias em que precisei de mais do que vinte e quatro horas.

Ao meu orientador, Marco Fridolin Sommer Santos, que tornou possível a conclusão deste trabalho e do curso de Direito.

RESUMO

MACEDO, Daniela Gonzalez. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, dezembro de 2013. **Evolução e Classificação dos Danos à Pessoa: a Questão do Dano Extrapatrimonial**. Orientador: Marco Fridolin Sommer Santos.

Esta monografia tem por objetivo descrever o entendimento doutrinário mais recente na discussão sobre o dano pessoal extrapatrimonial, que busca delinear mais claramente os parâmetros de sua valoração. Inicia mostrando o panorama histórico desde os seus antecedentes mais remotos nas leis dos povos antigos da Mesopotâmia, passando pelo Direito Romano e chegando aos dias atuais, sem esquecer de mencionar a controvérsia Savigny-Ihering. Passa então ao Direito Brasileiro, para destacar a presença do dano extrapatrimonial nos códigos penais mais antigos (1830 e 1890) e mostrar a contínua abertura, não sem sobressaltos e retrocessos, que levou à sua plena admissibilidade na Constituição Federal de 1988. Em seguida, procura conceituar e classificar o dano extrapatrimonial a partir da doutrina mais destacada e valendo-se também do ensino sempre atual de Pontes de Miranda. Por fim, passa às funções da responsabilidade civil em geral e do dano extrapatrimonial em particular e conclui, então, com amostras da repercussão doutrinal na jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial. Responsabilidade civil. Dano moral.

ABSTRACT

MACEDO, Daniela Gonzalez. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, dezembro de 2013. **Evolução e Classificação dos Danos à Pessoa: a Questão do Dano Extrapatrimonial**. Orientador: Marco Fridolin Sommer Santos.

This monograph aims to describe the latest doctrinal understanding in discussion of personal injury torts, seeking to more clearly delineate the parameters for its quantification. Starts showing historical panorama from its earliest antecedents in the laws of the ancient people of Mesopotamia, through Roman Law and coming to the present day, not forgetting to mention the controversy Savigny-Ihering. Then passes to the Brazilian Law, to highlight the presence of moral damage in the oldest penal codes (1830 and 1890) and show continued openness, not without surprises and setbacks, which led to full eligibility in the Federal Constitution of 1988. Then seeks to conceptualize and classify the moral damage from the most prominent doctrine and also taking advantage of the ever-present teaching of Pontes de Miranda. Finally, passes to the functions of general liability and moral damage in particular and concludes, then, with samples of doctrinal impact on Brazilian jurisprudence.

Keywords: Dano extrapatrimonial. Responsabilidade civil. Dano moral.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. O DANO EXTRAPATRIMONIAL.....	9
1.1. OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS E A ADMISSIBILIDADE.....	9
1.1.1. OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS NO MUNDO.....	9
1.1.2. A ADMISSIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	20
1.2. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO.....	30
2. O PRINCÍPIO DA <i>RESTITUTIO IN INTEGRUM</i>	41
3. AS FUNÇÕES DA REPARAÇÃO DO DANO.....	47
3.1. FUNÇÃO REPARATÓRIA OU COMPENSATÓRIA.....	47
3.2. FUNÇÕES PUNITIVA E PREVENTIVA.....	52
3.2.1. FUNÇÃO PUNITIVA OU SANCIONATÓRIA.....	54
3.2.2. FUNÇÃO PREVENTIVA OU DISSUASÓRIA.....	59
4. O DANO EXTRAPATRIMONIAL NA JURISPRUDÊNCIA.....	61
CONCLUSÃO.....	65
BIBLIOGRAFIA.....	66

INTRODUÇÃO

A par da controvérsia em torno de sua valoração (ou, talvez, em seu fulcro) e, portanto, da dificuldade prática de definir o *quantum* indenizatório do dano à pessoa, emergem as discussões sobre a classificação mais adequada e sobre a função, ou finalidade, da reparação do dano.

Apesar de incontroversa a admissibilidade da indenização pelo que ficou amplamente conhecido como *dano moral*, tudo o mais que se liga a essa expressão é controvertido. Equívocada e geradora de equívocos para alguns, utilizada em sentido amplo ou estrito por outros, questionada por muitos, está consagrada pelo uso não somente no âmbito jurídico, mas também entre a população. E se entre os operadores do Direito há polêmica, no âmbito popular se lhe desconhece inteiramente o significado. *Dano moral* é aquilo de que todos falam, mas pouquíssimos compreendem. E se a expressão *dano moral* não é a mais adequada, qual seria? *Dano à pessoa*? *Dano extrapatrimonial*? Como conceituar e melhor classificar este tipo de dano?

A conceituação é difícil e também o é a determinação da função (ou finalidade) da sua indenização. A doutrina clássica enxerga, algumas vezes com exclusividade, na maior parte com predominância, uma função de reparação, a qual é acompanhada por uma função punitiva e preventiva, em caráter subsidiário. O debate mais recente quer colocar a função punitiva na essência mesma da responsabilidade civil, permitindo a majoração da indenização para muito além da simples reparação do dano, com o intuito de punir o ofensor, aproximando a indenização por dano extrapatrimonial aos *punitive damages* dos países de *common law*.

Para tentar abrir uma trilha clara em meio ao emaranhado de questões que se apresenta, este trabalho recompõe, em seu primeiro capítulo, os antecedentes históricos do dano à pessoa no mundo e a história de sua admissibilidade no Brasil. Depois, passa a enfrentar a problemática conceitual: o que é o dano extrapatrimonial e qual a melhor forma de classificá-lo. Depois, no capítulo segundo, confronta o princípio da *restitutio in integrum* com a problemática a ele oferecida pela reparação do dano extrapatrimonial. No terceiro capítulo, procura definir e caracterizar as funções reparatória, punitiva e preventiva da indenização do dano extrapatrimonial, fazendo uma crítica a algumas tendências doutrinárias mais recentes. Por fim, no breve quarto capítulo, faz uma tentativa de confrontar as tendências jurisprudências atuais com a estrutura conceitual que foi desenhada até ali.

1. O DANO EXTRAPATRIMONIAL

1.1. OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS E A ADMISSIBILIDADE

Em face da acolhida unânime que a indenização por danos extrapatrimoniais tem hoje na doutrina e na jurisprudência, pode parecer que tenha sido sempre assim. No entanto, é ainda muito recente na história jurídica o debate sobre a admissibilidade dos danos extrapatrimoniais e da possibilidade de sua reparação.

Faz-se, pois, necessário reconstituir a linha evolutiva da admissão do dano extrapatrimonial, descrevendo seus antecedentes históricos no mundo e em nosso país e, em seguida, mostrando em linhas gerais a grande controvérsia jurídica ocorrida na história recente e como se chegou, finalmente, à admissibilidade da indenização por danos extrapatrimoniais no Brasil.

1.1.1. OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS NO MUNDO

Há quem pense que a ideia de reparação do dano, de modo particular do dano extrapatrimonial, é fruto do pensamento jurídico moderno. Esses certamente não de surpreender-se com o fato de que mesmo as codificações de leis mais antigas que a arqueologia nos revelou já regulamentam, de algum modo, este assunto. Américo Luís Martins da Silva¹ menciona codificações da Suméria, da Babilônia e da antiga Índia, mas sublinha, de modo especial, a presença de dispositivos nos quais se pode identificar o princípio da reparabilidade do que hoje conhecemos por danos extrapatrimoniais² no *Código de Ur-Nammu*.

O Código de Ur-Nammu é a mais antiga codificação de leis de que se tem notícia. É assim chamado porque teria sido colocado em vigor por Ur-Nammu, “presumido fundador da terceira dinastia de Ur, do país dos primitivos povos sumerianos”³. Logicamente que o Código de Ur-Nammu não foge à mentalidade dos povos antigos, que adotavam a vingança como forma de reparação (a dor sofrida é reparada pela dor causada, proporcional ou desproporcionalmente), mas também, e surpreendentemente, nele já se encontra a admissão da reparação por meio do pagamento de multa pecuniária, como substitutivo do direito de

¹ SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 63.

² Américo Luís Martins da Silva utiliza a expressão “danos morais”.

³ SILVA, *op. cit.*, p. 63.

vingança (espécie de superação antecipada da chamada *Lei do Talião*⁴, consagrada no *Código de Hammurabi* e também na *Lei das XII Tábuas* dos antigos romanos, conforme se verá mais adiante). Nessa linha encontram-se as seguintes prescrições no Código de Ur-Nammu:

Se um homem, a outro homem, com um instrumento, o pé se cortou: 10 siclos⁵ de prata deverá pagar. Se um homem, a um outro homem, com uma arma, os ossos tiver quebrado: uma mina⁶ de prata deverá pagar. Se um homem, a um outro homem, com um instrumento *geshpu*, houver decepado o nariz: 2/3 de mina de prata deverá pagar.⁷

É certo que não se pode cair em anacronismo e afirmar que as codificações antigas entendiam certos tipos de dano da mesma forma como hoje se compreende o dano extrapatrimonial. Ou mesmo que houvesse uma intenção expressa de se referir a este tipo de dano. Há uma distância histórica de quase quatro mil anos a ser considerada, com todos os acontecimentos comportados nesse período e a recentíssima concepção de indivíduo, completamente alheia ao pensamento e ao modo de viver dos povos antigos. Por isso é que, no Código de Ur-Nammu como em outras leis antigas, o que hoje compreendemos como dano extrapatrimonial (bem como a reparação prevista) está associado quase que exclusivamente a *dores físicas*.

Na antiga Índia, o código de leis escritas mais antigo que já vigorou foi denominado *Código de Manava-Dharma-Sastra* (ou, simplesmente, *Código de Manu*⁸). Também no Código de Manu estava prevista uma espécie de reparação de dano, quando alguém sofria algum tipo de lesão⁹, sendo facultado um ressarcimento pecuniário – substituía-se, então, o ato lesivo pelo pagamento de um valor monetário. Américo Luís Martins da Silva¹⁰ menciona vários dispositivos nesse código que determinavam “a reparação por danos essencialmente morais”:

Por exemplo, no § 224 do livro VII, que tratava do ofício dos juízes, das leis civis e criminais, estava prescrito que o próprio rei ficaria autorizado a impor pesada multa àquele que desse, em casamento, “uma donzela com defeitos” sem antes haver

⁴ “Olho por olho, dente por dente” – é a chamada *vingança proporcional*.

⁵ O siclo podia ser tanto uma moeda de prata de seis gramas como uma medida de peso, possivelmente equivalente a quinze gramas.

⁶ A mina era uma medida de peso. Uma mina de prata equivalia a quinhentos gramas de prata. No Novo Testamento, porém, também há referências à mina como uma moeda.

⁷ Cf. Kramer, Samuel Noah. **L’histoire commerce à Sumer**. APUD SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 64.

⁸ Assim chamado porque a mitologia hinduísta identifica como Manu ao principal legislador do hinduísmo, aquele que sistematizou todas as leis sociais e religiosas de seu tempo. Tais leis mantêm sua influência sobre a vida social e religiosa da Índia, nos dias de hoje. *Ibidem*, p. 64.

⁹ Ressalte-se que o Código de Manu dava uma espécie de caráter sagrado ao empenho da palavra ou ao compromisso contratual, de tal forma que o descumprimento da palavra dada ou de cláusulas contratuais poderia implicar em *pena de desterro* (podendo o desterro equivaler à morte, uma vez que era muito difícil um indivíduo sobreviver sozinho, isolado de seu grupamento original, na Antiguidade). *Ibidem*, p. 65.

¹⁰ *Ibidem*, p. 65.

prevenido o interessado. Ao contrário, no § 225 do mesmo livro, estava disposto que aquele que por maldade proclamasse não ser virgem uma jovem, estaria sujeito ao pagamento de cem *panas*. Já o § 237 do livro IX estabelecia que, como reparação pelo dano moral oriundo da *maculação*, por quem quer que fosse, do leito de núpcias de seu pai espiritual, teria o ofensor impressa em sua face a *marca infamante representando as partes naturais da mulher*. O § 239 do livro IX, por sua vez, previa penalidades em virtude dos denominados “*erros judiciários*”. Pelo mencionado § 239 “o rei imporá, na revisão do processo, uma pena de mil *panas* aos ministros ou juízes responsáveis pela condenação injusta do inocente”. Conforme ainda determinações do § 352 do livro IX, para os *sedutores de mulheres alheias*, a reparação do dano moral assumia a forma de *desterro*, após a imposição a tais ofensores, das denominadas “*mutilações desonrosas*”. Finalmente, de acordo com o § 357, do livro VIII, aquele que dedicasse especiais atenções a uma mulher, mandando-lhe flores e perfumes, folgando com ela e com ela se assentando no mesmo leito, respondia por uma reparação que só podia ser de dano moral.

Outro importantíssimo e antiquíssimo código de leis de que se tem notícia é o *Código de Hammurabi*. Segundo Emanuel Bouzon¹¹, este código foi provavelmente influenciado pelo Código de Ur-Nammu, que o precedeu em poucas centenas de anos, e tornou-se o marco histórico de consagração da *Lei do Talião*, já mencionada, e que pôs fim à vingança desproporcionada, estabelecendo o direito de vingança proporcional. Conforme Clayton Reis¹², o Código de Hammurabi “estabelece uma ordem social baseada nos direitos do indivíduo e aplicada na autoridade das divindades babilônicas e do Estado” e seu princípio geral era: “o forte não prejudicará o fraco”.

É denominado Código de Hammurabi por ter sido colocado em vigor pelo rei Hammurabi, que reinou na Babilônia por 43 anos, desde, aproximadamente, o ano 1792 a.C. Conforme a mitologia babilônica, o rei teria recebido as leis já redigidas diretamente das mãos dos deuses e, por causa da autoridade que lhe advém de sua origem divina, devia ser aplicado e obedecido. Na verdade, Hammurabi simplesmente colocou por escrito, com alguma ampliação, o direito consuetudinário dos sumérios e acádios.

Em consonância com o seu princípio geral, supramencionado, nota-se no texto do Código de Hammurabi a preocupação constante de outorgar ao lesado uma reparação equivalente, que tanto podia ser uma indenização pecuniária imposta ao ofensor como o exercício do direito de vingança por parte do ofendido. Veja-se, por exemplo, as seguintes prescrições¹³:

§ 196 Se um *awilum*¹⁴ destruiu o olho de um (outro) *awilum*, destruirão o seu olho.

¹¹ BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 1992. pp. 17-20.

¹² REIS, Clayton. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. p. 9.

¹³ BOUZON, *op. cit.* pp. 181-186.

¹⁴ Conforme Emanuel Bouzon, havia três classes de pessoas na Babilônia da época de Hammurabi: os *awilum* (homens livres ou cidadãos plenos), os *muskenum* (classe intermediária, com menos direitos) e os escravos. Os poucos parágrafos do Código de Hammurabi aqui transcritos já mostram a diferença de tratamento, conforme a

§ 197 Se quebrou o osso de um *awilum*, quebrarão o seu osso.

§ 200 Se um *awilum* arrancou um dente de um *awilum* igual a ele, arrancarão o seu dente.

§ 209 Se um *awilum* bateu na filha de um *awilum* e a fez expelir o (fruto) de seu seio, pesará 10 siclos de prata pelo (fruto) de seu seio.

§ 210 Se essa mulher morreu, matarão a sua filha.

§ 211 Se pela pancada fez a filha de um *muskenum* expelir o (fruto) de seu seio, ele pesará 5 siclos de prata.

Américo Luís Martins da Silva observa que o Código de Hammurabi, ao incluir “a reparação do dano à custa de pagamento de valor pecuniário”, impõe a pena econômica como

(...) forma de proporcionar à vítima uma satisfação compensatória, através da diminuição patrimonial do agente lesionador (configurando uma pena por si). Além dessa satisfação, a pena tinha também por objetivo a exclusão do direito de vindita (vingança imposta como castigo), sentimento contrário à unidade e harmonia do grupo social¹⁵.

No entanto, conforme observa Clayton Reis¹⁶, o Código de Hammurabi prescreveu explicitamente que a uma lesão deve corresponder outra lesão (ao menos, em se tratando da mesma classe social), em vários de seus artigos. Os códigos de Ur-Nammu e Manu, pelo contrário, suprimiram a *Lei do Talião* e instituíram a reparação exclusivamente pecuniária. Em todo o caso, Américo Luís Martins da Silva¹⁷ já vê nessa substituição do direito de vindita pela reparação pecuniária, presente de alguma forma nestes mencionados códigos da Antiguidade, uma antecipação da moderna teoria da satisfação nos casos de dano extrapatrimonial (teoria da compensação econômica).

Ainda na Antiguidade, segundo Américo Luís Martins da Silva¹⁸, a Grécia já conhecia a reparação do prejuízo moral, sendo o direito a ela reconhecido em lei expressa já nos tempos da velha Ática. É significativo que a mitologia grega tenha narrado o uso da reparação pecuniária em casos de ofensas morais entre os próprios deuses olímpicos.

(...) na Odisseia, o próprio poeta épico da Grécia Antiga, Homero, relata a respeito de uma assembleia formada por deuses pagãos, que decidiu um caso de danos morais resultantes de adultério. Atendendo aos gritos retumbantes de Hefesto, o marido enganado, que surpreendera em flagrante delito, no seu próprio leito, a infiel Afrodite e o formoso Ares, os deuses ali mesmo se reuniram, atendendo aos reclamos do coxo ferreiro. E, como resultado final, decretaram, em favor de Hefesto, o pagamento, por Ares, de pesada multa.

Este relato, embora mitológico, constitui um forte indício deste tipo de reparação ser costume já assentado na mentalidade do povo grego. De fato, em sendo o adultério

categoria social: o direito de vingança só é atribuído aos homens livres, quando a lei o prescreve; para os demais, a reparação do dano só pode ser feita através de multa pecuniária.

¹⁵ Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 67.

¹⁶ REIS, Clayton. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. p. 12.

¹⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 67.

¹⁸ *Ibidem*, p. 69.

considerado uma ofensa muitíssimo grave¹⁹, deveria merecer outro tipo de retribuição, especialmente por parte dos deuses, não fosse tradição e prática comum a compensação econômica por danos extrapatrimoniais.

Embora não haja unanimidade de opinião, muitos autores entendem que também os antigos romanos conheciam a ideia da reparação por danos extrapatrimoniais. No Direito Romano já era conhecida a figura da *injuria*, admitida na *Lei das XII Tábuas* sob três espécies: *membrum ruptum* (amputação ou inutilização de membro ou órgão, delito para o qual era aplicada a pena do talião), *fractum* (fratura de osso, indenizada com o equivalente a trezentos sestércios) e *injuriae menores* (pequenas lesões indenizadas pelo equivalente a 25 asses). Mais tarde, todas as hipóteses de lesão pessoal foram englobadas pelo pretor em uma única fórmula, chamada *actio injuriarum aestimatoria*, pela qual o juiz era autorizado a condenar *in quantum aequum et bonum videbitur* – ou seja, dentro dos limites da equidade e com a maior equivalência possível. Embora, inicialmente, o conceito de *injuria* abrangesse apenas os danos de natureza física, o delito foi sendo estendido até abranger todo tipo de dano, incluindo as ofensas à personalidade. Conforme explica Américo Martins Luís da Silva:

Depois, também se juntaram no edito cláusulas especiais que estenderam o conceito de *injuria* até compreender as diversas espécies de contumélias (invectivas ou insultos), como o *convicium* (gritaria insultuosa, descompostura, afronta), a *adtemptata pudicitia* (atentado ao pudor ou aos bons costumes), a *infamatio* (difamação – afirmar e divulgar publicamente certos fatos relativamente a outrem, cuja reputação ofende, tornando-o passível de descrédito na opinião pública). Isto em virtude de sucessivas ampliações por obra da jurisprudência, que chegou a compreender a injúria como toda a ofensa aos direitos da personalidade.²⁰

A esse respeito, o jurisconsulto Gaio explica que:

3.223. A pena de injúria era, segundo a Lei das XII Tábuas, a de talião, no caso de membro rupto (*membrum ruptum*) e de trezentos asses no caso de osso fraturado (*os fractum*) ou machucado, se a vítima for pessoa livre, porque, se for escravo, a pena era de cento e cinquenta asses. A outras espécies de injúrias cominou-se pena de vinte e cinco asses, penas pecuniárias essas que pareciam suficientes em tempos de economia pobre.²¹

3.224. Agora, porém, usamos outro direito. Assim, temos a faculdade, permitida pelo pretor, de nós avaliarmos a injúria e o juiz de condenar, quer no *quantum* da nossa avaliação, quer em *quantum* inferior, conforme sua livre convicção. Como, porém, o pretor costuma avaliar a injúria atroz, quando determina quanto deve ser pago como *vadimonium*, sem distingui-lo da quantia reclamada pelo autor como pena, pedimos, na fórmula, a mesma importância e o juiz, podendo embora condenar

¹⁹ Desnecessário recordar que até poucas décadas, no Brasil, a “honra” do marido traído era “lavada” com o sangue da esposa adúltera e também de seu amante. E não raras vezes, chegando tais casos aos tribunais, esses maridos eram absolvidos, porque haviam “feito justiça”. Nesse sentido, os antigos gregos encontravam-se muitos passos à frente no tratamento dado aos danos extrapatrimoniais.

²⁰ Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 73.

²¹ Conforme explica Marco Sommer Santos, “no século V a.C. a pena de 25 asses pela injúria era bastante significativa. Todavia, no final da República esta quantia tornou-se irrisória”. SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Direito Romano V: Obrigações**. 2007. Apostila. p. 44.

em quantia menor, não ousa geralmente reduzir a condenação, em homenagem à autoridade do pretor.

3.225. A injúria atroz (*injuria* grave) é calculada de acordo com o fato que a gerou, como, por exemplo, se alguém foi ferido, chicoteado ou fustigado por outrem ou, conforme o lugar, como, por exemplo, se foi molestado no teatro ou no fórum, ou, ainda, por exemplo, se a pessoa, vítima de injúria, for magistrado, ou se um senador foi maltratado por pessoa humilde.²²

No Direito Romano, portanto, o instituto da *injuria* compreendia toda e qualquer lesão à pessoa do cidadão de Roma, qualquer ofensa física ou moral, podendo a lesão ser agravada conforme o fato, se o lugar onde foi infligida a ofensa era público e conforme a condição social do ofendido.

O instituto que compreendia exclusivamente a lesão ao patrimônio do injuriado era denominado *damnum injuria datum*. Havia, pois, para os romanos, uma distinção clara entre a pessoa e o seu patrimônio, no que dizia respeito à reparação de danos. Segundo Sommer Santos²³:

A *injuria* em sentido amplo é todo e qualquer ato contrário ao direito. Ela se fundamenta originariamente na Lei das XII Tábuas, contemplando nesta fase delitos de agressão física à pessoa com penas mais brandas em caso de lesões leves, mas também prevendo o talião na hipótese de *membrum ruptum*. Posteriormente, o conceito de *injuria* foi alargado por intervenção do pretor e de editos particulares, passando a contemplar escritos difamatórios e o ultraje ao pudor. Em Gaio a descrição das situações novas e antigas é bem específica:

3.220. Comete injúria, não só a pessoa como, por exemplo, que fere ou quem fustiga a outra com punho ou chicote, como também quando a ultraja, por exemplo, anunciando a venda dos bens da outra por dívida, embora saiba que esta nada lhe deve. Ou, escrevendo contra outra pessoa um libelo ou verso difamatório, ou molestando matrona do rapaz. E, também, em muitos outros casos.

3.221. Sofremos injúria pessoalmente e através dos filhos que estão em nosso poder e da nossa mulher, casada conosco *sine manu*. Portanto, se injuriar minha filha, casada com Tício, posso agir contra ti, não só em nome dela, como ainda no meu próprio nome e no nome de Tício.

3.222. Certamente, não é possível injuriar o meu escravo, entendendo-se que a injúria, através dele, atinge a mim, o dono. Não, porém, da mesma maneira pela qual sofremos injúria através de nossos filhos ou de nossa mulher, mas só quando se pratica algo muito violento, com ânimo ou intuito manifesto de molestar o dono, quando, por exemplo, alguém chicoteia o escravo alheio. Nesse caso, propõe-se a fórmula. Quem, porém, injuriar o escravo com palavras, ou quem lhe der um soco, não se propõe contra ele fórmula alguma, nem ela é concedida ao que a pede sem raciocinar.

²² CRETELLA Jr, J. e CRETELLA, Agnes. **Institutas do Jurisconsulto Gaio (tradução)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 180.

²³ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Direito Romano V: Obrigações**. 2007. Apostila. pp. 43-44. E CRETELLA Jr., *op. cit.* p. 179.

Martins da Silva²⁴ menciona o caso do cidadão romano Lucius Veratius para demonstrar que o conceito de dano, no Direito Romano, não se restringia ao patrimônio ou ao corpo e que, além disso, bastava para os romanos que o dano ocorresse e tornava-se obrigatório repará-lo, não importando a que título o dano havia sido causado..

[Conta-se a] história de Lucius Veratius, que se deliciava verberando (esbofeteando) com a sua mão o rosto dos cidadãos livres que encontrava na rua, vindo atrás de si vinha seu escravo entregando vinte e cinco asses a todos em que o *dominus* (senhor) batia.

A paulatina cristianização do Império Romano trouxe consigo uma nova concepção de pessoa²⁵. A poucos séculos de distância das Institutas de Gaio, as Institutas de Justiniano mostram o abandono do talião no caso de *injuria*.

§ 7º – A pena fixada no caso de injúrias, segundo a Lei das XII Tábuas, era, em razão de membro quebrado, a pena de talião, por osso fraturado, caso em que havia penas pecuniárias por causa da pobreza muito generalizada entre os antigos. Mais tarde, os pretores permitiram que o juiz condenasse o culpado a pagar a quantia estimada, ou quantia menor, se isso lhe parecesse conveniente. A pena de injúria, fixada nas Lei das XII Tábuas, *caiu em desuso*, mas a pena introduzida pelos pretores, também chamada honorária, está ao contrário, em frequente uso. Na verdade, a estimativa da injúria cresce ou decresce, segundo a dignidade e consideração moral do injuriado, e a graduação da pena se observa, com justiça, mesmo relativamente aos escravos, sendo, porém, a estimativa diferente para o escravo mais elevado, para o de classe média e para o de última classe ou acorrentado.²⁶

A queda do Império Romano e o surgimento do feudalismo trouxeram consigo uma visão ainda mais fortemente teocêntrica da realidade, dentro da qual a dignidade do homem derivava²⁷ de sua origem divina (criado por Deus e tornado seu filho). O homem medieval enxergava-se como parte de um todo – o universo criado por Deus – que incluía a terra, onde desempenhava um papel, uma função bem definida, da qual dependia sua felicidade, situada em geral para além da morte. Nesse contexto, não havia sentido em falar de dano extrapatrimonial. No entanto, tanto senhores quanto servos eram titulares de obrigações e de direitos recíprocos.

As extensões de terra chamadas feudos originaram-se da insegurança criada pelas invasões bárbaras no período da decadência e da queda do Império Romano. Para resolvê-la o

²⁴ Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 77-78.

²⁵ Os embates teológicos a respeito da pessoa da Jesus Cristo e de sua natureza, durante os quatro primeiros séculos do cristianismo (até que se tenha chegado à conclusão de que Jesus Cristo é uma só pessoa com duas naturezas, uma divina e outra humana) tiveram como consequência a necessidade do questionamento filosófico a respeito da pessoa humana. Pois era necessário aproximar-se do que é o homem, para, em contraposição, compreender quem é Deus, a respeito de quem não é possível, por definição, formular um conceito.

²⁶ CRETELLA Jr e CRETELLA, Agnes. **Institutas do Imperador Justiniano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 238.

²⁷ Esta compreensão da dignidade humana, central no Cristianismo e que foi sendo desenvolvida a partir do dogma da Encarnação do Verbo, é ainda hoje ensinada pela Igreja Católica.

servo ligou-se à terra, servindo ao seu proprietário em troca de proteção. O vínculo (“*fedo*”) entre senhor e servo criava direitos e obrigações de ambos os lados – da parte do servo o trabalho, do lado do senhor a garantia de segurança, de sustento e de permanência na terra. Caso o senhor não cumprisse com seus deveres para com os servos, estes poderiam recorrer ao rei, que detinha a função de última instância²⁸. A partir dessa nova conformação social, com o abandono das cidades e a vida centralizada nos feudos, o legado do Direito Romano se foi perdendo e, com ele, o regime de reparação de danos, que só começa a ser retomado após o Renascimento²⁹.

Do final do período medieval até o final da Segunda Guerra Mundial a concepção de pessoa foi se modificando, abandonando a ótica cristã da dignidade do homem como criatura e filho de Deus. Se o período da Renascença exaltou o homem e suas potencialidades, se o período iluminista bebeu nas fontes de um exacerbado antropocentrismo (exaltando a razão humana como uma “deusa”), foi apenas para, logo em seguida³⁰, instrumentalizar o homem. A ótica do liberalismo considerava-o em função de sua capacidade de gerar riqueza e o Direito de então entendia o dano de um ponto de vista essencialmente patrimonial.

No entanto, os abusos do liberalismo deram ensejo a imensos conflitos sociais advindos da exploração econômica e isso não passou despercebido aos expoentes do Direito. Um novo entendimento sobre a pessoa começava, ainda de forma bastante reticente, a despontar.

Um exemplo disto é a forte polêmica³¹ travada por Savigny e Von Ihering a respeito do cabimento do dano extrapatrimonial. O primeiro recusava-se a reconhecer a existência do dano extrapatrimonial, enquanto o último sustentava que “qualquer interesse, ainda que seja moral, é merecedor de proteção por parte do Direito”, portanto o dano extrapatrimonial seria ressarcível.

Conforme relata Antonio Jeová Santos, os argumentos de Savigny eram os seguintes:

²⁸ A visão mais comum (e equivocada) sobre o período feudal desconhece os deveres do senhor para com seus servos e entende (de um ponto de vista tipicamente moderno, baseado em uma ótica liberal, individualista e antropocêntrica estranha ao medievo) que estes últimos eram explorados pelos senhores de terras, não detinham quaisquer direitos e não tinham a quem recorrer para obter justiça. Entretanto, o vínculo (“*fedo*”) entre senhor e servo era muito mais profundo do que a mera relação de troca que se estabeleceu no período capitalista entre os detentores dos fatores de produção e os detentores da mão-de-obra. O senhor devia garantir a sobrevivência e o bem-estar de seus servos, mantendo-o na terra do qual não era separável porque **sua**; o senhor tinha responsabilidades para com a pessoa de seu servo e por ela poderia responder ao rei. Nas relações capitalistas o empregador não tem nenhuma obrigação ou vínculo com a pessoa de seu empregado, que jamais será proprietário dos fatores de produção que utiliza e cuja permanência a serviço do empregador depende apenas do **interesse** deste último.

²⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

³⁰ Com a ascensão do liberalismo econômico.

³¹ SANTOS, Antonio Jeová da Silva. **Dano Moral Indenizável**. 2ª ed. São Paulo: LEJUS, 1999. pp. 85-86

- não se pode provar o dano extrapatrimonial;
- a reparação do dano moral seria sempre arbitrária, uma vez que não se pode medir a dor para ressarcir-la com o seu equivalente patrimonial;
- há certas perdas para as quais é imoral a tentativa de compensação com dinheiro (por exemplo, a perda de uma vida);
- uma vez que a vítima não sofreu nenhuma diminuição em seu patrimônio, indenizar o dano extrapatrimonial levaria a um enriquecimento sem causa.

Em sua réplica, Rudolf Von Ihering começava por afirmar que o valor pago como indenização ao dano extrapatrimonial teria a função de possibilitar à vítima obter outros prazeres que pudessem mitigar seu sofrimento. Além disso, também existe dificuldade de prova no dano patrimonial, bem como, algumas vezes, de sua avaliação; estas dificuldades não obstam sua reparação, devendo ocorrer o mesmo com o dano extrapatrimonial ou moral. Por fim, se um ato ilícito provocou o dano extrapatrimonial e deu origem à obrigação de indenizar, não existe enriquecimento sem causa.

A conclusão de Ihering, muito atual, é que o Direito não deve proteger apenas o patrimônio, mas amparar a todos os bens da pessoa sem os quais “a vida civil seria uma impossibilidade”³². Continua Antonio Jeová Santos, a partir de Ihering:

(...) a partir do instante em que a proteção jurídica alcança o homem em toda a sua integridade (...) nenhuma razão existiria para que seja excluído do conceito de dano, o agravo inferido aos direitos de personalidade, posto que tanto quanto ao patrimônio, são realizados ataques à alma ou mesmo ao corpo. (...) a pessoa pode ser lesionada no que ela é ou no que ela **tem**. No que ela é: em seu corpo, em sua liberdade, em sua honra; no que ela **tem**: em suas relações com o mundo exterior³³.

Por fim, depois da Segunda Guerra Mundial, com a descoberta dos horrores do nazismo (e de tantos outros regimes totalitários ou autoritários) esta concepção patrimonialista torna-se inadmissível. A humanidade busca novamente sua dignidade e, embora não a veja mais exclusivamente em Deus³⁴, entende que existe não apenas o indivíduo, o sujeito de uma relação jurídica³⁵, mas a pessoa humana, dona de complexidade, profundidade e riqueza únicas, valorada por sua individualidade da mesma forma que por sua humanidade, devendo

³² SANTOS, Antonio Jeová da Silva. **Dano Moral Indenizável**. 2ª ed. São Paulo: LEJUS, 1999. p. 85

³³ *Ibidem*, p. 86

³⁴ A visão cristã originária a respeito da dignidade da pessoa humana, na qual em realidade funda-se o conceito de pessoa e de sua dignidade da sociedade ocidental, profundamente marcada por suas raízes cristãs, manteve-se através da História. O Concílio Vaticano II, no final da década de 1960, reafirma o pensamento católico a esse respeito na constituição pastoral *Gaudium et Spes*, que diz: “a dignidade do homem (...) se **funda** e se **realiza** no próprio **Deus**. Com efeito, o homem, inteligente e livre, foi constituído em sociedade por Deus Criador; mas é sobretudo chamado a unir-se, como **filho**, a Deus e a participar na sua felicidade” (grifos nossos). In: CONCÍLIO VATICANO II. *Gaudium et Spes – Constituição Pastoral sobre a Igreja no Mundo de Hoje*. 9ª ed. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação**. Revista dos Tribunais, ano 90, volume 789. p. 411.

ser amparada em suas múltiplas dimensões. É preciso, pois, dar a proteção jurídica que é devida à pessoa humana em razão de sua dignidade.

É interessante constatar como, do Direito Romano até os nossos dias, a perspectiva quanto à reparação do dano extrapatrimonial modificou-se, em função da mudança da visão antropológica. À medida que a noção de pessoa era gradualmente reduzida à noção de indivíduo e ganhava força a ideia de medir o valor de alguém por sua produtividade³⁶, perdia relevância a existência de outro tipo de dano além do material. Uma concepção predominantemente patrimonialista dominou o Direito e o dano extrapatrimonial não era sequer considerado³⁷, isto até pouco mais de meio século. Só recentemente começou a desenvolver-se uma concepção personalista que permitiu o retorno do entendimento do dano como ofensa possível a elementos subjetivos, não patrimoniais, e o despontar de uma doutrina a respeito do dano extrapatrimonial.

Uma concepção do Direito centrada na pessoa, que compreende seu valor intrínseco, passou a formar-se e a defender

(...) la necesidad de reparar el daño irrogado al sujeto en lo que él significa, em sí mismo, sin necesidad de recurrir a medidas o patrones de orden patrimonial. La persona humana es un valor *per se*, el bien supremo Del derecho, por lo que cualquier daño que se cometa contra ella se debe valorizar con independencia de las consecuencias de orden patrimonial que se pudieran presentar simultaneamente.

Segue ainda Sessarego defendendo que o Direito não pode restringir-se a tutelar unicamente a esfera patrimonial da pessoa, mas, ao contrário, pode e deve

(...) tutelarla preferencialmente em las situaciones en las cuales el daño cometido no incide en el área económico-patrimonial del sujeto. La persona se tutela por lo que ella mesma significa y no como generadora de riqueza, fuente de utilidades.³⁸

A concepção do Direito centrada na pessoa concluiu pela autonomia do dano extrapatrimonial, conquanto este não depende da ocorrência de dano patrimonial ou mesmo da possibilidade de mensuração da extensão do dano. Mais ainda, sua esfera autônoma

³⁶ De modo especial no final da Idade Média, a partir dos séculos XIV e XV, com o desenvolvimento dos burgos, o crescimento do comércio e os grandes descobrimentos, acompanhados do movimento renascentista e de um crescente antropocentrismo, criando as bases para o posterior desenvolvimento do liberalismo econômico.

³⁷ “(...) a experiência histórica indica que a caracterização dos danos à pessoa e a sua própria tipologia conformam modelo aberto (...), razão pela qual o concreto desenho do modelo está na dependência da idéia de ‘pessoa humana’ acolhida, no tempo histórico, por cada comunidade”. MARTINS-COSTA, Judith. **Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação**. Revista dos Tribunais, ano 90, volume 789. p. 410.

³⁸ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Protección a la Persona Humana*. Revista da Ajuris, número 56, ano XIX de novembro de 1992. Porto Alegre, 1992.

permite que a indenização seja definida independentemente da simultânea ocorrência de dano patrimonial, quando ambos forem gerados pelo mesmo fato³⁹.

A discussão pela autonomia (ou não) do dano extrapatrimonial, hoje já superada, passava pelo questionamento de quantos e quais bens jurídicos estariam sendo atingidos pelo dano. Quando se chegou à conclusão de que o patrimônio moral do indivíduo (ou, melhor dizendo, da pessoa) era diferente de seu patrimônio material e que ambos merecem a tutela jurídica, então se compreendeu a autonomia do dano extrapatrimonial. Esta linha doutrinária consagrou-se na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, V e X) e, posteriormente, na Súmula 37 do STJ (de 17/03/1992): “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”⁴⁰.

Pois não é a origem patrimonial ou não patrimonial da lesão a um direito que definirá o dano, mas a existência mesma da lesão. O efeito do dano, a lesão naquilo que a pessoa é ou no que ela tem, é que irá qualificá-lo em patrimonial ou extrapatrimonial. O que se tem em mente é abranger o mais possível a integralidade dos danos extrapatrimoniais, tendo em vista a reparação mais integral a que se puder chegar, compreendendo que um mesmo evento danoso pode originar diferentes indenizações cumuláveis entre si, a fim de estender mais amplamente a proteção à vítima.

Por fim, não se pode esquecer, que ainda quando não se admitia sequer a ressarcibilidade do dano extrapatrimonial, quanto mais sua autonomia, já Pontes de Miranda proclamava-a: “se se nega a estimabilidade patrimonial do dano não patrimonial, portanto, deixar-se-ia irressarcível o que precisaria ser indenizado”. Diz ele ainda:

Mais contra a razão ou o sentimento seria ter-se como irressarcível o que de tão fundo feriu o ser humano, que há de considerar o interesse moral e intelectual acima do interesse econômico, porque se trata de ser humano. A reparação pecuniária é um dos caminhos: se não se tomou esse caminho, pré-elimina-se a tutela dos interesses mais relevantes.⁴¹

³⁹ “Não há, com isso, *cumulativamente impossível*, pois a indenização por *dano material* não se confunde com a reparação por *dano moral*, eis que são duas condenações diversificadas, *sem induzir o ‘bis in idem’*”. In: ZENUN, Augusto. **Dano Moral e sua Reparação**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. p. 125.

⁴⁰ DJ 17/03/1992. p. 3172. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Consulta em 22/11/2013.

⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. LIII, § 5.509. pp. 219-220.

1.1.2. A ADMISSIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 consagrou a reparabilidade do dano extrapatrimonial (ou dano moral⁴²) em seu artigo 5º, nos incisos V e X (já mencionados):

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.

Antes do advento desta que é chamada “Constituição Cidadã”, porém, o Direito Brasileiro (e, particularmente, a responsabilidade civil no Direito Pátrio) percorreu um longo caminho até chegar à admissibilidade e à reparabilidade dos danos extrapatrimoniais.

A primeira alusão a um princípio de responsabilidade civil – o princípio da *restitutio in integrum*, de que se falará adiante – aparece no Código Criminal de 1830⁴³, em seu artigo 22, que diz: “a satisfação será sempre *a mais completa que for possível*, sendo no caso de dúvida a favor do ofendido. Para este fim, o mal que resulta à pessoa e bens do ofendido será avaliado *em todas as suas partes e conseqüências*” (grifo nosso). Embora, como lembra Américo Luís Martins da Silva, o Código de 1830 tratasse de responsabilidade delitual e não aludisse explicitamente a dano extrapatrimonial, pode-se entrever pela expressão “o mal que resulta à *pessoa e bens* do ofendido” que o referido Código de alguma forma já compreendia o dano para além do patrimônio da vítima.

O artigo 22 do Código Criminal de 1830⁴⁴ pertence ao Título I – que trata *Dos Crimes* – e ao Capítulo IV desse título, que trata *Da Satisfação*. É digno de nota que em código de leis tão antigo apareça já uma distinção visível entre as penas devidas pelo cometimento dos

⁴² Não há consenso entre os autores sobre a questão terminológica. Alguns distinguem dano extrapatrimonial e dano moral. Outros, como Yussef Said Cahali, usam as duas expressões indistintamente. Como algumas das fontes bibliográficas deste trabalho também não fazem distinção entre os termos, optou-se por tratar as expressões *dano moral* e *dano extrapatrimonial* como equivalentes, mas dando preferência ao uso desta última ou da expressão *dano pessoal extrapatrimonial*, em conformidade com o ensino de Fernando Noronha sobre o intercruzamento de classificações (ver 1.2). Nas citações obedece-se à terminologia usada por seus autores.

⁴³ SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 142. E SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do Trabalho Entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil**: Elementos para uma Teoria do Bem-Estar e da Justiça Social. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 99.

⁴⁴ BRASIL. Código Criminal de 1830. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 30/11/2013.

crimes (as penas são tratadas no Título II) e a *satisfação* devida pelo dano causado em consequência do delito cometido. O artigo 21 ordena que “o delinquente *satisfará* o dano que causar com o delito” e o artigo 19, no capítulo anterior (*Das Circunstâncias Agravantes e Atenuantes do Crime*), prevê que “influirá também na agravação, ou atenuação do crime, a sensibilidade do ofendido”. São pequenas inserções, em meio à consideração meramente patrimonial do dano (como se vê nos artigos 23, 24 e 25 do mesmo Código, que tratam unicamente da *restituição da coisa*), que denotam um vislumbre da dimensão extrapatrimonial (como é o caso do artigo 25, que fala em *preço de afeição* da coisa a ser restituída; e, por preço de afeição, o texto legal quer significar um valor de estima, que a vincula à dimensão afetiva, *extrapatrimonial*, de seu proprietário, sem que a coisa tenha, necessariamente, uma expressão patrimonial significativa). Todavia, não é lícito querer extrair do Código Criminal do Império mais do que permite o contexto de sua época. Importa, mais que tudo, mencioná-lo como uma primeira referência à satisfação (e satisfação integral) do dano decorrente de crime.

Normas expressas regulando a indenização por danos à honra surgirão, sessenta anos mais tarde, no Código Penal de 1890⁴⁵, cujo artigo 69, *b*, determinava como um dos efeitos da condenação, “a obrigação de indenizar o dano”. Como regra geral, dizia o artigo 70 do mesmo Código que “a obrigação de indenizar o dano será regulada pelo direito civil”. Por fim, lê-se no artigo 276:

Art. 276. Nos casos de defloração, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condenar o criminoso o obrigará a dotar a ofendida.

Parágrafo único. Não haverá lugar imposição de pena se seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da ofendida, ou do juiz dos órfãos, nos casos em que lhe compete dar ou suprir o consentimento, ou o aprazimento da ofendida, se for maior.

Esse dispositivo buscava assegurar a reparação da honra da mulher através do casamento ou, quando não fosse possível chegar a essa solução, que houvesse, pelo menos, uma “prestação pecuniária satisfatória de dano moral”⁴⁶. Não havia outro caso de indenização por dano extrapatrimonial previsto no Código Penal de 1890.

Segundo conta Américo Luís Martins da Silva⁴⁷, esta previsão legal gerou muita polêmica enquanto o Código Penal de 1890 permaneceu em vigor, visto que alguns consideravam desmoralizador colocar um preço na virgindade perdida, enquanto outros

⁴⁵ BRASIL. Código Penal de 1890. <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em 30/11/2013.

⁴⁶ SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.. p. 144.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 145.

entendiam que a virgindade em si mesma era um “capital” que devia ser preservado e, se perdido, ao menos ressarcido. Tal polêmica não deixa de guardar certa semelhança com o debate sobre a indenizabilidade do dano extrapatrimonial: alguns críticos diziam que é imoral estipular um preço à dor.

Ainda antes da vigência do Código Civil de 1916, surgiu a regulação da responsabilidade civil das estradas de ferro no Brasil, com o Decreto 2.681/1912⁴⁸. Seguem os artigos 17 a 22 deste decreto, que compõe o núcleo de maior interesse:

Art. 17 – As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:

1ª - Caso fortuito ou força maior;

2ª - Culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.

Art. 18 – Serão solidários entre si e com as estradas de ferro os agentes por cuja culpa se der o acidente. Em relação a estes, terão as estradas direito reversivo.

Art. 19 – Se o desastre acontecer nas linhas de uma estrada de ferro por culpa de outra, haverá em relação a esta direito reversivo por parte da primeira.

Art. 20 – No caso de ferimento, a indenização será equivalente às despesas do tratamento e aos lucros cessantes durante ele.

Art. 21 – No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, ***deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.***

Art. 22 – No caso de morte, a estrada de ferro responderá por todas as despesas e indenizará, a arbítrio do juiz, todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimento, auxílio ou educação.

Conforme ensina Américo Luís Martins da Silva, a expressão usada pelo artigo 21 – “indenização conveniente” – não pode ser entendida de outra forma senão como o *pretium doloris*⁴⁹. Pois o artigo expressamente determina que a companhia ferroviária proceda ao ressarcimento das despesas com o tratamento da vítima e dos lucros cessantes. Estando nessa indenização incluídas, legalmente, as custas processuais e os honorários advocatícios, não haveria outro título para essa mencionada indenização que não o do dano extrapatrimonial.

Nesse dispositivo legal e conforme essa linha de entendimento tem se posicionado o STF, ao tratar de acidente ferroviário, conforme se pode ver em alguns julgados nos quais explicitamente se faz referência ao Decreto 2.681/1912:

Responsabilidade civil. Dano estético. Em princípio é indenizável o dano estético, consoante o art. 21 do Decreto n. 2.681, de 07.12.1912. Justifica-se a condenação da ré no pagamento de dano estético, por se tratar de solteira, tendo pouco mais de vinte anos, gravemente lesada em seu rosto. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.⁵⁰

⁴⁸ BRASIL. Decreto 2.681/1912. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm. Acesso em 30/11/2013. Grifo nosso.

⁴⁹ SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 147.

⁵⁰ Ver: STF, RE 98.555, Relator Min. Alfredo Buzaid, Primeira Turma, julgado em 30/11/1982, DJ 17/12/1982.

Responsabilidade civil. Acidente ferroviário. Indenização. Dano estético. Apesar do fornecimento de aparelhos ortopédicos, pode justificar condenação pelo dano estético. Aqueles podem "amenizar" o mal sofrido, [mas] não arrebatam a dor moral, a qual, na mulher solteira e jovem, merece [ser] reparado. Aplicação do art. 21 do decreto n. 2.681/1912. Precedentes do supremo tribunal federal. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido.⁵¹

Embora consubstanciada a indenização por dano pessoal à pessoa da vítima de lesão por acidente ferroviário, o mesmo não se pode dizer quando, ao invés de lesão, ocorria a morte do viajante. O mesmo STF posicionou-se de forma oposta, negando os pedidos de indenização por dano extrapatrimonial que partiam de pais ou familiares das vítimas fatais, pois somente à vítima de lesão por acidente ferroviário havia previsão legal de pagamento de indenização por dano pessoal. Quanto a vítimas fatais, a indenização é apenas de natureza alimentar, conforme a previsão do art. 22 do Decreto 2.681/1912, não sendo indenizáveis danos de natureza extrapatrimonial decorrentes de morte. Veja-se, a esse respeito:

1. O art. 76 do código civil é norma de natureza processual. Ela confere o direito de ação judicial a quem tenha interesse econômico, ou moral, em postular do estado que lhe preste jurisdição no conflito que o envolva, mas não expressa, em termos diretos ou especificados, que o dano moral é indenizável como direito subjetivo de quem haja sofrido prejuízo causado por conduta ou ato ilícito. 2. Os artigos 1.538, 1.639, 1.543 e 1.548, todos do Código Civil, não conferem aos pais, ou mesmo aos familiares de quem haja sido vitimado por conduta ilícita de outrem, o direito subjetivo à indenização pelo dano moral, ou pela dor que sofreram com o falecimento do filho, ou do familiar, visto que tais regras concedem esse direito somente à pessoa ofendida, e isto no caso de lesão corpórea deformante, como decorre do art. 21 da lei n. 2.681 de 7.12.1912, que dispõe sobre a responsabilidade civil das empresas ferroviárias. 3. Precedente do STF sobre a matéria. 4. Discussão a respeito de ser indenizável o dano moral sofrido pelo pai de quem foi vitimado em acidente ferroviário. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento para confirmar o acórdão que negou indenização pelo dano moral que teria sofrido o pai da vítima, visto que o direito positivo brasileiro só permite a indenização pelo dano moral à pessoa mesma que haja sofrido lesão corpórea deformante, e não a seus pais ou a seus familiares. Portanto, no caso de morte não é indenizável o dano moral.⁵²

Conforme bem resume Américo Luís Martins da Silva:

No período que antecedeu a vigência do Código Civil brasileiro [de 1916], ou se negava a reparabilidade do dano moral ou se considerava indenizável o dano moral apenas quando afetava o patrimônio da vítima, empobrecendo-a⁵³.

Até, portanto, o período imediatamente anterior à promulgação do Código Civil de 1916, exceto pelos já mencionados art. 276 do Código Penal de 1890 e art. 21 do Decreto 2.681/1912, não havia qualquer previsão no ordenamento pátrio para a indenização por danos

⁵¹ Ver: STF, RE 83.296, Relator Min. Thompson Flores, Segunda Turma, julgado em 20/02/1976, DJ 08-07-1976. Disponível também pela pesquisa processual no site <http://www.stf.jus.br>.

⁵² Ver: STF, RE 83978, Relator Min. Antonio Nader, Primeira Turma, julgado em 03/06/1980, DJ 01-07-1980. Disponível também pela pesquisa processual no site <http://www.stf.jus.br>.

⁵³ SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. pp. 149-150.

não patrimoniais. Talvez em virtude de maior enfoque na repressão do crime ter feito esquecer a necessária reparação dos danos, possivelmente pela noção patrimonialista desse tempo; o fato é que a responsabilidade civil, no Direito brasileiro de então, englobava quase que com exclusividade a reparação dos danos patrimoniais.

A partir da promulgação do Código Civil brasileiro, em 1916, começaram efetivamente os debates em torno do tema da admissibilidade da reparação do dano não patrimonial.

O art. 76, *caput* do CC/1916 (sem correspondência no Código Civil de 2002) dizia: “para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral”. Segundo Américo Luís Martins da Silva, a intenção desse artigo era gerar a decorrência lógica de que, se o *interesse moral* era suficiente para justificar a ação, então também seria indenizável. No entanto, não foi o que aconteceu, pois a reparabilidade do dano extrapatrimonial (ou moral, para usar a expressão costumeira na época) ficou adstrita, em sua aplicação, aos artigos do Código Civil de 1916 que a delimitavam objetivamente. A corrente doutrinal majoritária não admitiu de forma ampla a indenizabilidade do dano não patrimonial. Em sentido contrário, havia poucas vozes; entre elas, Pontes de Miranda⁵⁴, que não só já criticava o uso da expressão “dano moral” em seu Tratado de Direito Privado, como também entendia que a reparabilidade do dano extrapatrimonial (com ou sem repercussões patrimoniais) estava admitida no ordenamento brasileiro de então, de forma mais ou menos ampla.

Os artigos 1.537 a 1.553, que tratam dos casos de reparabilidade dos danos extrapatrimoniais previstos pelo Código Civil de 1916, estão no Capítulo II (*Da Liquidação das Obrigações Resultantes de Atos Ilícitos*) do Título II (*Da Liquidação das Obrigações*) do referido diploma. Analisando a cuidadosa delimitação da incidência da indenização por danos extrapatrimoniais contida nesses artigos, Américo Luís Martins da Silva⁵⁵ entende que o legislador, de fato, acolheu o *princípio da reparabilidade* de tais danos, mas critica justamente o excesso de cautela. Segundo o autor, o motivo estaria na preocupação de neutralizar o arbítrio dos juízes na aplicação da lei, para evitar possíveis abusos. Se, porém, de um lado, o cuidado não deixa de ter seus fundamentos, por outro, torna possíveis verdadeiros absurdos (como o exemplo fictício mencionado pelo autor, no qual seria perfeitamente admissível o pagamento de alta indenização pelo dano patrimonial decorrente da morte

⁵⁴ Ver 1.2 para as citações e referências do *Tratado de Direito Privado*.

⁵⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. pp. 168-169.

acidental de um cão de estimação, ao mesmo tempo em que a morte acidental de uma criança não ensejaria mais que o pagamento das despesas de funeral, uma vez que o cão com *pedigree* teria expressão econômica e faria parte do *patrimônio* de seu dono, enquanto a criança seria considerada “economicamente improdutiva”).

A admissibilidade da indenização por danos extrapatrimoniais, no Código Civil de 1916, ocorria, não sem polêmica e posições doutrinárias e jurisprudenciais divergentes, nos seguintes casos⁵⁶:

- dano causado por homicídio (art. 1537);
- dano causado pela usurpação ou esbulho de bens alheios (arts. 1541 a 1544);
- dano causado por lesão corporal (art. 1538);
- dano causado por erro médico ou farmacêutico (arts. 1545 e 1546);
- dano causado por ofensa à honra (arts. 1547 a 1549);
- dano causado por ofensa à liberdade pessoal (arts. 1550 a 1552).

Na tentativa de coibir abusos (que, de uma forma ou de outra, acabam acontecendo, não sendo totalmente evitáveis), o Código Civil de 1916 possibilitava a ocorrência do injusto, já que permitia ao dano extrapatrimonial, em muitíssimos casos, ficar sem resposta jurídica adequada. No entanto, é importante salientar que o art. 1553 do referido diploma – “nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização” – permite e abre a possibilidade de indenizar danos extrapatrimoniais diferentes dos estritamente previstos, já que localizado em capítulo que trata justamente dos casos indenizáveis de danos desse tipo (mas incluindo em seu escopo também danos patrimoniais). De qualquer forma, considerada a posição patrimonialista então adotada majoritariamente pela doutrina e pela jurisprudência, a presença do art. 1553 não teve a amplitude e a eficácia talvez pretendidas pelo legislador.

Um óbice importante, à época, para a indenização por danos extrapatrimoniais era a não cumulatividade de danos. Ocorrendo simultaneamente danos patrimoniais e extrapatrimoniais, o ressarcimento dos primeiros impedia a reparação dos últimos. E não havia previsão legal que permitisse cumulá-los, ao contrário do que ocorre hoje (como se verá mais adiante, a cumulatividade de danos está sumulada).

O ano de 1962 marcou, no Brasil, o início de um período de evolução no tratamento da reparabilidade do dano extrapatrimonial. A partir desse ano, um conjunto de leis esparsas começou a regular expressamente a indenização por dano extrapatrimonial, “deixando para

⁵⁶ Havia ainda a polêmica em torno do art. 1531 (demanda fundada em dívida já paga), que não faz parte do mesmo capítulo e título dos artigos mencionados. A questão girava em torno de saber se a obrigação contida no art. 1531 é uma pena civil ou se é uma reparação por eventual prejuízo moral. Américo Martins Luís da Silva posiciona-se pela natureza reparatória da obrigação, afastando a aventada natureza penal.

trás a tese, até então sustentada pela jurisprudência dominante, da reparabilidade apenas dos danos morais indiretos ou dos reflexos patrimoniais dos danos não econômicos”⁵⁷.

A primeira dessas leis foi o antigo Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei 4.117/1962. Em seus artigos 81⁵⁸ a 88, dispunha sobre o dano causado por ofensas em virtude de *calúnia, difamação e injúria* – ofensas à honra, portanto – veiculadas por emissoras de rádio ou televisão. O objetivo de tais artigos era garantir à vítima de tais ofensas, independentemente de ação penal, o direito à reparação por quaisquer prejuízos de natureza não patrimonial que tivesse sofrido. No entanto, estes mesmos artigos foram revogados pouco tempo depois, em 1967, pelo Decreto-Lei 236, e os artigos que os substituíram não fizeram qualquer referência à reparação civil do dano moral.

Em 1967, como capítulo expressivo na história da reparabilidade do dano extrapatrimonial, entra em vigor a Lei 5.250, que ficou conhecida como Lei de Imprensa. Dita lei continha todo um capítulo dedicado à responsabilidade civil, o Capítulo VI, composto dos artigos 49 a 57, nos quais se determinava a reparação dos “danos morais e materiais” (art. 49) e se previa que a proposição de ação para “haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação do dano material” (art. 56). A Lei de Imprensa, em seus artigos 51 e 52, lançava mão do expediente da tarifação para a concessão das indenizações, nos casos por ela previstos de *calúnia, difamação ou injúria* (art. 49), *divulgação de notícias (falsas ou verdadeiras) que levassem a abalo de crédito à pessoa física ou jurídica ou perturbação no mercado de ações com prejuízos a terceiros* (cf. art. 16, II e IV) e *promover ou não impedir publicação desabonadora da honra e da conduta de alguém* (cf. art. 18). Como se pode ver, a antiga Lei de Imprensa foi um passo importante no caminho da reparabilidade do dano extrapatrimonial (notadamente do dano à honra), não somente por haver determinado a possibilidade e a forma da reparação, mas também por haver considerado os reflexos patrimoniais – o abalo de crédito – do dano extrapatrimonial.

A Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Em 2009, ela foi considerada inconstitucional pelo STF, no julgamento da ADPF 130:

(...)

10.3. São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante o expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de

⁵⁷ SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 186.

⁵⁸ Dizia o artigo 81 da Lei 4.117/1962: “Independentemente de ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por este, solidariamente, o ofensor, a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele”.

constitucionalidade que atende pelo nome de “interpretação conforme a Constituição”. (...)

11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. (...)

12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

De todo modo, a antiga Lei de Imprensa foi um passo importante na tentativa de regulamentar de modo mais profundo e com mais acerto as questões relacionadas ao dano à honra, no caminho que levou ao reconhecimento da reparabilidade do dano extrapatrimonial no Brasil.

Em dezembro de 1965, segundo Américo Luís Martins da Silva⁵⁹, ocorreu a III Conferência Nacional de Desembargadores, no antigo Estado da Guanabara. Entre os assuntos debatidos, estava o *princípio da reparabilidade do dano moral*. Os desembargadores presentes concluíram que, na jurisprudência, essa reparabilidade era admitida “somente por exceção”, mas que a doutrina prevalente admitia-a, tendo em conta o já mencionado art. 76 do CC/1916 (em vigor à época). Foi apresentada uma proposta de admissão jurisprudencial da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, levando em consideração o Código Civil em vigor e o direito comparado (pois já era admitida, entre outros, na Alemanha, na Inglaterra, na Itália, na Argentina, em Portugal e no Uruguai), pelo magistrado José Luís Ribeiro Samico, e um parecer favorável foi apresentado por Sadi Cardoso de Gusmão. Após a apreciação e a votação, a III Conferência apresentou como conclusões⁶⁰ a respeito do tema:

1 – que o dano moral é ressarcível; 2 – que o arbitramento do dano moral será apreciado, livremente, pelo juiz, atendendo à repercussão econômica, à prova da dor e ao grau de dolo ou culpa do ofensor; 3 – que o ressarcimento poderá ser reclamado pela vítima, seus descendentes, cônjuge e colaterais até o segundo grau.

O reflexo mais importante das conclusões da III Conferência Nacional de Desembargadores a respeito do tema da ressarcibilidade do dano extrapatrimonial foi que, a partir de então, a jurisprudência deixou de insistir na reparabilidade quase que exclusiva dos reflexos patrimoniais desses danos e passou a admiti-la cada vez mais amplamente. Pode-se dizer que, em paralelo com os dispositivos legais que, aos poucos, começaram a admitir a

⁵⁹ SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. pp. 220-222.

⁶⁰ A proposta e o parecer mencionados e as conclusões da III Conferência Nacional de Desembargadores foram publicados no artigo intitulado “*O Ressarcimento do Dano Moral*”, em *O Estado de São Paulo* de 26/12/1965, p. 27. A página digitalizada da publicação da época está disponível no site <http://acervo.estadao.com.br> (acesso em 03/12/2013), para usuários cadastrados.

autonomia do dano extrapatrimonial e determinar a sua reparação, a III Conferência Nacional de Desembargadores foi um marco decisivo para a jurisprudência começar a caminhar para a admissibilidade sem restrições. Ilustrativo desta tendência que se seguiu à III Conferência é este voto do Ministro Thompson Flores, proferido em 1969:

A divergência está provada e, é de salientar-se, bem conhecida. Sucede, porém, que a indenização pela morte de filho menor tem admitido esta Corte. Não simplesmente como meio de reparar a dor moral, eis que esta é inestimável, e, por isso mesmo, insuscetível de reparação. Mas como compensação através da reparação econômica, proporcionando sensações que, se não alcançam a restauração da situação primitiva, possam, ao menos, suavizar seus efeitos.⁶¹

No entanto, foi somente a chegada da Constituição Federal de 1988 que consagrou a reparabilidade do dano extrapatrimonial no Direito brasileiro. Os incisos V e X do art. 5º da Constituição, já mencionados, encerraram toda a controvérsia a respeito do tema: uma vez provada a existência de dano extrapatrimonial, ele deve ser indenizado.

Restava ainda eliminar a controvérsia a respeito da cumulação das indenizações. Em 1992, dirimindo qualquer dúvida que ainda podia restar sobre isso, o STJ sumulou o entendimento de que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”⁶².

Na esteira da Constituição de 1988 uma série de outras leis vem trabalhando a questão dos danos extrapatrimoniais. Pode-se citar entre elas, pela repercussão que têm nas questões sociais hoje, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11/09/1990)⁶³ e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13/07/1990)⁶⁴.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 186, explicita o reconhecimento do dano puramente moral, quando diz: “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 o artigo 953 do referido Código consagra ainda a existência do dano resultante

⁶¹ RE 62.606, Relator: Min. Thompson Flores, Segunda Turma, julgado em 17/04/1969, DJ 27-06-1969. Disponível pela pesquisa processual no site <http://www.stf.jus.br>. Consulta em 03/12/2013.

⁶² STJ, Súmula 37. DJ 17/03/1992 p. 3172. Disponível também pela pesquisa de súmulas em <http://www.stj.jus.br>. Consulta em 03/12/2013.

⁶³ O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor explicita em seu inciso VI, entre os direitos básicos do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. A ampliação do alcance do dano moral à relação entre consumidor e fornecedor é especialmente importante em nossa sociedade, em que a relação de consumo tornou-se massificada, impessoal. É uma forma de garantir a proteção do consumidor, de modo geral parte desproporcionalmente mais fraca na relação, de forma que não venha a ser violado como pessoa, sujeito a constrangimentos de todo gênero. A partir do Código de Defesa do Consumidor o risco do dano já não deve mais ser inteiramente suportado pela vítima.

⁶⁴ Em seu Capítulo II o Estatuto fala do “direito à liberdade, ao respeito e à dignidade” assegurados à criança e ao adolescente. De modo explícito em seu artigo 17 especifica que o direito ao respeito consiste na “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente”, assegurando, portanto, a estes que sua dimensão pessoal é um bem tutelado juridicamente. Os artigos 15 a 18, que compõe este capítulo, relacionam-se com a dignidade de pessoa que deve ser respeitada também na criança e no adolescente, o que permite concluir que também a estes se estende a reparação por dano moral.

de injúria, difamação ou calúnia, quando determina a sua reparação (“a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”). De qualquer forma, o Código Civil de 2002 não acrescenta nenhuma novidade ao tema, pois desde sua inserção na Constituição atual queda-se a reparabilidade ou indenizabilidade do dano extrapatrimonial definitivamente consagrada no Direito Brasileiro.

1.2. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

No Brasil, ficou consagrada pelo uso a expressão “dano moral”. Muito embora já faça parte, inclusive, do vocabulário popular, essa expressão se prestou a muitos equívocos nos tempos anteriores à plena admissibilidade da reparação do dano extrapatrimonial no Direito brasileiro.

De modo geral, quando se vê a expressão “dano moral” na doutrina e, principalmente, na jurisprudência, ela está sendo usada em sentido mais amplo. No entanto, a imprecisão terminológica pode levar a equívocos justamente na avaliação da extensão do dano, que é importantíssima para determinar a sua justa reparação e é, certamente, a mais difícil e delicada fase da resposta jurídica ao dano.

Pontes de Miranda, em seu “Tratado de Direito Privado”, prefere as expressões “dano imaterial” e “dano não patrimonial” e emprega a expressão “dano moral” (como sinônima de “dano não patrimonial”), unicamente pela consagração do uso (já em seu tempo): “a expressão ‘dano imaterial’, como a expressão ‘dano não patrimonial’, substitui a outra, que tanto se emprega, ‘dano moral’”⁶⁵. Ele, por diversas vezes, critica o uso da expressão “dano moral”:

A expressão “dano moral” tem concorrido para graves confusões; bem como a expressão alemã “*Schmerzensgeld*” (dinheiro de dar). Às vezes, os escritores e os juizes dissertadores empregam a expressão “dano moral” em sentido amplíssimo (dano à normalidade da vida de relação, dano moral estrito, que é o dano à reputação, o dano por depressão ou exaltação psíquica ou nêurica, dano que não é qualquer dos anteriores, mas também não ofende o patrimônio, como o de dor sofrida, o de destruição de qualquer bem sem qualquer valor patrimonial ou de valor patrimonial ínfimo). Aí, dano moral seria dano não patrimonial. Outras têm como dano moral o dano à normalidade da vida de relação, dano que faz banir o *moral* da pessoa, e o dano à reputação. Finalmente, há o senso estrito de dano moral: o dano à reputação.⁶⁶

A expressão “dano moral” foi admitida e assente porque não se queria mais do que afastar a patrimonialidade. Sociologicamente, é defeituosa por sua estreiteza; mas o conceito jurídico encheu-se de todos os danos não patrimoniais (morais, religiosos, artísticos, políticos, jurídicos, científicos e outros mais). Não há absurdo em se conservar a expressão, posto que melhor fosse evitar-se o senso larguíssimo, sociologicamente errado, de moral. Ofensa ao corpo e à psique não é, necessariamente, causa de dano a que corresponda um dos elementos dos processos sociais de adaptação. No entanto, são, no todo ou em parte, não patrimoniais.⁶⁷

Para o eminente doutrinador, o *dano não patrimonial é aquele que atinge o ofendido como ser humano*, mas não lhe atinge o patrimônio (e dano moral, em sentido estrito, é

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo LIII, § 5.509, p. 220.

⁶⁶ *Ibidem*, tomo XXVI, § 3.108, pp. 30-31.

⁶⁷ *Ibidem*, tomo LIV, § 5.538, p. 75.

espécie de dano não patrimonial). Enquanto o dano patrimonial é o que atinge o patrimônio, economicamente considerado, do ofendido (podendo resultar do dano não patrimonial – e, nesse caso, tendo ocorrido os dois tipos de dano). Pontes de Miranda chega ao conceito do dano não patrimonial por via positiva (porque primeiro fala na dimensão prejudicada pelo dano, que é a dimensão humana; depois exclui do conceito a dimensão patrimonial); não é meramente um conceito por exclusão⁶⁸.

Sérgio Severo, ao contrário, explicando mais detalhadamente os conceitos relativos à categoria do dano, entende que ao conceito de dano extrapatrimonial só se chega por via de exclusão:

(...) o dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. A designação utilizada, v.g., danos patrimonial e extrapatrimonial, é superior àquela tradicionalmente adotada, que divide os danos em material ou moral, uma vez que esta designação não encontra amparo científico. Os danos patrimonial e extrapatrimonial devem ser aferidos a partir dos seus efeitos e não de acordo com o fenômeno que lhes deu causa. Assim, uma ofensa moral pode corresponder a um dano patrimonial, p. ex., uma notícia injuriosa que afasta a freguesia de um restaurante corresponde a um dano patrimonial. Em face de suas peculiaridades, podem ser conceituados o dano patrimonial como aquele que atinge o patrimônio da vítima e o dano extrapatrimonial – que só comporta um conceito negativo – como aquele que não atinge interesses de natureza econômica.⁶⁹

Por outro lado, a legislação brasileira não se ocupou, em nossos dias como nos tempos de Pontes de Miranda⁷⁰, do conceito de dano não patrimonial ou extrapatrimonial. Pelo contrário, utiliza a expressão “dano moral” (como faz o art. 5º, V e X da CF, supramencionados) ou simplesmente refere-se a “dano”, sem explicitar o significado de uma ou de outra expressão (como, por exemplo, os artigos 186, 927 e 944 do CC⁷¹).

Deve-se, pois, começar distinguindo o que é dano, tomando a sua definição como ponto de partida para a compreensão do que hoje se entende por dano extrapatrimonial.

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa indica os seguintes significados para a palavra *dano*⁷²:

1. ato ou efeito de danar(-se);
2. prejuízo, ruína; estrago;

⁶⁸ No conceito por exclusão, define-se primeiro o dano patrimonial e diz-se que tudo o que não é dano patrimonial é dano não patrimonial. Ainda assim, é preciso dizer que, no entender de muitos doutrinadores, Pontes de Miranda chega ao conceito de dano extrapatrimonial por via negativa, ou seja, por exclusão.

⁶⁹ SEVERO, Sérgio Viana. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 225.

⁷⁰ “Aqui, o que nos importaria seria o conceito de dano moral, ao qual, aliás, não se referem as leis brasileiras”. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo XXVI, § 3.108, p. 31.

⁷¹ **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.

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

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

⁷² *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. p. 595.

3. perda de qualidade; deterioração;
4. (jur.) qualquer prejuízo, especialmente financeiro e patrimonial, sofrido por alguém, em que houve ação, influência ou omissão de outrem.

Deixando de lado o primeiro sentido, que está mais ligado a uma condição pessoal (perder-se, condenar-se, tornar-se maldito), e tomando as palavras “prejuízo” e “ruína”, pode-se compreender que a primeira relação do dano é com a pessoa. No senso comum, quando se fala em prejuízo, a pergunta que surge quase que imediatamente é *de quem* é o prejuízo ou *quem* foi arruinado. Normalmente, primeiro ocorre a questão patrimonial. E, se o prejuízo (ou dano) não for patrimonial, em geral a palavra vem acompanhada de um qualificativo (psicológico, moral, sentimental, corporal etc.), para que se entenda imediatamente em que dimensão pessoal ocorreu o dano. Portanto, a palavra *dano* compreende “tanto ofensas das quais resultam um dano à pessoa quanto a deterioração de bens – materiais ou imateriais – que integram o seu patrimônio”⁷³.

No entanto, não basta que um dano (em sentido comum) ocorra para que se torne indenizável, para que a sua reparação seja objeto de tutela jurídica. É preciso que ocorra lesão a um interesse juridicamente tutelado⁷⁴. Partindo de uma visão essencialmente patrimonialista, a tutela jurídica se restringia quase que exclusivamente aos interesses econômicos. A pessoa, sujeito de direitos, não era considerada em si mesma como um bem jurídico a ser protegido, mas vista como detentora de um patrimônio jurídico, sob o ponto de vista econômico, que devia, esse sim, estar sob a tutela do Direito. Lesada a pessoa, eram indenizados apenas os reflexos patrimoniais do dano, ou seja, os efeitos do dano sobre a sua renda (diminuição da renda) ou sobre a sua capacidade laboral. De fato, do ponto de vista meramente utilitarista, a pessoa vale (ou *é*) o que produz e enquanto é capaz de produzir. Portanto, há um interesse social na reparação do dano, pois é preciso que a pessoa continue produzindo. Pode-se inferir daí que o conceito de dano é tanto mais restritivo quanto o for o conceito de pessoa.

Essa concepção restrita ao patrimônio economicamente considerado já não prospera. A partir de uma visão personalista, amplia-se a esfera da tutela jurídica para a pessoa em si considerada. Não é mais somente sujeito de direitos, pois o Direito deve proteger a pessoa; não apenas seus bens, mas também tudo o que ela é, ou seja, a pessoa em todas as suas dimensões, abrangendo seu patrimônio material e imaterial.

⁷³ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **A AIDS sob a Perspectiva da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 233.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 234.

A partir, então, da necessidade de tutelar a pessoa, pode-se chegar a uma primeira classificação do dano em patrimonial e extrapatrimonial, a partir do conjunto de bens (ou interesses) da pessoa juridicamente tutelados e atingidos pela ocorrência do dano. Voltando ao conceito de Pontes de Miranda: “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”⁷⁵.

O conteúdo, então, do dano extrapatrimonial, inferido do conceito de Pontes de Miranda, é a violação ou ofensa a alguma das dimensões da pessoa enquanto tal (enquanto considerada em si mesma). Sempre, pois, que um bem ou direito inerente à própria pessoa for violado, terá ocorrido um dano não patrimonial ou extrapatrimonial (mesmo que com repercussões no patrimônio da pessoa); e quando um bem ou direito externo à pessoa for violado, terá ocorrido um dano patrimonial (ainda que haja repercussões extrapatrimoniais).

Contudo, a amplitude conceitual do dano extrapatrimonial e a sua difícil avaliação têm gerado uma reação jurisprudencial díspar, promovendo o que já se denominou pejorativamente “indústria do dano moral” e uma grande insegurança jurídica. Certamente não contribui em nada a imprecisão terminológica do ordenamento brasileiro, usando inadequadamente a expressão “dano moral”, possivelmente com a intenção de dar-lhe um sentido mais amplo, mas que promove incerteza e confusão, especialmente quando associa indevidamente o dano extrapatrimonial à dor.

Pois nem todo dano extrapatrimonial terá como consequência o sofrimento, a dor, a perturbação ou a alteração no estado de alma do lesado. O pressuposto do dano extrapatrimonial é a ofensa ou violação de qualquer dimensão inerente à pessoa, fato que poderá ou não gerar algum tipo de repercussão emocional. De modo inverso, danos patrimoniais podem ter exatamente essas repercussões, sem que ocorra a alguém que um dano extrapatrimonial possa ser daí inferido⁷⁶.

A associação do dano moral à dor, à angústia, à tristeza deriva da circunstância de que as formas mais frequentes de expressão dessa espécie de dano estão relacionadas com essas sensações ou esses sentimentos negativos. Mas o dano moral não se reduz ao sofrimento, podendo, mesmo, dele prescindir.⁷⁷

Não se pretende refutar que o dano moral comumente produza ou seja apto a produzir perturbações psíquicas ou espirituais. Tampouco se pode negar que a dor, a vergonha, a tristeza ou qualquer outra reação psicológica negativa provocada pela

⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo XXVI, § 3.108. p. 30.

⁷⁶ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva: Os “Punitive Damages” na Experiência do “Common Law” e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª Ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 36.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 37.

lesão a um bem da personalidade sejam as principais motivações para a reação contra as ofensas aos direitos da personalidade. O que se busca demonstrar, tão somente, é que tais reações íntimas ou internas não se confundem necessariamente com o dano moral, mas constituem, muitas vezes, resultado ou consequência eventual dessa espécie de dano.

O dano será a lesão, em si, a algum direito da personalidade, não será a lágrima derramada em consequência dessa lesão. Melhor seria dizer que o dano moral não se reduz à dor e a outras sensações ou sentimentos negativos. Tais reações, quando presentes, integram o dano moral, embora não sejam essenciais a ele.⁷⁸

De todo modo, a discussão sobre a terminologia mais adequada e o emprego correto das palavras é importante para determinar um ponto de partida para um tratamento mais uniforme da reparação do dano extrapatrimonial, para que não mais se configurem injustiças, excessos e distorções e nem se dê margem tão ampla a que o instituto da responsabilidade civil se torne alvo de menosprezo e lugar de arbitrariedade.

Para poder atender à necessidade de maior precisão, é preciso buscar uma classificação do dano extrapatrimonial, obtendo uma delimitação de escopo que permita ir do conceito à adequada valoração do dano extrapatrimonial.

Fernando Noronha propõe dois critérios principais de classificação de danos, o primeiro “considerando a natureza do bem que é atingido pelo dano” e o segundo “considerando a possibilidade de qualquer dano ter ou não, em si mesmo, um valor econômico (isto é, ser ou não suscetível de avaliação pecuniária)”⁷⁹. Conforme o primeiro critério, o dano seria classificado em *dano a coisas* ou *dano à pessoa* (e este último se dividiria, ainda, em *dano biológico ou corporal* e *dano anímico*, que é o dano moral em sentido estrito). Conforme o segundo critério, a classificação se dividiria em *dano patrimonial ou econômico* ou *dano extrapatrimonial* (ou dano moral em sentido amplo).

Esquemáticamente, os critérios e as classificações do dano podem ser representados do seguinte modo:

- I. Conforme a natureza do bem violado
 - a) Dano a coisas
 - b) Dano à pessoa
 - i) Dano biológico (ou corporal)
 - ii) Dano anímico (ou moral em sentido estrito)
- II. Conforme a suscetibilidade de avaliação pecuniária

⁷⁸ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva: Os “Punitive Damages” na Experiência do “Common Law” e na Perspectiva do Direito Brasileiro.** 2ª Ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. pp. 63-64.

⁷⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações, Introdução à Responsabilidade Civil.** Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 557.

- a) Dano patrimonial (ou econômico)
- b) Dano extrapatrimonial (ou moral em sentido amplo)

Observe-se que, nos dois critérios gerais e nas classificações que se lhes decorrem, está presente a *teoria do reflexo*: não se parte do ato lesivo em si, mas da esfera da pessoa (seja jurídica, econômica ou espiritual) na qual a lesão se reflete.

Considerando inicialmente a classificação do dano conforme a natureza do bem atingido, pode-se dizer que houve um *dano à pessoa* (ou *dano pessoal*) quando a pessoa é atingida em suas dimensões física, psíquica ou moral (ainda que não se caracterize uma ofensa a direito de personalidade). Pelo contrário, pode-se falar em *dano a coisas* (ou *danos materiais*⁸⁰) quando objetos – corpóreos ou incorpóreos – do mundo externo, isto é, objetos que não fazem parte da pessoa (em si considerada), são atingidos pelo dano. Conforme Noronha, esta é “a mais importante classificação dos danos”⁸¹, porque é a mais completa, capaz de mostrar todos os prejuízos capazes de gerar responsabilidade civil e, ainda, capaz de abranger também os diferentes prejuízos decorrentes de um mesmo fato⁸².

Interessante observar que a definição de Pontes de Miranda, mencionada ao início deste capítulo, encontra-se mais próxima desta classificação conforme a natureza do bem violado, apesar de divergir na terminologia, do que daquela que considera a patrimonialidade ou o valor econômico do bem. Aquilo que Pontes denomina “dano não patrimonial” é o dano que atinge o ofendido “como *ser humano*”, isto é, atinge a *pessoa* do devedor, enquanto o dano patrimonial é aquilo que lhe “atinge o patrimônio”, algo que é *externo* ao ofendido, são *coisas*, não faz parte do seu *ser*, de sua *pessoa*. Na verdade, as duas classificações, ainda que utilizando termos diversos, fazem uma contraposição entre a pessoa e as coisas, entre as dimensões da pessoa e aquilo que lhe é externo, para então classificar o dano.

Os danos à pessoa, em geral, comportam violações aos direitos de personalidade⁸³, mas não se restringem a eles. É o caso do sofrimento pela morte acidental de um familiar ou da frustração e do aborrecimento causados pelo extravio de bagagem em uma viagem, fatos que não estão vinculados aos direitos de personalidade, mas configuram dano à pessoa.

⁸⁰ Fernando Noronha adverte, porém, que “a expressão dano material é, todavia, equívoca, devido a ser frequentemente usada como sinônima de ‘dano patrimonial’, que é realidade diversa”. In: NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações, Introdução à Responsabilidade Civil**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 557.

⁸¹ *Ibidem*. p. 558.

⁸² Porque é perfeitamente possível que, de um mesmo fato, resultem danos a coisas (materiais) e pessoais.

⁸³ Os direitos de personalidade são definidos e regulados nos artigos 11 a 21 do Código Civil.

Considerando, ainda conforme Noronha⁸⁴, os danos à pessoa conforme as diferenças de tratamento jurídico concedido a cada tipo de dano, pode-se subdividi-los em outras duas categorias: *danos corporais, à saúde ou biológicos*, assim chamados porque referem-se ao corpo da pessoa; e *danos anímicos ou danos morais em sentido estrito*, assim chamados porque são relativos à alma, fazendo parte do patrimônio espiritual da pessoa.

Os *danos corporais, à saúde ou biológicos*⁸⁵ são aqueles que atingem a pessoa em sua integridade física e psíquica. Abrangem desde as lesões corporais até a morte e passam por lesões neurológicas que comprometem os sentidos, o entendimento e a capacidade volitiva da pessoa. São danos que, passando pelo corpo, podem ter repercussões psíquicas, afetando a vida e a integridade (tanto física como psíquica) e levando a um estado patológico. Por isso, são danos essencialmente objetivos e, por isso, mais facilmente passíveis de valoração pecuniária.

Quanto aos *danos anímicos ou morais em sentido estrito*, são aqueles que atingem a pessoa na sua esfera afetiva (afetos, emoções, sentimentos), na vida cultural e nas suas relações sociais. Os danos classificados como *anímicos* violam “valores ou interesses puramente espirituais ou afetivos, ocasionando perturbações na alma do ofendido”⁸⁶. São danos essencialmente subjetivos, de difícil avaliação e valoração. Nos casos em que ocorrerem os danos anímicos, torna-se ainda mais relevante o papel do julgador, que deve, “em seu prudente arbítrio, começar por apreciar da respectiva existência, intensidade e duração, para só depois passar à determinação da forma de reparação”⁸⁷.

A respeito das categoriais de *danos à pessoa*, observa ainda Fernando Noronha que vem surgindo um novo entendimento, mormente na Itália, de que há uma terceira categoria de danos, o *dano existencial*. A definição desta classe de danos vem de uma autora gaúcha filiada a esta corrente, ainda de pouca expressão no Direito brasileiro:

O dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou

⁸⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações, Introdução à Responsabilidade Civil**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 560.

⁸⁵ Entende Noronha que esta designação “dano biológico” não é a mais apropriada, embora já esteja consagrada pelo uso, ao menos em nível internacional, pois a biologia refere-se mais a outros seres vivos (que não o homem) e ao meio ambiente (embora, aqui, seja usada unicamente no sentido de danos à pessoa humana). Em seu entender, seria uma designação mais adequada aos danos causados a outros seres vivos e que tivessem repercussão sobre os seres humanos. Assim como, ao invés de “dano corporal”, poderia ser usada, como exemplifica o autor, a expressão “dano psicofísico”, para abranger, além da integridade física, também a psíquica, que pode ser atingida também nestes casos. Mas, como ele mesmo reconhece, esta designação não é utilizada, ainda que mais completa e adequada. NORONHA, *loc. cit.*

⁸⁶ NORONHA, *loc. cit.*

⁸⁷ Note-se que Noronha fala em “forma de reparação”, pois entende que não será, necessariamente, pecuniária. Em *Ibidem*, p. 561.

temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina. O dano existencial se consubstancia (...) na alteração relevante da qualidade de vida (...).⁸⁸

A autora associa a categoria de dano existencial com o *dano à vida de relação*, que já era admitido por Pontes de Miranda (“dano à normalidade da vida de relação”⁸⁹) como dano não patrimonial (ou dano moral em sentido amplíssimo) plenamente indenizável. Parece, no entanto, um pouco forçada essa associação, não tanto pelo entendimento do dano existencial como indenizável, mas porque o lapso temporal (e cultural) não permite inferir que Pontes de Miranda teria dado ao que chamou de dano à normalidade da vida de relação um espectro tão amplo quanto a autora entende ter o dano existencial. Segundo ela, constituem o dano existencial “*os sacrifícios, as renúncias, a abnegação, a clausura, o exílio, o prejuízo do cotidiano, uma interação menos rica do lesado com as outras pessoas, coisas e interesses*”⁹⁰. Mas há que se levar em conta que, há mais de meio século, aqueles sacrifícios e renúncias que eram compreendidos como parte dos sofrimentos e tribulações *normais* da vida, hoje talvez fossem considerados insuportáveis por uma geração que mal consegue conviver com uma simples dor de cabeça ou com pequenos aborrecimentos cotidianos. E muito do que possivelmente a autora entenda por “interação menos rica”, simplesmente, talvez, seria entendido por Pontes de Miranda e seus contemporâneos como circunstâncias adversas que fazem parte da vida humana contingente.

Flaviana Rampazzo Soares localiza o dano existencial na vida cotidiana, na violação às atividades que configuram a pessoa em relação com tudo aquilo que a circunda. Tudo isso, apesar de entendimento contrário da autora, parece cercado de *subjetividade* e com um certo grau de *relativismo*. Pois, segundo afirma a autora:

Sob enfoque de perda ou comprometimento de determinadas atividades cotidianas, ele [o dano existencial] assume um *caráter eminentemente objetivo*, pois trata de uma rotina incorporada à pessoa como manifestação de *sua* forma de ser e de agir, um meio que a pessoa *escolheu* como o mais adequado ao atendimento de suas necessidades.⁹¹

O que se apontou como crítica, porém, é voltado apenas ao conteúdo amplíssimo que se deu ao dano existencial (pelos doutrinadores que o entendem como uma nova categoria de

⁸⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 44.

⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo XXVI, § 3.108, p. 31.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 47. Grifo nosso.

⁹¹ *Ibidem*, p. 45. Grifo nosso.

danos à pessoa). Como diz Fernando Noronha: “é preciso considerar o dano existencial”⁹², mas compreendendo-o como um tipo de *dano anímico* (ou *moral em sentido estrito*), não como uma categoria à parte. Conforme pontua o autor, ver o dano existencial como uma nova categoria de danos pressupõe (como sustentam os que se alinham a ela) que a classificação dos danos em geral seja reproposta nas categorias de *danos patrimoniais, morais e existenciais* (sendo os danos existenciais ainda subdivididos em *danos biológicos* e *danos existenciais em sentido estrito*) e isto, em seu modo de ver, configura uma inexatidão.

Depois dessas observações a respeito da proposta do dano existencial como nova categoria geral de dano, é preciso voltar ao esquema proposto por Fernando Noronha, para ver o que diz o autor a respeito do segundo critério de classificação por ele apontado, que é o critério da suscetibilidade de avaliação econômica (ou critério da valoração em termos pecuniários). Por este critério, o dano será classificado em *patrimonial* ou *econômico* (sempre que consistir na violação de bens ou interesses diretamente suscetíveis de avaliação pecuniária) ou em *extrapatrimonial* ou *moral em sentido amplo* (sempre que consistir na violação de bens ou interesses não suscetíveis de avaliação pecuniária).

Aquilo que se denomina comumente, na legislação, na jurisprudência e mesmo na doutrina brasileiras, de “dano moral”, são estes *danos extrapatrimoniais*, que Noronha chama também de *danos morais em sentido amplo* “em atenção a essa designação tradicional”. No entanto, essa imprecisão terminológica já denunciada há décadas por Pontes de Miranda (“a expressão ‘dano moral’ tem concorrido para graves confusões”, em citação ao início deste capítulo), também é criticada por Fernando Noronha, que cita autores “reputados como clássicos nesta matéria”⁹³ e que não fazem distinção entre danos extrapatrimoniais e danos morais. Dano moral em sentido estrito, ele diz, é o dano denominado *anímico*, segundo a classificação (anteriormente descrita) conforme o critério da natureza do bem atingido (dano à pessoa, dano a coisas). Para Noronha, somente a “designação ‘extrapatrimonial’ deixa claro que *unicamente terá esta natureza o dano sem reflexos no patrimônio do lesado*, e isso independentemente de se saber qual foi a origem desse dano: às vezes até pode ser resultado de atentado contra coisas”⁹⁴. A natureza moral, no sentido de regras de conduta (fazer o bem e evitar o mal), o conteúdo ético, nem sempre está presente no dano extrapatrimonial. E lembra Pontes de Miranda, no conceito já tantas vezes citado, que o dano moral em sentido estrito é o *dano à reputação*, embora também possa ser entendido como *dano à normalidade da vida de*

⁹² NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações, Introdução à Responsabilidade Civil**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 564.

⁹³ *Ibidem*. p. 567.

⁹⁴ NORONHA, *loc. cit.*

relação (entendimento que também é de Noronha, quando identifica o dano existencial como um tipo de *dano anímico*).

Depois de falar dos critérios e das classificações do dano, Fernando Noronha afirma que é ainda necessário fazer um cruzamento entre as classificações, para se chegar a saber “quais são as situações da vida real que é necessário considerar em matéria de reparação de danos”⁹⁵. Partindo da classificação conforme a natureza do bem atingido, chegamos a: danos pessoais de natureza extrapatrimonial, danos pessoais de natureza patrimonial e danos a coisas (que terão sempre natureza patrimonial⁹⁶).

Um exemplo de dano pessoal de natureza extrapatrimonial é o sofrimento resultante de calúnia (cf. art. 953 [do CC]); exemplo de dano pessoal de natureza patrimonial é a diminuição de clientela, resultante da mesma calúnia. Um exemplo de dano de natureza patrimonial a coisas é o preço ordinário da coisa usurpada, a que se refere o art. 952, parágrafo único [do CC]. A coisa usurpada serve também para esclarecimento das hipóteses em que lesões a coisas podem acarretar também danos extrapatrimoniais: se o preço ordinário dessa coisa é dano patrimonial, já terá natureza extrapatrimonial o chamado “preço de afeição”, também referido no mesmo art. 952, parágrafo único.⁹⁷

Considerando que os danos à pessoa em geral afetam valores (bens ou interesses) extrapatrimoniais, mas podem, muitas vezes, traduzir-se em prejuízos de ordem patrimonial e que os danos a coisas na maioria das vezes terão reflexos exclusivamente patrimoniais, ainda que raramente tenham repercussões extrapatrimoniais, pode-se chegar, com Fernando Noronha, a uma classificação final, que poderá determinar um tratamento jurídico mais adequado em cada caso de dano:

- I. *danos pessoais puros*:
 - a) danos corporais com reflexos extrapatrimoniais;
 - b) danos anímicos com reflexos extrapatrimoniais;
- II. *danos pessoais impuros*:
 - a) danos corporais com reflexos patrimoniais;
 - b) danos anímicos com reflexos patrimoniais;
- III. *danos a coisas*.

Os danos pessoais impuros e os danos a coisas terão o mesmo regime jurídico de tratamento, pois seus reflexos são puramente patrimoniais. Os danos pessoais puros, que são o interesse específico deste estudo, subdividem-se em *dano corporal puro* (que não admite, em

⁹⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações, Introdução à Responsabilidade Civil**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 570.

⁹⁶ Quando os danos a coisas tiverem como resultado danos extrapatrimoniais, estes “podem e devem ser reconduzidos a danos pessoais”. É o caso de coisas e de animais que, mesmo tendo valor de avaliação ínfimo, possuem o chamado “preço de afeição”, ou seja, um valor de estima para seu proprietário, para quem a destruição desses animais e coisas pode representar um verdadeiro dano extrapatrimonial. *Ibidem*, p. 571.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 570-571.

linha de princípio, tratamento desigual aos atingidos, uma vez que, biologicamente, todas as pessoas são iguais) e *dano anímico puro* (ou *dano moral puro* – para cuja reparação deve ser considerado o grau de perturbação em cada lesado).

Contudo, na resposta jurídica ao dano, não basta ver o conceito de dano e suas possíveis classificações. É preciso ter em mente o princípio que norteia essa resposta, o princípio da *restitutio in integrum* (ou restituição integral), que será o assunto do próximo capítulo.

2. O PRINCÍPIO DA *RESTITUTIO IN INTEGRUM*

Conforme Sérgio Severo, o princípio mais importante da responsabilidade civil é aquele que faz equivaler a reparação ao dano causado. É o princípio da restituição integral, ou *restitutio in integrum*.

Segundo este princípio, a reparação deve ser igual ao prejuízo causado, para que se torne possível restabelecer o equilíbrio alterado pelo dano. Portanto, é preciso restabelecer integralmente o patrimônio jurídico do lesado (ou vítima do dano) por meio de uma *reparação integral*.

Se a função principal da responsabilidade civil é a reparação, conforme já amplamente discutido anteriormente neste trabalho, o princípio da restituição integral procura estabelecer o critério maior de determinação da reparação, em sua forma e quantificação, objetivando a um equilíbrio entre o dano e a reparação, para assegurar o retorno ao *status quo ante*.

Pode-se ver este princípio consagrado nos artigos 944⁹⁸ e 402⁹⁹ do Código Civil (que determinam, respectivamente: a base de cálculo para a indenização, que é a medida do dano; e o conteúdo da obrigação de indenizar – o que se perdeu e o que razoavelmente se deixou de lucrar – em caso de descumprimento ou lesão contratual).

O princípio da *restitutio in integrum* vincula-se à existência do dano, agindo no âmbito da reparação. Por isso, não faz depender a indenização da existência ou da gravidade da culpa do lesante ou ofensor, mas estende-a até a extensão do dano, de modo que a reparação seja a mais completa possível.

Sérgio Severo¹⁰⁰ salienta que é o princípio da restituição integral que “propicia a eficácia da compensação” e lista como aspectos essenciais deste princípio: “a sua adaptabilidade e acompanhamento da realidade social; o ajustamento da reparação ao caso concreto; e o estabelecimento de um critério objetivo de aferição”. É, pois, um princípio fundamental da responsabilidade civil.

Conforme Marco Sommer Santos¹⁰¹,

o princípio da reparação integral nasceu com a responsabilidade civil. O art. 22 do Código Criminal de 1830 dispunha que: “a satisfação será sempre a mais completa que for possível, sendo no caso de dúvida a favor do ofendido. Para este fim, o mal

⁹⁸ **Art. 944.** A indenização mede-se pela extensão do dano.

⁹⁹ **Art. 402.** Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

¹⁰⁰ SEVERO, Sérgio Viana. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 200.

¹⁰¹ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do Trabalho Entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil: Elementos para uma Teoria do Bem-Estar e da Justiça Social**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 99.

que resulta à pessoa e bens do ofendido será avaliado em todas as suas partes e consequências”.

Segundo Paulo de Tarso Sanseverino¹⁰², o conteúdo do princípio da *restitutio in integrum* é o dano e a sua repercussão, pois a avaliação dos prejuízos e a quantificação da indenização só serão possíveis tendo em conta o dano causado e suas consequências para o lesado. É um princípio que se funda na *justiça corretiva*: busca restabelecer o equilíbrio nas relações entre as pessoas perseguindo uma igualdade absoluta, que se traduz pela equivalência entre o dano e a sua indenização, a que se quer chegar em cada caso. E o autor ainda destaca as três funções do princípio da reparação integral para a responsabilidade civil:

- função compensatória (“reparação da totalidade do dano”);
- função indenitória (“vedação de enriquecimento ilícito do lesado”);
- função concretizadora (“avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos”).

A partir da função compensatória, entende-se que a meta é o ressarcimento ou compensação do dano sofrido, do modo mais integral possível, buscando que a indenização guarde, no máximo grau, uma equivalência com os prejuízos suportados pelo ofendido ou lesado. A função compensatória define o valor mínimo da indenização, identificando esse valor com a extensão dos danos e suas repercussões. Portanto, por meio da função compensatória, pode-se chegar ao valor mínimo a ser determinado como *quantum indenizatório*.

A função indenitória, por sua vez, olha para o dano e para suas repercussões e quantifica-os como limite máximo¹⁰³ da indenização, que deve ser integral, mas não deve ultrapassar a extensão do dano, a fim de evitar enriquecimento sem causa de sua vítima. A indenização não tem por finalidade conceder vantagens ou enriquecer o ofendido, mas possibilitar-lhe o retorno ao seu estado anterior à ocorrência do dano (*status quo ante*) ou, quando isso não for possível, pelo menos compensar-lhe as repercussões do dano ocorrido, por via satisfativa; é, pois, o instrumento da justiça corretiva, restabelecendo ou corrigindo o equilíbrio das relações entre o ofensor e o ofendido. Se a indenização levasse ao

¹⁰² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48-77.

¹⁰³ Neste ponto, o autor menciona a **compensação das vantagens** (*compensatio lucri cum damno*) como uma “primeira limitação ensejada pela função de teto indenizatório do princípio da reparação integral”: é a “determinação de que eventuais lucros ou benefícios obtidos pela vítima em decorrência do evento danoso devem ser compensados com a indenização dele decorrente”. Em poucas palavras: se o dano gerou não apenas prejuízos à vítima, mas também vantagens, o *quantum* indenizatório deve ser reduzido proporcionalmente às vantagens auferidas com o evento danoso.

enriquecimento (sem causa) do ofendido, não faria mais do que inverter a desigualdade, ao invés de restabelecê-la.

Por fim, a função concretizadora orienta a valoração da indenização em cada caso, exigindo com que ela corresponda “aos prejuízos reais e efetivos sofridos pela vítima”. É esta função que determina ao juiz um olhar mais cuidadoso para com as particularidades de cada caso, sem esquecer da efetiva aplicação das normas e levando em consideração a jurisprudência.

Se a responsabilidade civil tem como meta principal a reparação integral do dano sofrido, o que primeiramente se deve fazer é a verificação da possibilidade do retorno ao estado anterior, através da reparação *in natura*. Esta forma de reparação é a única que efetivamente pode recompor o patrimônio jurídico do lesado ao seu *status quo ante*, não desfazendo os fatos passados que causaram o dano (pois isso é impossível), mas substituindo o bem perdido por outro equivalente. A reparação *in natura*, pois, deve ser o objetivo primário da reparação do dano. Assim, sempre que ela for possível, deve ser adotada na condenação ao lesante, para promover o retorno do lesado ao seu estado anterior.

O princípio da primazia da reparação *in natura* já era ensinado por Pontes de Miranda, que assim argumenta:

O dever de reparar não parte da entrega de quantidade de dinheiro, que cubra os prejuízos. Tem-se de recriar estado de coisas que no momento (já) não existe, mas, primariamente, pela restituição, ou pela prestação *in natura*, que opere a substituição do inexistente pelo que existe. Se foi quebrada a estátua de A que B esculpira, a reparação somente pode ser com outra estátua de A, se B fizera duas iguais. (...) A satisfação há de ser completa, integral, se possível; não basta, em princípio, a reparação econômica. O remendo da roupa é insuficiente, bem como a cura do ferimento, que deixou cicatriz, ou impede o uso da mão ou do dedo. De qualquer modo, a *ratio legis* consiste em se assegurar ao lesado a situação econômica e social (principalmente moral) que teria o lesado de o fato ilícito absoluto não tivesse acontecido. Se a reparação natural é praticável, a ela é que se há de condenar o lesante.¹⁰⁴

No entanto, a concepção primeira da restituição integral, acompanhando uma visão patrimonialista da pessoa e, conseqüentemente, da responsabilidade civil, era voltada à questão material. Uma vez restituída a coisa ou pago seu valor pecuniário (possibilitando que fosse adquirido outro bem em substituição ao perdido ou danificado), entendia-se que o dano estava apagado e que a situação do ofendido havia sido restaurada em seu estado anterior.

De fato, em se tratando exclusivamente de bens materiais, de patrimônio no sentido econômico da palavra, quase sempre é possível promover a reparação do dano segundo o princípio da restituição integral, da forma mencionada. Mas não se pode fazer o mesmo, no

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo LIII, § 5.510, p. 251.

mais das vezes¹⁰⁵, quando em face de danos extrapatrimoniais. Quanto a estes, nota-se que a *restitutio in integrum* não consegue ser parâmetro para o estabelecimento e a utilização de um critério objetivo para a determinação do *quantum* indenizatório; nem mesmo consegue acompanhar a realidade social ou ajustar a reparação ao caso concreto quando o dano não é patrimonial. Se o bem jurídico lesado não é mensurável economicamente, como determinar o seu valor monetário? Ou, por outras palavras, como traduzir tal dano em uma indenização quantificável? Como medir a extensão do dano de forma a determinar o valor exato da indenização? A aplicabilidade deste princípio, da forma como era tradicionalmente compreendido, é possível quase que exclusivamente quando em face de danos patrimoniais.

No entanto, se já consagrada constitucionalmente a reparabilidade do dano extrapatrimonial, como conciliá-la com o princípio da *restitutio in integrum*? Quando inexistia ainda o preceito constitucional, já se posicionava Pontes de Miranda pela necessidade jurídica de reparar o dano extrapatrimonial, mesmo se a reparação *in natura* fosse impossível ou não havendo reflexos patrimoniais. Dizia ele:

O dano moral por vezes é irreparável *in natura*. O elemento tempo pode ser inafastável; mas há casos em que nem o tempo pode influir. Se não se pode restaurar o estado em que se estava, ou se foi eliminada a pessoa, a irreparabilidade *in natura* é definitiva (...). Muito se tentou afastar o princípio da reparação do dano moral com o argumento de que, não se podendo encontrar a compensação entre o dano moral e a soma pecuniária, haveria de se deixar ao juiz, arbítrio na determinação do *quantum*. Porém, não seria mais arbitrário recusar-se qualquer reparação? (...) O dano moral não há de ser ressarcido somente no que importa dano patrimonial, nem, tampouco, na medida em que esse se produz.¹⁰⁶

Portanto, se ocorre o dano, é preciso repará-lo. Ainda que não fosse preceito constitucional, pois é para isso que se coloca a responsabilidade civil, para que o Direito possa responder ao dano. Mas como fazê-lo, levando em consideração a impossibilidade de atender ao princípio da restituição integral?

Para responder a essa pergunta, nos casos de danos extrapatrimoniais, é preciso buscar o caráter compensatório ou satisfativo da reparação¹⁰⁷. Voltando à lição de Pontes de Miranda:

Tem de vir em primeiro lugar a reparação *in natura*. (...) Se não há outro meio de ressarcimento que o da avaliação em pecúnia, dele se tem de lançar mão. Ou o dano pode ser avaliado, para que se pague em dinheiro o valor que se perdeu; ou tal avaliação é apenas para que a pessoa, que sofreu o dano, possa ter, com o dinheiro, o que se pode considerar satisfatório. No fundo, passa-se da dimensão social em que

¹⁰⁵ Segundo Pontes de Miranda, “alguns danos imateriais são restituíveis *in natura*”. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo XXVI, § 3.107, p. 27.

¹⁰⁶ *Ibidem*, tomo LIV, § 5.539, pp. 81-82.

¹⁰⁷ Ver, sobre a função reparatória ou compensatória da responsabilidade civil, o item 3.1, adiante.

se deu o dano (= do processo social de adaptação em que estava o interesse) para a dimensão econômica.¹⁰⁸

Dito de outro modo, sendo impossível uma reparação *in natura* que restitua o lesado ao estado anterior à lesão, a resposta jurídica ao dano será a oferta ao lesado de uma compensação pecuniária, que lhe permita, pelo menos, amenizar as consequências do dano sofrido, quando não for possível eliminá-las de todo.

Se o caráter compensatório da indenização pelos danos extrapatrimoniais não faz restar ao princípio da restituição integral um papel secundário, ao menos o modifica. Será este princípio, pois, um objetivo sempre por alcançar, um ideal sempre presente na busca de uma “solução justa da obrigação de indenizar”¹⁰⁹, “a diretiva fundamental para a avaliação dos prejuízos e a quantificação da indenização”¹¹⁰.

Não se trata, pois, para os danos extrapatrimoniais, de um princípio que possa ser simplesmente transposto e utilizado da mesma forma em sua aplicação, pela própria característica desses danos – não permitem o retorno ao *status quo ante*, não são passíveis de reparação monetária (a reparação adquire um caráter primário de compensação) e não ensejam reparação integral, visto que o dano extrapatrimonial jamais poderá ser (ao menos, completamente) apagado. Como diz Sanseverino:

Em relação aos danos extrapatrimoniais, embora efetivamente não seja possível a sua utilização pura e simples para quantificação da correspondente indenização pela dificuldade de se transformar em pecúnia uma ofensa sem cunho econômico, o princípio [da reparação integral] pode servir de parâmetro para orientar a atividade judicial de arbitramento equitativo do montante indenizatório (...)¹¹¹.

Convém, portanto, como princípio de justiça, que o princípio da *restitutio in integrum* seja mantido no horizonte da reparação dos danos extrapatrimoniais. Quando se fala em danos à pessoa, a busca pela reparação integral determina que sejam reparados todos os danos sofridos, quer patrimoniais, quer extrapatrimoniais. A tipificação destes últimos revela, do mesmo modo, a tentativa de reduzir as grandes dificuldades encontradas no caminho de sua reparação¹¹².

O caminho não é relegar o princípio da restituição integral a um papel secundário no campo dos danos à pessoa ou utilizá-lo somente nos casos em que haja, ao menos, um reflexo patrimonial dos danos sofridos. Pelo contrário, a ideia da *satisfação* do lesado – no sentido de

¹⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo LIV, § 5.538, pp. 76-77. Grifo nosso.

¹⁰⁹ SEVERO, Sérgio Viana. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 202.

¹¹⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 79.

¹¹² SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do Trabalho Entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil**: Elementos para uma Teoria do Bem-Estar e da Justiça Social. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 99.

restaurar-lhe o ânimo, o equilíbrio e a dignidade pessoal – tem seu ponto de apoio e motivação no princípio da *restitutio in integrum*.

A inviabilidade da reparação *in natura* não representa, em si, um obstáculo ao princípio da restituição integral, como já se imaginou. Pelo contrário, na linha da aplicação do princípio, é justamente na indenização pecuniária que ele se apresenta “em sua dimensão mais ampla, evidenciando toda a sua utilidade prática”¹¹³, pois será a baliza para a avaliação dos prejuízos sofridos pelo lesado, de modo que o *quantum* indenizatório possa alcançar efetivamente a extensão do dano e compense integralmente a vítima.

Em que pesem as dificuldades de valoração do dano extrapatrimonial, a sua liquidação deve ter sempre em conta este princípio, com a finalidade de promover uma satisfação integral (conforme as exigências da justiça corretiva ou comutativa), por meio da adoção de critérios objetivos sobre a extensão do dano (que devem ter a primazia), combinados com a utilização de critérios equitativos que considerem o grau de culpa e a situação econômica das partes envolvidas.

Mas, quanto ao uso de critérios equitativos, vale lembrar o alerta de Marco Sommer Santos: “na valoração do dano pessoal extrapatrimonial, recorrendo-se aos critérios de equidade, deve-se apenas tomar o cuidado para não desvirtuar a *função essencialmente compensatória* da responsabilidade civil”¹¹⁴.

O papel do juiz, pois, torna-se mais delicado e adquire ainda maior importância, na aplicação efetiva do princípio da restituição integral aos casos de danos extrapatrimoniais e à sua liquidação.

¹¹³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

¹¹⁴ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do Trabalho Entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil**: Elementos para uma Teoria do Bem-Estar e da Justiça Social. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 101. Grifo nosso.

3. AS FUNÇÕES DA REPARAÇÃO DO DANO

3.1. FUNÇÃO REPARATÓRIA OU COMPENSATÓRIA

Conforme Fernando Noronha, “na responsabilidade civil não existe obrigação em sentido estrito, verdadeira e própria, antes da violação do dever genérico” de não causar dano, dever este que se dirige a todas as pessoas. Uma vez, porém, que este dever genérico seja violado e ocorram danos em consequência dessa violação, surge a obrigação de reparar os danos.

É a *função reparatória* da responsabilidade civil, também chamada de *ressarcitória* ou, ainda, de *indenizatória*. A reparação dos danos é o meio pelo qual a finalidade essencial (mas não exclusiva) da responsabilidade civil se realiza: a tutela do interesse da *expectativa da preservação da situação atual* (ou expectativa de manutenção do *status quo*).

Há, pois, uma expectativa genérica, sempre presente em todas as pessoas, de não sofrer nenhum dano que modifique a sua situação atual, violando seu patrimônio, quer material, quer imaterial. E há, do mesmo modo, um dever genérico, que também corresponde a todas as pessoas, de não causar qualquer tipo de dano a outrem, violando seus bens jurídicos (patrimoniais ou extrapatrimoniais).

O fundamento da responsabilidade civil, portanto, é a obrigação de *reparar o dano*, obrigação que está consubstanciada no art. 927 do Código Civil, nos seguintes termos:

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

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

A reparação, essencialmente, corresponde à extensão do dano infligido¹¹⁵, pois o seu objetivo é o retorno do ofendido ao *status quo ante*.

Nos casos de danos patrimoniais, quando é possível mensurar a extensão do dano e quantificá-la com facilidade, a reparação pode ser feita por meio de indenização pecuniária ou através de obrigações de dar ou de fazer. De todo modo, o prejuízo econômico resta apagado. Também o dano puramente corporal pode ser integralmente reparado, uma vez que pode ser medido. Não entram, portanto, no cálculo da extensão do dano patrimonial, elementos de

¹¹⁵ Conforme **art. 944** do Código Civil: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

caráter subjetivo – censurabilidade da conduta do responsável e a condição socioeconômica do lesante e do lesado¹¹⁶.

Não se pode, porém, dizer o mesmo a respeito dos danos extrapatrimoniais, nos quais os bens violados são de caráter imaterial (por exemplo, ofensas a direitos de personalidade – imagem, nome, pensamento, honra, liberdade). Em virtude da dificuldade de medir a extensão desse tipo de dano (pois até mesmo o seu impacto é subjetivo e poderá ser maior ou menor conforme a pessoa do lesado), a reparação adquirirá o sentido de compensação pelo dano sofrido ou de satisfação (minoração do sofrimento infligido). Nestes casos, afigura-se muito difícil ou mesmo impossível uma reparação (no sentido de um retorno à situação anterior), fazendo-se necessário *compensar*, isto é, restabelecer o equilíbrio, contrabalançando o mal que foi causado e já não pode ser apagado. Por isso mesmo, a função reparatória também é chamada, no mesmo sentido e especialmente quando aplicada a danos extrapatrimoniais, de função *compensatória*.

Nehemias Domingos de Melo defende que a recomposição do bem jurídico ao *status quo ante* é uma hipótese que não deve ser descartada, mesmo quando se trata de danos extrapatrimoniais, “pois existe a possibilidade de subordinar a indenização a dois critérios básicos: a reparação *in natura* e a reparação pecuniária por equivalência”¹¹⁷.

Ressalta este autor que a recomposição do bem jurídico ao seu estado anterior – ou seja, a restauração do bem depreciado pela ocorrência do dano à mesma situação que ostentava ou a sua substituição por outro bem de igual espécie e qualidade – é o ideal buscado pela reparação e está sempre presente quando se trata de bens materiais. No entanto, em se tratando de dano extrapatrimonial, ainda que seja o ideal e a forma mais adequada, a reparação *in natura* mostra-se pouco viável. Por isso, a recomposição do bem jurídico não patrimonial repousa sobre a ideia do pagamento de uma indenização que busca proporcionar uma *satisfação* à vítima. E, além da reparação pecuniária, são admitidas outras variadas formas de reparação, “conforme a natureza da demanda e a repercussão dos fatos”¹¹⁸.

Prevalece, então, a “tese da reparabilidade pela via da compensação”¹¹⁹, quando se trata de dano extrapatrimonial. Pois na questão patrimonial busca-se a equivalência, tanto mais exata quanto maior for a possibilidade de recomposição do bem jurídico. Mas a equivalência não é própria da resposta ao dano extrapatrimonial, sempre imperfeita, pois não

¹¹⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 438.

¹¹⁷ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral – Problemática: do Cabimento à Fixação do Quantum*. 2ª ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011. p. 104.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 105.

¹¹⁹ CIANCI, Mirna. *O Valor da Reparação Moral: Interpretação da Valoração e dos Critérios de Fixação na Jurisprudência Civil e Trabalhista*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25.

é capaz de apagar o prejuízo, que sempre deixa a sua marca no lesado, maior ou menor em relação às suas condições subjetivas e à irradiação das consequências do dano sofrido no tempo. Por isso, uma vez que não se pode deixar o dano sem uma resposta jurídica, a reparação do dano extrapatrimonial se dá pela compensação ou satisfação.

Nesse sentido, autores como Mirna Cianci entendem que o termo *indenização* não é o mais adequado para designar a reparação do dano extrapatrimonial, já que carrega em si a ideia de equivalência, vinculada aos danos patrimoniais. E trabalham com os termos *compensação* ou *satisfação* quando querem indicar a reparação de danos extrapatrimoniais.

Mirna Cianci, depois de examinar o conceito do dano extrapatrimonial em vários doutrinadores¹²⁰, define:

Resume-se, portanto, o tema [do conceito de dano moral] à contraposição entre os conceitos de patrimonialidade e de não patrimonialidade, aquele dentro da classificação da riqueza material, avaliável em dinheiro ou equivalente, e este atinente a bens imateriais, cujo correspondente em dinheiro somente teria a função compensatória. *A partir desse contraconceito, pode ser definido o caráter da reparação do dano moral como restauração compensatória (...).*¹²¹

Trabalhando sobre a função *compensatória* ou *satisfatória* da responsabilidade civil, Daniela Lutzky salienta que é necessário “buscar satisfazer o mais plenamente possível o lesado”¹²². Na mesma linha dos demais autores já mencionados, Daniela vai contrapor a função da responsabilidade civil em sentido amplo com a natureza diversa da reparação, conforme o tipo de dano (patrimonial ou extrapatrimonial). Diz a autora:

O que não se pode negar é que a indenização, quando diante de um dano imaterial, desempenha função diversa daquela exercida para um dano material, pois danos patrimoniais podem ser reparados *in natura*, já os imateriais, não; em outras palavras, a finalidade da reparação de um dano imaterial não é alcançar uma equivalência de índole patrimonial, mas proporcionar ao lesado algum tipo de satisfação ou de compensação, ainda que imperfeita.¹²³

Ampliando a linha de discussão, a autora questiona a possibilidade de um caráter efetivamente *compensatório* para a indenização por danos extrapatrimoniais¹²⁴. Indica que outros doutrinadores defendem a existência do caráter compensatório *apenas quando o dano for suscetível de avaliação pecuniária* – restringindo, portanto, a função compensatória à indenização por danos patrimoniais; a função de *satisfação* somente existiria para os casos de danos não patrimoniais, ou seja, danos que não podem ser avaliados monetariamente.

¹²⁰ A autora menciona explicitamente Caio Mário da Silva Pereira, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva, Cláudio Antonio Soares Levada e Carlos Roberto Gonçalves. In: CIANCI, Mirna. **O Valor da Reparação Moral: Interpretação da Valoração e dos Critérios de Fixação na Jurisprudência Civil e Trabalhista**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

¹²¹ CIANCI, *loc. cit.* Grifo nosso.

¹²² LUTZKY, Daniela Courtes. **A Reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 156.

¹²³ *Ibidem*, p. 157.

¹²⁴ Aqui a autora utiliza a expressão “danos imateriais”. LUTZKY, *loc. cit.*

A questão terminológica, neste caso, é bastante importante. De modo geral, os autores não diferenciam satisfação e compensação. A doutrina em geral identificará a *função compensatória* ou *função satisfatória* da responsabilidade civil com a indenização do lesado nos casos de dano extrapatrimonial (utilizando, portanto, satisfação e compensação como termos equivalentes) e atribuirá a função de *reparação* à indenização por danos patrimoniais, em razão da possibilidade de recomposição do patrimônio do lesado, nestes casos, ao *status quo ante*, conforme já mencionado anteriormente neste trabalho. O que se vê, então, de modo geral, é a diferenciação entre reparação e compensação, mas não entre compensação e satisfação¹²⁵.

Mesmo sem questionar diretamente o modo diferencial de utilização dos termos, a autora contra-argumenta a partir da finalidade primária da indenização pecuniária paga às vítimas de dano extrapatrimonial:

Cabe argumentar, todavia, que a soma em dinheiro não serve para apagar o dano imaterial, mas para conceder à vítima algum tipo de alívio para o sofrimento, sendo o dinheiro um lenitivo para que o lesado encontre satisfações substitutivas, na medida do possível. Christino Almeida do Valle pontua que “a alegria, o prazer e o entretenimento, que somente o dinheiro é capaz de permitir, ajudam a proporcionar euforia às pessoas. Isso enseja o afastamento, o mais possível, dos sofrimentos físicos e morais. Por isso, os danos morais, ainda que ditos irreparáveis, não podem deixar de ter sua reparação”. Como complemento, esclarece: “ainda que a

¹²⁵ O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa define assim:

- **compensação:** 1 ato ou efeito de compensar 2 qualidade ou estado de igual; equilíbrio (...) 5 JUR anulação recíproca de débitos, mediante prestações mútuas de valores equivalentes (...)
- **compensar:** 1 equilibrar, contrabalançar 2 corrigir ou anular (um mal, um dano, um incômodo) [com uma ação oposta] 3 acarretar lucro, benefício ou vantagem; valer a pena (...)
- **reparação:** ato ou efeito de reparar 1 ação de restaurar ou consertar algo; reparo 2 satisfação dada a alguém por uma falta, ofensa; retratação 3 ação de indenizar; ressarcimento 4 JUR indenização exigível a que alguém é obrigado, por violação do direito de outrem / **r. civil** JUR pagamento de determinada quantia em razão de dano resultante de ato ilícito (...) / **r. do dano** JUR pagamento de indenização por dano causado / ETIM lat. ‘renovação, restabelecimento’ (...)
- **reparar:** 1 pôr em bom estado (o que se havia estragado); restaurar, consertar 2 efetuar recuperação em; recobrar, restabelecer 3 retratar-se de, dar satisfação por 4 efetuar melhora ou aperfeiçoamento em; aprimorar 5 fazer correção em; remediar 6 compensar a (alguém ou a si mesmo) por dano, prejuízo ou transtorno causado; indenizar(-se), recuperar(-se), ressarcir(-se) (...)
- **satisfação:** 1 ato ou efeito de satisfazer(-se); contentamento, prazer advindo da realização do que se espera, do que se deseja 2 TEOL reparação do mal causado a alguém ou da injúria feita ao próximo, ou a Deus pelo pecado 3 pagamento do que se deve; compensação, indenização, recompensa (...)
- **satisfazer:** 1 procurar a satisfação, a saciedade, a posse 2 dar execução a; cumprir, realizar, corresponder 3 bastar; ser suficiente ou conveniente; atender, contentar(-se) 4 cumprir plenamente, satisfatoriamente, completar, preencher 5 solver (as obrigações); pagar [o que se deve]; reparar(-se), indenizar(-se) (...)

In: **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. pp. 504, 1645 e 1715.

Os termos são visivelmente equivalentes e poderiam ser utilizados como sinônimos sem qualquer prejuízo linguístico. Nota-se, ao mesmo tempo, que há maior proximidade entre *satisfazer* e *compensar* do que entre estes termos e *reparar*. E os significados listados reiteram a posição doutrinária dominante, que preferiu utilizar-se do termo *reparação* para referir-se à função da indenização, de modo geral (e por danos patrimoniais, em particular) e dos termos *compensação* ou *satisfação* para referir-se à função da indenização por danos extrapatrimoniais, diferenciando o objeto final da indenização conforme o dano causado e a possibilidade de restauração do bem jurídico lesado ao *status quo ante*.

compensação não seja absoluta, pode haver uma parcela mínima dela suficiente para a amenização. O que *não deixa de constituir compensação*".¹²⁶

Com esta afirmação, Daniela Lutzky aproxima-se da ideia de compensação e satisfação como termos equivalentes e referentes à forma de reparação do dano extrapatrimonial, que dificilmente comportará a restituição do patrimônio (imaterial) do lesado ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano.

Em síntese, ainda que haja divergência quanto à terminologia, a função reparatória ou compensatória da responsabilidade civil é consenso entre os autores. Mais ainda, não há discordância quanto à necessidade e à obrigatoriedade de reparar o dano extrapatrimonial, apesar das grandes dificuldades teóricas e práticas que essa a valoração dessa reparação oferece.

O debate que se apresenta, como logo se verá, é sobre a *essencialidade* dessa função de reparação. Uma vez que as relações sociais se tornam sempre mais complexas e a responsabilidade civil tem adquirido maior relevo na solução de conflitos, a doutrina também tem se questionado sobre o quanto a reparação do dano pode se revestir de outras funções, até aqui consideradas subsidiárias em relação à função compensatória, muito especialmente quando se trata de dano pessoal extrapatrimonial.

¹²⁶ LUTZKY, Daniela Courtes. **A Reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 158.

3.2. FUNÇÕES PUNITIVA E PREVENTIVA

Em se tratando de dano pessoal extrapatrimonial, outras funções emergem da necessidade de dar uma resposta jurídica ao dano causado. Com muitos pontos de contato entre si, destacam-se entre os diversos autores as funções *punitiva* (ou *sancionatória*) e *preventiva* (ou *dissuasória*) da responsabilidade civil. O debate recente na doutrina é a respeito do relevo que essas funções têm (ou devem adquirir) no contexto social atual.

Nehemias Domingos de Melo, no intuito de mostrar o panorama em que se insere esse debate, explica que

alguns doutrinadores defendem que a natureza da indenização por dano moral deva ser única e exclusivamente *compensatória*, tendo como único objetivo o de atenuar, ainda que em parte, a dor sofrida pela vítima, não sendo cabível cogitar-se de função punitiva *sob qualquer dos enfoques*, seja do desestímulo, pedagógico ou da exemplaridade¹²⁷.

O autor menciona¹²⁸, entre esses doutrinadores:

- João de Lima Teixeira Filho, para quem a indenização por dano moral é de caráter unicamente satisfatório, descabendo estipular indenizações como forma de “*punição exemplar*”, com o objetivo de inibir possíveis reincidências ou de advertir sobre as desvantagens patrimoniais que recaem sobre aqueles que cometem práticas potencialmente lesantes;
- Humberto Theodoro Júnior, que entende inconstitucional a insistência em um caráter punitivo nas indenizações por danos extrapatrimoniais, justamente porque *deve* haver previsão legal para a imposição de uma *pena*, conforme o princípio da legalidade, e não existe lei instituindo qualquer pena civil ou criminal para o dano moral; para ele, não podem ser confundidas a responsabilidade civil (de ordem privada) com a responsabilidade penal (de ordem pública);
- Clayton Reis, para quem não existe compatibilidade entre a função compensatória e uma possível função punitiva da responsabilidade civil; além disso, segundo ele, os princípios punitivo e preventivo não encontram previsão no ordenamento pátrio, apesar da reconhecida tendência doutrinal e jurisprudencial de acolhê-los.

Há, pois, significativa controvérsia a respeito da função da indenização, mormente quando se fala em indenização por danos extrapatrimoniais. Se há convergência na doutrina a respeito da função reparatória ou compensatória, não se pode dizer o mesmo da função

¹²⁷ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral – Problemática: do Cabimento à Fixação do Quantum*. 2ª ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011. p. 107. Grifo nosso.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 107 e 108.

punitiva (ou sancionatória) e da função preventiva (ou dissuasória). Autores há que acolhem apenas a função de reparação, enquanto outros a identificam como a função principal e essencial da responsabilidade civil e admitem a existência de uma das demais ou de ambas, em caráter subsidiário. Outros, ainda, entendem que a função punitiva é tão (ou mais) essencial quanto a função reparatória.

Nehemias Domingos de Melo, identificando as três funções presentes na indenização por danos extrapatrimoniais, resume deste modo a sua posição a esse respeito:

Tratando-se de dano moral e na impossibilidade de restituir o lesado à situação anterior, somos defensores da doutrina da exemplaridade pela qual o valor da indenização deve cumprir um tríplice papel, qual seja: compensar a vítima pelos infortúnios sofridos, ofertando-lhe uma soma em dinheiro que possa lhe trazer satisfações; punir o ofensor de sorte que a condenação possa cumprir o papel pedagógico do desestímulo; e de exemplaridade para a sociedade, demonstrando que aquele tipo de comportamento não é aceito impunemente pelo judiciário, agindo no sentido de desestímulo coletivo¹²⁹.

Daniela Lutzky defende não só a ideia da existência da tríplice função (reparação, punição e prevenção) da reparação do dano, como também entende que a reparação deve ser alçada à categoria de direito fundamental. Para a autora, é evidente que o modelo reparatório tradicional está superado, pois

A tão só reparação do dano, no mais das vezes, não perfaz uma solução jurídica satisfatória, adequada, porque “não atende ao sentimento médio de justiça, que clama por alguma forma de retribuição do mal suportado”. Além disso, a função reparatória é voltada para o passado, ocupa-se de um fato já ocorrido.¹³⁰

Logicamente que a intenção da autora não é promover o abandono da ideia da reparação, pois, para ela “não há dúvida de que é preciso ressarcir o lesado, de uma maneira séria, rápida e, na medida do possível, eficaz”, mas dotar a responsabilidade civil de um novo dimensionamento, que a torne capaz de atender adequadamente à complexidade crescente dos modernos conflitos sociais. Para ela, as três funções já mencionadas “são motivações para alguém que, lesado em sua personalidade, quer voltar o quanto possível para o *status quo ante*” e sua adoção e aplicação “denotam a seriedade do problema de quem sofre um dano imaterial”¹³¹.

¹²⁹ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral – Problemática: do Cabimento à Fixação do Quantum*. 2ª ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011. p. 106.

¹³⁰ LUTZKY, Daniela Courtes. **A Reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 159.

¹³¹ *Ibidem*, p. 160.

Américo Luís Martins da Silva¹³², que compreende “a reparação do dano moral como uma *compensação*”, refuta a objeção à admissibilidade do dano extrapatrimonial – “o dinheiro não pode ser equivalente da dor” – a partir da dupla função que enxerga nessa compensação: *função de expiação* (como o autor denomina a função punitiva, entrevedo nela também um caráter pedagógico) e *função de satisfação*.

Dentro desse contexto, é preciso, pois, analisar as funções punitiva e preventiva, destacando suas principais notas, a fim de compreender em que se fundam os diferentes autores em relação à sua admissibilidade e então concluir em que medida devem ser entendidas as outras funções da responsabilidade civil – a função punitiva (ou sancionatória) e a função preventiva (ou dissuasória).

3.2.1. FUNÇÃO PUNITIVA OU SANCIONATÓRIA

No dizer de Fernando Noronha, as características da responsabilidade criminal (retribuir o ilícito com a imposição de uma pena proporcional – finalidade retributiva da pena; dissuadir outras pessoas da prática de atos similares – prevenção geral; e dissuadir o próprio agente criminoso da prática de novos crimes – prevenção especial), estão presentes, ainda que de forma mitigada, na responsabilidade civil, quando se fala em função *punitiva* ou *sancionatória* da reparação civil¹³³.

Para este autor, no entanto, só faz sentido falar em função punitiva quando existe algum grau de *culpabilidade* do ofensor ou lesante. Segundo ele, a censurabilidade da conduta terá algum reflexo na reparação do dano, “aproximando algumas vezes a ‘indenização’ de uma *pena privada*”¹³⁴: a maior censurabilidade conduzirá a um aumento do *quantum*, em benefício do ofendido e com maior sacrifício para o ofensor. Do mesmo modo, a menor censurabilidade da conduta poderá levar a uma redução da indenização, aliviando o ofensor.

Deve, porém, ficar claro que, na responsabilidade civil, é a função reparatória que assume o papel principal – a reparação do dano é a sua finalidade precípua. A função punitiva

¹³² SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 61.

¹³³ “Embora a responsabilidade civil tenha natureza essencialmente reparatória do dano, essas três finalidades penais [finalidade retributiva, prevenção geral e prevenção especial] não deixam de estar presentes na reparação civil, ainda que agora assumindo características diversas e mitigadas”. Em NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 439.

¹³⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 439.

é acessória. A punição surge, para o autor, sempre associada à culpabilidade, tornando-se “uma forma de satisfação proporcionada aos lesados”¹³⁵.

Fernando Noronha faz questão de ressaltar que a função punitiva aparece, sobretudo, nos casos de danos morais em sentido estrito ou de danos puramente corporais (não sendo estes últimos propriamente indenizáveis, faz-se mister proporcionar satisfação *compensatória* ao ofendido). Nestes casos, a justificativa da reparação não pode repousar exclusivamente sobre uma natureza indenizatória, tornando-se patente a finalidade de punir o lesante, tanto mais fortemente quanto maior for a sua culpabilidade.

Ainda a esse respeito afirma o autor:

Um sancionamento do ofensor só terá justificação quando haja dolo ou culpa; unicamente nestes casos a reparação civil pode passar a ser também uma *pena privada*. Mas mesmo nestas situações, parece que o agravamento da indenização só se justifica na medida em que a ideia de punição do responsável (através da imposição da obrigação de pagar uma quantia) constitua ainda uma forma de satisfação proporcionada aos lesados, para de certo modo lhes “aplar” a ira¹³⁶.

A admissibilidade¹³⁷ mesma do dano moral (em sentido amplo) indenizável passa pelo entendimento da existência de uma função punitiva, sem a qual não faria sentido falar em reparação, uma vez que, para este tipo de dano (muitas vezes sem qualquer repercussão patrimonial), é muito difícil ou mesmo impossível promover o retorno do lesado à situação anterior. A necessidade de uma resposta jurídica ao dano, mesmo quando é impossível repará-lo, pode ser traduzida pela imposição (àquele que lhe deu causa) do pagamento de uma indenização, que tem um caráter aflitivo para o ofensor porque lhe causa uma redução patrimonial. A indenização, nestes casos, funciona como uma espécie de punição, que satisfaz ao sentimento de justiça do lesado, ainda que de modo nenhum seja capaz de apagar o dano ou suas consequências.

É o que diz, de outra forma, Américo Luís Martins da Silva, a respeito da função punitiva, que ele chama de *função expiatória*:

A *função expiatória* atribui à compensação o caráter de *pena*, ou seja, tem por finalidade acarretar perda ao patrimônio do culpado. Em outras palavras, a compensação do lesionado tem sentido punitivo para o lesionador, que a recebe como uma pena pecuniária que

¹³⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 440.

¹³⁶ NORONHA, *loc. cit.*

¹³⁷ A questão da admissibilidade do dano extrapatrimonial (e seus antecedentes históricos) já foi discutida no capítulo 1 deste trabalho.

provoca uma diminuição em seu patrimônio material em decorrência de seu ato lesivo.¹³⁸

Para este autor, é como se a função punitiva fosse “o outro lado da moeda” da função compensatória, pois a indenização pecuniária, que é paga à vítima do dano para amenizar-lhe o sofrimento, sendo destinada primariamente a dar-lhe “as satisfações ideais ou materiais que estime convenientes”, também terá o condão de “acalmar o sentimento de vingança inato no homem, por mais moderno e civilizado que este seja”¹³⁹.

Para Clayton Reis¹⁴⁰, no binômio compensação-punição encontra-se “a justa forma de o Estado agir para conseguir o equilíbrio de forças antagônicas”, pois a ocorrência do dano gera, de certa forma, um confronto de forças (entre a vítima do dano que busca a justiça e o lesionador que deve pagar por seus atos inconsequentes) que precisa ser solucionado em vistas ao equilíbrio social. Falando da indenização como “pena pecuniária”, ele afirma que

constitui-se em uma penalidade das mais significativas ao lesionador em nosso mundo capitalista e consumista, já que o bolso é “a parte mais sensível do corpo humano”. Por tais razões, essa modalidade de pena é verdadeiramente um exemplo marcante para o agente causador do ato ilícito.

Há uma corrente hoje, porém, que está fazendo cada vez mais ouvir a sua voz e que entende que a função punitiva deve adquirir um destaque maior (ou mesmo deve ser elevada à categoria de função principal) na responsabilidade civil. Entre eles, alguns já mencionados, como Daniela Courtes Lutzky¹⁴¹ (que traz claramente a ideia da indenização como pena privada nos casos de danos extrapatrimoniais, com os objetivos de punição e prevenção e com o pressuposto de *culpa grave do ofensor*), André Gustavo de Andrade¹⁴² (que defende uma relativização da dicotomia Direito Penal-Direito Civil e invoca o princípio da dignidade humana, entre outros argumentos, para colocar a indenização punitiva na perspectiva do Direito Brasileiro) e Nelson Rosenvald¹⁴³ (que propugna “a busca de soluções externas ao direito penal”, com a migração da pena para o direito civil em certos casos, pois isso traria “resultados palpáveis em termos de confiança no ordenamento e combate à impunidade”, chegando a falar em direito penal mínimo).

¹³⁸ SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 61.

¹³⁹ SILVA, *loc. cit.*

¹⁴⁰ REIS, Clayton. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. pp. 90-91.

¹⁴¹ LUTZKY, Daniela Courtes. **A Reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. pp. 162-163.

¹⁴² ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva: Os “Punitive Damages” na Experiência do “Common Law” e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª Ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 229ss.

¹⁴³ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: a Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 117ss.

No entanto, a busca desse “alargamento” da função punitiva não encontra qualquer suporte legislativo. Pois o Código Civil determina, no *caput* do já mencionado art. 944, que a indenização deve ser medida pela extensão do dano. Além disso, em sentido contrário, alerta Fernando Noronha que a função punitiva da responsabilidade civil pode ser invocada para *reduzir o quantum indenizatório*. O parágrafo único¹⁴⁴ do art. 944 do Código Civil permite ao juiz promover essa redução, nos casos em que se verifica desproporção entre o dano causado e a culpa do ofensor – ou seja, quando a culpa do ofensor é mínima (ou inexistente) e o dano, enorme. O cuidado, aqui, deve ser no sentido de evitar a impossibilidade da reparação do dano sofrido pelo lesado, uma vez que se limite a indenização devido à reduzida (ou ausente) culpabilidade. Não pode restar prejudicada, ao fim e ao cabo, a devida (e justa) resposta jurídica ao dano causado.

Paulo de Tarso Sanseverino rebate sinteticamente a argumentação do grupo favorável a um realce da função punitiva, dizendo:

No Brasil, além de a indenização punitiva não se mostrar compatível com a nossa tradição jurídica e não apresentar regulamentação legal, o grande risco é uma aplicação distorcida dos *punitive damages* para situações em que eles não são reconhecidos nem nos países da *common law* (v.g., responsabilidade objetiva).¹⁴⁵

Poder-se-ia questionar, contra essa corrente doutrinal, se a função da responsabilidade civil é realmente, como querem eles, ocupar-se do ofensor mais do que do ofendido, chegando a relegar à reparação um papel secundário e promovendo uma cultura da vingança, que o mundo ocidental há séculos tenta superar (sem o haver conseguido de todo).

Associando a função punitiva à preventiva (item 3.2.2), Marco Sommer Santos¹⁴⁶ faz algumas críticas importantes às correntes doutrinárias favoráveis a ambas. Lembrando dos “regimes de responsabilidade objetiva, que garantem à vítima o direito à reparação integral”, o autor lembra que “a culpa é um pressuposto inarredável para a aplicação de qualquer tipo de penalidade”. Portanto, não havendo culpa, deixa-se o dano sem reparação? Se o ofensor não tem culpa, então a vítima não merece a tutela jurídica? Em seguida, o autor lembra que “a punição é sempre de caráter pessoal”, não sendo, portanto, transmissível por sucessão e não havendo responsabilidade objetiva por fato de terceiro; o caráter punitivo retiraria da indenização por dano extrapatrimonial essas características. Lembra ainda, depois, que “o irresponsável não está sujeito à pena, mas está sujeito à indenização”; logo, o dano causado

¹⁴⁴ Art. 944, § único do CC: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

¹⁴⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 273.

¹⁴⁶ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **A AIDS sob a Perspectiva da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 286-287.

por quem não pode responder por ele ficaria sem resposta jurídica. Por fim, alerta que está em jogo toda a unidade do sistema de responsabilidade civil, pois se admitiria “a coexistência de dois regimes de responsabilidade civil contraditórios entre si”: conforme o tipo de dano, a satisfação se daria por meio de reparação (os danos patrimoniais) ou por meio de punição (os danos extrapatrimoniais).

Outra questão importante a ser considerada é o destino a ser dado ao aumento do *quantum* indenizatório. Pois os adeptos da função punitiva entendem que a indenização, para além do necessário para a devida reparação do dano, deveria ser aumentada de modo a caracterizar, com o valor a mais, a justa (?) punição do ofensor. Mas pode-se questionar: se esse *plus* fosse destinado ao ofendido, não estaria caracterizado o enriquecimento sem causa (já que ultrapassaria a medida ou a extensão do dano)? E se não fosse destinado ao ofendido, a quem o seria? Quem estaria legitimado a receber essa parte da indenização? O Estado? Outras organizações (ONGs ou assistenciais)? A que título?

Eugenio Llamas Pombo¹⁴⁷, jurista espanhol, um crítico da corrente punitiva, de forma bastante irônica, coloca algumas questões a esse respeito. É interessante reproduzir aqui algumas delas, com realce para a última, especialmente mordaz.

1º ¿De verdad el pago de la *indemnización* sirve para prevenir un suceso lesivo que ya ha tenido lugar? (...)

3º Si de verdad queremos sancionar al dañador, ¿no deberíamos prohibir el seguro de responsabilidad civil? (...)

5º ¿No estaba ya demostrado en nuestra doctrina civil que prevenir y castigar son funciones diferentes?

6º ¿Existe alguna razón, salvo nuestra pasión por lo exótico (casi obsesiva si, además, viene del mundo jurídico inglés), para denominar *punitive damages* lo que nos constituye otra cosa que la justa reparación del daño moral? (...)

8º ¿No hace ya suficientes siglos que se viene atribuyendo la función punitiva a una rama del ordenamiento jurídico especializada en castigar, que por eso se llama Derecho penal, y que viene sometida a unos principios que en ningún caso puede aplicar el Derecho civil?

9º Dicho de otro modo, ¿se puede imponer una *multa* (no otra cosa es la indemnización punitiva) sin cumplir los requisitos y precauciones que impone un sistema penal especialmente garantista, dentro del Estado de Derecho?

10º Y sobre todo, la pregunta del millón, que sigue sin respuesta: ¿qué hacemos con indemnización punitiva pagada por el dañador? Si se la entregamos a la víctima, admitimos abiertamente legitimar un acto de enriquecimiento injusto pues, por definición, le estamos pagando por encima de lo que supuso el daño. Si se la queda en el Estado, alguien debería explicarnos entonces en qué difiere esa multa de la sanción penal. Y si estamos pensando en financiar por esta vía a determinadas ONG, asociaciones de víctimas o ideas luminosas parecidas, no resulta la mejor manera de desincentivar los daños.

¹⁴⁷ POMBO, Eugenio Llamas. **Reflexiones sobre Derecho de Daños: Casos y Opiniones**. Madri: Editorial La Ley, 2010. Excerto. pp. 38-39.

Portanto, de tudo quanto se disse até aqui, pode-se concluir que (enquanto função secundária – ou reflexa, talvez se possa dizer), há um caráter punitivo na responsabilidade civil, que reside no fato da compensação ou satisfação do ofendido representar uma diminuição do patrimônio do ofensor. E isso deve ser dito especialmente quando se fala em dano pessoal extrapatrimonial.

Então, sim, existe a função punitiva na reparação por dano pessoal extrapatrimonial; mas sempre de modo subsidiário em relação à função reparatória ou compensatória, que é a finalidade essencial desta reparação em especial e da responsabilidade civil como um todo.

3.2.2. FUNÇÃO PREVENTIVA OU DISSUASÓRIA

Paralelamente à função punitiva, a responsabilidade civil também tem uma função chamada *preventiva* ou *dissuasória*. Pode-se explicar essa finalidade com a ideia de que o *quantum* indenizatório torna-se um fator de dissuasão, ou, por outro lado, estimula as pessoas em geral a tomarem precauções para evitarem dar causa ao dano em questão. Pode-se falar, então, em caráter de exemplaridade da indenização ou, ainda, no seu valor de desestímulo.

Para Paulo de Tarso Sanseverino¹⁴⁸, as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil (e mais especificamente da indenização por dano extrapatrimonial) estão interligadas (a função preventiva “é conseqüência lógica da sua característica de pena privada”) e que, por meio da função preventiva, a indenização tem “a função de elemento regulador da conduta dos indivíduos”.

Segundo Fernando Noronha, a função preventiva da responsabilidade civil está mais especialmente ligada aos danos *transindividuais*¹⁴⁹, notadamente os danos ao meio ambiente. A reparação desse tipo de dano deve ter um caráter exemplar, que leve pessoas, empresas e outras entidades a tomar todas as precauções necessárias para evitar a sua ocorrência. Assim, a obrigação imposta a um ofensor de pagar tal indenização torna-se um fator de desestímulo para outros ofensores em potencial, pois haverá maior custo no pagamento da indenização do que na prevenção do dano.

No entanto, do mesmo modo como a punição não é a principal finalidade da responsabilidade civil, também não o é a prevenção. Conforme já foi dito, a função primária,

¹⁴⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 274-275.

¹⁴⁹ Danos transindividuais são “aqueles que atingem bens do interesse da generalidade das pessoas que integram uma comunidade”, conforme NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 441.

essencial da responsabilidade civil é a reparação do dano. Por isso, assim como não se pode fazer da punição o fator determinante do *quantum* indenizatório, também é preciso aplicar o mesmo raciocínio à prevenção (ou ao caráter de exemplaridade).

Para Noronha, uma indenização¹⁵⁰ exemplar

deve significar somente aquela reparação que, além de reparar da forma mais completa que for possível o dano (mesmo que isso signifique um preço bem alto a pagar pelo poluidor); represente o mínimo indispensável para dar uma satisfação ao sentimento geral de frustração e mesmo de revolta experimentado pela comunidade (o que cabe ainda dentro da função sancionatória) e para coagir à adoção dos cuidados que razoavelmente sejam cogitáveis (e aqui é que intervém a função dissuasora). A responsabilidade civil não deve ser erigida em substitutivo das multas e outras sanções que devem ser impostas no âmbito da responsabilidade penal (incluindo a contravencional).

A finalidade dissuasória encontra-se especialmente presente no instituto da *multa cominatória*, que não tem finalidade indenizatória, mas visa tanto coagir o devedor à reparação o mais prontamente possível, como também evitar o agravamento do dano pela demora em repará-lo.

A função preventiva ou dissuasória da responsabilidade civil é, por vezes, chamada pedagógica ou educativa. No entanto, como bem observa Fernando Noronha, ela tem sido utilizada para coibir ações danosas, muito mais do que para orientar as pessoas a adotarem melhores comportamentos.

Por fim, resumindo tudo quanto se procurou dizer a respeito das funções da responsabilidade civil, vale ainda citar Marco Sommer Santos a respeito das funções punitiva e preventiva da reparação dos danos extrapatrimoniais:

Apesar da autoridade e dos argumentos utilizados em prol da adoção de uma função preventivo-punitiva ou mesmo mista à satisfação dos danos extrapatrimoniais, o fato é que esse paralelismo de funções acaba por confundir a tradicional distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal existente nos sistemas romano-germânicos. A despenalização é uma das características mais marcantes da moderna responsabilidade civil. Graças a ela, muitos foram os avanços em direção à efetiva reparação do dano.¹⁵¹

¹⁵⁰ O autor usa a expressão “punição exemplar”, que denota quanto se interpenetram e até mesmo confundem as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil.

¹⁵¹ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **A AIDS sob a Perspectiva da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 285-286.

4. O DANO EXTRAPATRIMONIAL NA JURISPRUDÊNCIA

Na tentativa de um rápido exame da questão terminológica e conceitual, de que primeiro se tratou neste trabalho, realizou-se uma pesquisa de jurisprudência nos *sites* do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, com os resultados que se detalha a seguir.

Pesquisando a expressão “dano moral”, foram encontrados no STF um número total de 1.121 acórdãos, dos quais 617 referem-se a decisões julgadas a partir de 1º de janeiro de 2010; e, no STJ, um total de 10.757 acórdãos, dos quais 5.024 referem-se a julgamentos datados de 1º de janeiro de 2010 ou posteriores.

Usando como critério de pesquisa a expressão “dano extrapatrimonial”, no STF encontrou-se apenas 2 acórdãos, ambos anteriores ao ano de 2010; e, no STJ, encontrou-se 135 acórdãos, sendo que 47 deles, apenas, datam de 2010 ou são posteriores.

Trocando a expressão para “dano pessoal”, no STF chegou-se ao número de 39 acórdãos (sendo apenas 3 mais recentes, isto é, datam do ano de 2010 ou são posteriores) e, no STJ, chegou-se ao número de 116 acórdãos (sendo 38 mais recentes, apenas). Em uma rápida olhada nos acórdãos, verifica-se que boa parte deles trata de *danos corporais* (referidos, no entanto, como danos pessoais) – acidentes rodoviários, pagamento de seguro obrigatório...

Por fim, com a expressão “dano à pessoa” os resultados tornam-se ainda mais escassos: apenas 3 acórdãos no STF, todos anteriores a 2010, e, no STJ, 22 acórdãos, sendo apenas 1 mais recente.

Apenas com a comparação numérica já foi possível constatar que a expressão “dano moral” continua sendo largamente utilizada, apesar de todas as críticas doutrinárias mais recentes à sua imprecisão (e mesmo com as advertências de doutrinadores como Pontes de Miranda¹⁵² quanto aos equívocos que de seu uso podem derivar).

Quanto ao problema do largo uso da expressão “dano moral”, que caiu inclusive no domínio popular e dá ensejo a todo tipo de pedido, é bem ilustrativa uma ação de indenização por *dano moral*, ajuizada por um filho contra seu pai, alegando a omissão do pai quanto ao dever de assistência psíquica, moral e afetiva. Assim respondeu, com acerto, o STJ: "escapa

¹⁵² É de estranhar, aliás, que o ensino de Pontes de Miranda a respeito do dano extrapatrimonial, consubstanciado no seu *Tratado de Direito Privado* em alguns dos tomos que tratam de Obrigações, apesar de estar muito próximo das concepções doutrinárias mais recentes, seja pouquíssimo referenciado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo; nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada"¹⁵³.

A popularização da expressão “dano moral” também acaba permitindo que *tudo* seja pedido ao Poder Judiciário a esse título, de tal forma que se chega a pensar que ninguém precisa assumir qualquer responsabilidade por suas decisões e atos e que regras não precisam ser necessariamente seguidas se representarem algum tipo de incômodo. Um recurso extraordinário julgado pelo STF em 2006 ilustra bem essa postura. Tratava-se de um pedido de indenização por danos materiais e morais feito por uma estudante contra a UFSM. A universidade negou seu pedido de matrícula porque ela não tinha o comprovante de conclusão do ensino médio, requisito para a matrícula após a aprovação no concurso vestibular. Os danos materiais seriam referentes às mensalidades do curso superior em instituição privada e os danos morais, à humilhação, à frustração e ao sofrimento de ver negada sua matrícula na universidade pública. Foi negado provimento ao recurso e, quanto ao dano moral, diz a ementa: “Dano moral. Inexistência do nexo de causalidade entre o ato do agente público – negativa de matrícula – e o abalo psíquico supostamente suportado pela recorrente”¹⁵⁴.

Por fim, quanto ao entendimento sobre a função preventivo-punitiva da indenização por dano pessoal extrapatrimonial, parece estar bem assente na jurisprudência brasileira a presença desta dupla função, subsidiariamente à função reparatória, mas ainda não chegando a quaisquer semelhanças com os assim denominados *punitive damages*. O que parece estar bem claro é o desejo de que, por um lado, a reparação não represente um enriquecimento sem causa para o ofendido e, por outro lado, seja para o ofensor um fator de desestímulo para ações futuras que pudessem levar ao mesmo comportamento lesivo, em particular quando se trata de empresas e das obrigações e do cuidado decorrentes de sua prestação de serviço. Vejam-se, a título de exemplo, as seguintes ementas:

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. ILEGALIDADE DA NEGATIVA DE COBERTURA A TRATAMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1.- É pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, sem que, para tanto, seja necessário o reexame de provas. 2.- A fixação dos danos morais no patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), cumpre, no presente caso, a função pedagógico-punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido. 3.- Agravo Regimental improvido.¹⁵⁵

¹⁵³ STF – RE 567.164, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 18/08/2009, DJe-171.

¹⁵⁴ STF – RE 364631, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 29/08/2006, DJ 19/10/2007.

¹⁵⁵ STJ – AgRg no REsp 1373969/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 19/06/2013.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MÃE E FILHA POR CHOQUE. QUEDA DE FIO ELÉTRICO. CONCESSIONÁRIA. FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO. DANO MORAL DEVIDO AO IRMÃO E ESPOSO SUPÉRSTITES. VALOR INSUFICIENTE PARA COIBIR NOVAS FALHAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESPROPORÇÃO DO DANO EM RELAÇÃO AO SOFRIMENTO. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA. 1. Tanto a averiguação de caso fortuito como da força maior dependem de reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ. 2. Quando a função punitiva dos danos morais não é respeitada e o valor arbitrado está em desproporcionalidade com o sofrimento experimentado, mostra-se necessário majorar o quantum da compensação. Precedentes. 3. Em se tratando de indenização decorrente de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54/STJ). 4. Recurso dos familiares supérstites provido, majorando-se a indenização a R\$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais) para cada ofendido. Recurso da empresa concessionária conhecido parcialmente e negado provimento.¹⁵⁶

AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO CIVIL. MORTE DE FILHO MENOR. CHOQUE ELÉTRICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PENSIONAMENTO. REDUÇÃO DO QUANTUM. DESCABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. (...) Dano moral devido como compensação pela dor da perda de filho menor de idade, no equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos, condizente com a gravidade do dano. Precedentes (...).¹⁵⁷

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. Inexistência de débito c/c indenização por danos morais. Anotação restritiva de crédito referente a valores indevidos. Dano moral *in re ipsa*. Quantum de indenização deve ser fixado de forma que venha a alcançar satisfatoriamente a tríplice função da indenização - compensatória, punitiva e pedagógica. Cabível a redução do valor arbitrado na sentença. Recurso provido.¹⁵⁸

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Atraso na entrega da unidade autônoma aos promitentes compradores. Mora que se converteu em inadimplemento absoluto. Alegação de ocorrência de eventos internos que não configuram fortuito externo ou força maior. Resolução contratual, que acarreta o retorno das partes ao *status quo ante*, com devolução das parcelas pagas pelos promitentes compradores. Existência de dano moral indenizável, pois há lesão a direito da personalidade e prova razoável de sofrimento intenso dos promitentes compradores. Ré que, mesmo durante o período de atraso na entrega da obra, continuou a negociar as unidades autônomas restantes. Critérios de fixação da indenização por dano moral. *Funções ressarcitória e punitiva*. Sentença mantida. Recurso desprovido.¹⁵⁹

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO - PESSOA JURÍDICA QUE INCLUIU O NOME DO DEVEDOR - LEGITIMIDADE - PRÉVIA COMUNICAÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - DANO - VERIFICAÇÃO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - MAJORAR. A pessoa jurídica que efetuou a inscrição do nome da parte em listas de restrição de crédito é parte legítima para figurar o pólo passivo da lide. É obrigação do credor, bem como do órgão responsável pela manutenção do cadastro, informar previamente ao consumidor, acerca da inscrição do seu nome em listas de restrição ao crédito. A indevida inscrição em cadastro de inadimplentes gera direito à indenização por dano moral. A reparação moral tem função compensatória e

¹⁵⁶ STJ – REsp 1171826/RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, 3ª Turma, julgado em 17/05/2011, DJe 27/05/2011.

¹⁵⁷ STJ – AgRg no REsp 734.987/CE, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 29/10/2009.

¹⁵⁸ TJRS – Apelação Cível Nº 70057023418, 17ª Câmara Cível, Rel. Luiz Renato Alves da Silva, julgado em 05/12/2013.

¹⁵⁹ TJSP – Apelação Cível nº 0203037-62.2011.8.26.0100, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Francisco Loureiro, julgado em 05/12/2013.

punitiva. A primeira, compensatória, deve ser analisada sob os prismas da extensão do dano e das condições pessoais da vítima. A finalidade punitiva, por sua vez, tem caráter pedagógico e preventivo, pois visa desestimular o ofensor a reiterar a conduta ilícita. O montante da indenização, por danos morais, deve ser suficiente para compensar o dano e a injustiça que a vítima sofreu, proporcionando-lhe uma vantagem, com a qual poderá atenuar parcialmente seu sofrimento. Como o valor arbitrado não foi adequado o mesmo deve ser majorado.¹⁶⁰

¹⁶⁰ TJMG – Apelação Cível 1.0027.11.025336-9/001, 15ª Câmara Cível, Rel. Tibúrcio Marques, julgado em 19/09/2013.

CONCLUSÃO

As palavras, os conceitos, o uso preciso dos termos é, para o Direito, não só fundamental, mas a garantia de uma resposta jurídica justa (ou, pelo menos, a mais adequada possível) às questões que lhe são apresentadas pela sociedade, pelo Estado Democrático ao qual o Direito procura servir.

Ao chegar ao fim deste trabalho, parece ainda mais claro que, se o Direito brasileiro ainda se defronta com questões tortuosas sobre o dano extrapatrimonial, se ainda é difícil promover a sua justa valoração em cada caso (ou determinar a melhor metodologia para chegar a isso), o ponto de partida dessas dificuldades encontra-se, hoje, como há décadas, na sua amplitude e indeterminação conceitual.

A terminologia mais precisa, o uso de uma classificação adequada e o delineamento claro da função da reparação do dano à pessoa certamente podem não apenas tornar mais precisos e claros os limites do *quantum* indenizatório (nos casos de reparação pecuniária), como também ajudar a redescobrir que interesses extrapatrimoniais podem e devem ser juridicamente tutelados.

As questões são muitas e o debate é intenso. A diversidade das respostas demonstra o quão longe ainda o Direito Brasileiro se encontra de um consenso a respeito do dano à pessoa e de seu adequado tratamento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva: Os “Punitive Damages” na Experiência do “Common Law” e na Perspectiva do Direito Brasileiro.** 2ª Ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi.** 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

CIANCI, Mirna. **O Valor da Reparação Moral: Interpretação da Valoração e dos Critérios de Fixação na Jurisprudência Civil e Trabalhista.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONCÍLIO VATICANO II. **Gaudium et Spes – Constituição Pastoral sobre a Igreja no Mundo de Hoje.** 9ª ed. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

CRETELLA Jr, J. e CRETELLA, Agnes. **Institutas do Jurisconsulto Gaio (tradução).** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CRETELLA Jr, J. e CRETELLA, Agnes. **Institutas do Imperador Justiniano (tradução).** 2ª ed. ampl. e rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A Reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação.** Revista dos Tribunais, ano 90, volume 789, páginas 408 a 446.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral – Problemática: do Cabimento à Fixação do Quantum.** 2ª ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações, Introdução à Responsabilidade Civil.** Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

POMBO, Eugenio Llamas. **Reflexiones sobre Derecho de Daños: Casos y Opiniones.** Madri: Editorial La Ley, 2010. Excerto.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de Direito Privado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomos XXII, XXVI, LIII e LIV.

REIS, Clayton. **Dano Moral.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

REIS, Clayton. **Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: a Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do Trabalho Entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil: Elementos para uma Teoria do Bem-Estar e da Justiça Social**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antonio Jeová da Silva. **Dano Moral Indenizável**. 2ª ed. São Paulo: LEJUS, 1999.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil**. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **A AIDS sob a Perspectiva da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Direito Romano V: Obrigações**. 2007. 45 p. Apostila.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Protección a la Persona Humana**. In: Revista da Ajuris, número 56, ano XIX de novembro de 1992. Porto Alegre, 1992.

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano Moral e sua Reparação Civil**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

Vade-mécum: Saraiva. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZENUN, Augusto. **Dano Moral e sua Reparação**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.