

A CULPA E A PUNIÇÃO NÃO PODEM SERVIR DE CRITÉRIO PARA A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Sérgio Luiz Junkes¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A indenizabilidade do dano moral e a inaplicabilidade da culpa como critério de sua valoração; 3. O critério punitivo não pode ser utilizado na fixação da indenização decorrente de dano moral; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A indenizabilidade do dano moral nos dias de hoje não é mais questionada. Contudo, isso não significa que o instituto não esteja imune a críticas. Pelo contrário. A primeira delas está associada à chamada “indústria do dano moral”. Isso porque as ações judiciais baseadas em supostos danos morais multiplicaram-se de forma exponencial e surpreendente desde a sua consagração em nível constitucional². A partir de então, o apetite pelo ressarci-

1 Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Concórdia. Mestre em Ciência Jurídica pela Univali.

2 “[...] em 1993, só o Superior Tribunal de Justiça registrava 28 processos por danos morais; em 2000, foram 1.331, a uma média de 100 por mês; em 2004, totalizaram 8.201 (683 por mês); neste ano, a média mensal está em 932, e subindo”. *In*

mento a título de danos morais tem-se revelado não só insaciável, mas cada vez mais voraz, o que se constata pelo inimaginável e elevado número de processos judiciais que abarrotam as varas cíveis e os tribunais de todo o País.

De traumas a simples incomodações, enfim, tudo o que em geral causa algum aborrecimento à condição humana tem sido utilizado para alimentar essa avalanche desenfreada de novas ações. Por trás delas, não raras vezes há busca de lucro fácil e até de má-fé, seja de pessoas que pleiteiam danos morais que jamais existiram, seja de pessoas que forjam situações para tornarem-se merecedoras de uma indenização³. É de fácil verificação, pois, que essa indústria contribui em certa medida para um clima de verdadeira desagregação social e de desconfiança nas próprias instituições. Por isso, no contexto de proteção legal à pessoal humana, o fenômeno repulsivo da “indústria do dano moral” talvez seja a distorção mais perversa.

Felizmente, tanto a jurisprudência como a doutrina estão cristalizando o acertado entendimento que não é qualquer contratempo ou incomodação que são suscetíveis de gerar o dano moral indenizável⁴. Não bastasse isso, os juízes e tribunais brasileiros estão, aos poucos, exigindo evidências de que de fato o dano moral ocorreu no caso concreto, não se contentando mais com a mera presunção *juris tantum* da veracidade da alegação feita nesse sentido. Essas importantes mudanças de entendimento

Revista Veja. *Prejudicou, pagou. Processos por danos morais são cada vez mais freqüentes nos tribunais brasileiros*, p. 114. Conforme a Revista **Consultor Jurídico**, de 21 de julho de 2002, em matéria intitulada “Os tribunais do povo. Cidadãos inundam a Justiça com processos por dano moral” extrai-se: “Hoje, há no Brasil cerca de 420 mil processos por danos morais tramitando na Justiça. É a modalidade de ação judicial que mais cresce no país. Nos últimos oito anos, enquanto o número global de processos avançou nove vezes, a quantidade de ações por danos morais foi multiplicada por 51”. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/27927,1>, acesso em 14-8-2005.

3 *Vide* a propósito Calmon de Passos, J. J. O imoral no dano moral. *Informativo Incijur*, n. 46.

4 “[...] A indenização por dano moral não deve ser deferida por qualquer contrariedade, não se devendo estimular o enriquecimento indevido nem a chamada “indústria do dano moral” (STJ, REsp n. 504639, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

e postura é que permite separar-se o joio do trigo, ou seja, tanto medir, a contento, a extensão do dano produzido como dissociar a realidade da fantasia⁵. Essa alteração paradigmática certamente produzirá um forte impacto na contenção da banalização do instituto na forma da aludida “indústria do dano moral”. Porém isso só não basta. Vejamos a próxima grande crítica ao instituto.

A segunda crítica que se faz ao instituto do dano moral, e que se interliga com a primeira, refere-se às dificuldades práticas que permeiam o estabelecimento do *an debeatur* e do *quantum debeatur*. Isso porque se a sua tutela legal não dá margem a dúvidas, o mesmo não se pode dizer da sua mensuração e aplicabilidade fáctica. Tal se deve ao fato de que a legislação relega essas tarefas ao poder discricionário do juiz, em cada caso concreto. Como não há um rol de hipóteses passíveis de indenização e, ainda, não há um tabelamento a ser seguido e, via de regra, um caso é diferente de outro, é inevitável que se verifiquem discrepâncias de valores. Em face disso, os críticos defendem, até, a existência de um “tabelamento dos danos morais” (com o que não concordamos) uma vez que, segundo eles, o amplo arbítrio conferido ao juiz propicia indenizações ora excessivas, ora insignificantes, inclusive, tomando-se casos e situações semelhantes, o que se constituiria em fonte de injustiças e não se coadunaria com o postulado da segurança jurídica.

Essas críticas ganham força, sobretudo, porque os critérios para a fixação da indenização dos danos morais não são uniformes, como deveriam, e alguns deles, até, são suscetíveis de questionamento.

A finalidade deste despretensioso artigo é justamente destacar a necessidade dessa uniformização de critérios. Neste sentido, aqui defender-se-á a inviabilidade de utilização do “critério punitivo”. Ou seja, nas linhas e capítulos que sucederão, procurar-se-á demonstrar que a indenização do dano moral não pode ser

5 Pertinentes as ponderações de J.J Calmon de Passos: “[...] como os danos materiais têm que ser cumpridamente provados, os danos morais, essa misteriosa ‘dor’ que se oculta no íntimo das pessoas, deve vir à luz com um mínimo de força de convencimentos”. *In* O imoral no dano moral. *Informativo Incijur*, n. 46, p. 5.

medida e fixada a partir da necessidade de prevenção e repressão ao ato, a título de reprimenda ou não, ou a partir da intensidade da culpa do agente responsável.

Mais do que dar uma resposta pronta, definitiva, o objetivo deste singelo artigo é o da “provocação”. Ou seja, colima-se, nas linhas adiante, apenas trazer ao debate a questão da suposta inviabilidade de utilização de tais critérios, com o que, tem-se em mente, contribuir, de modo singelo, para que no futuro próximo possa a matéria estar sedimentada em todas as suas nuances, de modo, quem sabe, a desencorajar a execrável “indústria do dano moral”. Isso porque parcela considerável das indenizações normalmente fixadas é obtida a partir dos chamados danos punitivos (*punitive damages*), o que, em tese, implicaria em um enriquecimento ilícito da vítima e incentivaria essa corrida desenfreada de demandas, muitas vezes, verdadeiras aventuras jurídicas, perante o já sobrecarregado sistema judiciário.

Por derradeiro, para fins deste trabalho e na esteira do entendimento perfilhado pela vanguarda do direito brasileiro, tem-se que o dano moral é aquele que atinge a pessoa em seus atributos (como o nome, a capacidade, o estado de família) e direitos personalíssimos (como a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, a intimidade, a imagem) e que, sem lesar o seu patrimônio, causa-lhe sofrimento intenso e duradouro⁶.

2. A indenizabilidade do dano moral e a inaplicabilidade da culpa como critério de sua valoração

Antes de adentrar ao objeto principal deste item, que é a refutação da utilização da culpa no arbitramento do dano moral, mostra-se conveniente uma breve revisão do instituto, a partir do Texto Maior e do novo Código Civil.

A Constituição Federal preconiza expressamente a indenizabilidade do dano moral no catálogo dos direitos fundamentais, em seu art. 5º, V e X, com a redação seguinte:

6 Conceito formulado a partir de: BERNARDO, W. *Dano moral: critérios de fixação de valor*, p. 77. GONÇALVES, C. *Comentários ao Código Civil*, vol. 11, p. 339-340.

“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 à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Após a vigência do atual Texto Magno, novos Diplomas Legais vieram a ratificar a indenizabilidade do dano moral, inclusive a sua autonomia em relação aos chamados danos materiais, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI e VII) e do novo Código Civil, que, em seu art. 186, dispõe:

“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” (grifou-se).

Contudo, o fundamento do instituto, ou seja, a base principiológica que serve à compreensão dos seus caracteres, pressupostos e finalidades, não se encontra contemplado nos citados dispositivos, como se poderia supor. Com efeito, desde o advento, em 1988, da atual Constituição Federal, inaugurou-se um modelo estatal fundado na dignidade da pessoa humana, conforme depreende-se claramente do seu art. 1º, inciso III. Isso implica que o ente estatal, desde então, existe em função de todas as pessoas e não estas em função daquele⁷. Assinale-se, outrossim, que o texto constitucional protege não a “dignidade humana,” mas, sim, a “dignidade da pessoa humana”. Assim o faz inspirada pelo pensamento kantiano que preceitua que a dignidade é um atributo de presença verificável apenas em relação à determinada pessoa individualmente considerada, e não a partir de um ideal ou de algo abstrato⁸. Trata-se de um espaço legal de exercício da própria identidade sem inibição da dos outros, de construção da realização plena e das potencialidades e projetos de cada um, seja individualmente ou em grupo⁹. A dignidade da

7 FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. *Princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 92.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 116.

9 ABADI, J. E.; MILEO, D. *Hecha la ley, hecha la trampa*, p. 37.

pessoa humana é, assim, o valor constitucional que agrega todos os direitos fundamentais sob o plano da realização da condição existencial humana¹⁰. Assim, em face de a tutela da dignidade da pessoa humana assumir o caráter de verdadeiro princípio constitucional, tem-se que o ordenamento jurídico deve ser dotado dos mecanismos necessários a coibir qualquer violação ao seu conteúdo. Portanto, em sentido amplo, tem-se que a indenização por dano moral não é um fim em si mesmo, mas meio de proteção à dignidade da pessoa humana¹¹. Em outros termos, *constitui-se o princípio da dignidade da pessoa humana no fundamento do instituto do dano moral*¹².

Essa perspectiva fundante da dignidade da pessoa humana irradia-se por todo o ordenamento, afetando inclusive a própria teoria da responsabilidade civil. Isso porque há uma forte tendência de privilegiar a recomposição do dano sofrido pela vítima em detrimento do próprio elemento culpa. Ou seja, seguindo-se o espírito da Constituição, cada vez mais se preocupa em não deixar nenhum dano injusto sem reparação, em proteger a pessoa da vítima, do que com o fato de não deixar impune o causador do dano. Segue em curso um verdadeiro processo de “objetivação da responsabilidade civil”¹³. Exemplo disso são os artigos 927, parágrafo único, 931, 933 e 936 do Código Civil. Em certas hipóteses, sequer se faz necessário o cometimento de algum “ato ilícito” para gerar a obrigação de reparação ao dano injustamente causado, como é o caso dos atos cometidos em estado de necessidade e daqueles previstos nos artigos 1.285 e 1.313, também do Código Civil.

A noção de responsabilidade civil implica no dever de reparar o dano causado a outrem, conforme a dicção do art. 927, *caput*, do Código Civil:

10 Formulado a partir de: AFONSO DA SILVA, J. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 109.

11 BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Idem*, p. 77.

12 Nesse sentido: BODIN DE MORAES, M. C. *O conceito de dignidade humana*, p. 145.

13 BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Idem*, p. 41 e 59.

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

Portanto, no caso de um dano moral, tal qual ocorre em relação aos danos materiais, a pessoa que foi vítima de tal lesão faz jus à percepção de uma indenização¹⁴. A indenização no caso do dano moral apresenta nítido caráter compensatório, porquanto permite atenuar ou eliminar, por meio de quantia em dinheiro, a dor provocada pelo aspecto de sua dignidade que lhe foi violado pela ação danosa¹⁵. Conseqüência disso é que a indenização deve guardar estrita correspondência com a extensão do dano moral causado. Por isso, qualquer proposta de tabelamento afigura-se insustentável, uma vez que vulneraria o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, ao prever um valor certo e padronizado para cada tipo de violação, se estaria descurando da proteção individualizada da dignidade, o que exige a medição da extensão do dano produzido, caso a caso. Isso ensejaria, por exemplo, a situação inaceitável de alguém, sabedor de antemão do valor que teria de arcar a título de dano moral, se encorajasse em humilhar, em injuriar, etc., ao assumir o “preço” das conseqüências. O art. 944 do Código Civil, em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, assim dispõe expressamente:

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

Dessa maneira, dado o seu caráter compensatório, mostra-se estranho à avaliação do dano qualquer outro elemento que não se seja a sua extensão. Porém, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, equivocadamente, o grau de culpa do agente para esse desiderato¹⁶. Parcela dos partidários dessa corrente sustenta tal entendimento no parágrafo único do aludido art. 944, que diz:

14 Nesse sentido: CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, p. 42.

15 Nesse sentido: BERNARDO, W. *Idem*, p. 137; SILVA, A. *O dano moral e a sua reparação civil*, p. 43.

16 Não se trata aqui da “culpa” para fins de caracterização da responsabilidade civil, mas, sim, sua utilização também para se apurar o valor da indenização decorrente do ato.

“Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

Todavia, é flagrantemente inconstitucional o parágrafo do referido artigo ao estabelecer uma vinculação entre o grau de culpa do causador e o valor por ele a ser indenizado. Isso porque se não bastasse a tendência de abandonar-se a culpa até como elemento da responsabilidade civil, tal contraria o chamado princípio da indenizabilidade irrestrita, insculpido nos incisos V e X do já citado art. 5º da Constituição Federal¹⁷. Tal diploma, que é de eficácia plena e imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da própria Lei Magna, dispõe que a reparação deve corresponder exatamente ao dano causado. Portanto, é totalmente vedado a uma lei hierarquicamente inferior, como ocorre no caso, pretender restringir o seu alcance¹⁸.

Aliás, tal linha de interpretação já foi utilizada para rechaçar a vigência do art. 52, da Lei de Imprensa, que limitava o valor da indenização por dano moral. A propósito, colaciona-se:

“Indenização — Lei de imprensa — Dano moral — Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima — Ato ilícito absoluto — Responsabilidade civil da empresa jornalística — Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da Lei n. 5.250/67 — Inadmissibilidade — Norma não recepcionada pelo ordenamento jurídico vigente — Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, *caput* e §§ 1º e 2º da CF de 1988. *Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor da indenização por dano moral, objeto de juízo de eqüidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República.* Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico

17 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Idem*, p. 522.

18 “[...] a regra que se impõe, para o legislador e o intérprete, é a de que somente serão consentâneos com a Lei Maior a norma e a exegese que consigam extrair do preceito constitucional a maior carga possível de eficácia e de efetividade. Qualquer lei e qualquer interpretação restritivas serão inquestionavelmente inconstitucionais”. GRINOVER, Ada Pelegrini. *O Processo em evolução*, p. 98 e 99.

vigente” (TJSP. Embargos Infringentes n. 219.954-1 — São Paulo — 2ª Câmara Civil — Rel. Cezar Peluso — 19-11-96 — M.V.) (grifou-se).

Além de inconstitucional, o grau de culpabilidade apresenta-se como um critério descompassado com a própria lógica, porquanto, ao mesmo tempo em que a culpa levíssima pode acarretar danos de grandes proporções, a culpa gravíssima pode gerar danos de pouquíssima monta. Sob o viés da vítima, o parágrafo único do art. 944 do Código Civil propicia-lhe uma situação insustentável de mero ressarcimento parcial conforme o agente tenha atuado com menos ou mais culpa. Sob o ângulo do ofensor, o contra-senso não parece ser diferente: quem teria agido com culpa leve poderia ter de pagar uma indenização reduzida ao passo que agiu sem culpa, no caso da responsabilidade civil objetiva, teria de indenizar integralmente¹⁹. Por isso é que Bernardo atribui a existência do parágrafo único do art. 944 em um “descuido sistemático” derivado das três décadas de hibernação do Projeto do novo Código Civil, que permitiu a inclusão de acentuado número de emendas, muitas delas destoantes do espírito original²⁰.

A única viabilidade de utilização da culpa, como elemento da indenização seria no caso da fixação dos danos a título de punição ou danos punitivos. Todavia, como se examinará no capítulo seguinte, a sua admissibilidade é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3. O critério punitivo não pode ser utilizado na fixação da indenização decorrente de dano moral

A valoração do dano moral é obtida, em nosso ordenamento, pelo arbitramento judicial. A par do amplo raio de discricionariedade que proporciona, é ainda o melhor método, pois possibilita a medição mais precisa da repercussão do dano. Afinal, ninguém mais do que o juiz tem a possibilidade, em cada caso concreto, de manter contato direto com a vítima, com os fatos, e,

19 BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Idem*, p. 172.

20 *Idem*.

enfim, de inteirar-se, com uma proximidade privilegiada, de todas as suas circunstâncias e peculiaridades.

Como verificado no capítulo anterior, a indenização por dano moral apresenta nítido caráter compensatório. Contudo, muitos defendem que a valoração do dano moral seja pautada pela punição do agente causador do dano injusto. Para tanto, se valem do instituto norte-americano dos danos punitivos (*punitive damages*) que, por sua vez, se baseia na “teoria do valor do desestímulo”, por força da qual, na fixação, da indenização pelos danos morais sofridos, deve o juiz estabelecer um *quantum* capaz de impedir e dissuadir práticas semelhantes, assumindo forma de verdadeira punição criminal no âmbito cível²¹. Em outros termos, além da fixação necessária à reparação do dano, agrega-se um valor à indenização de modo a penalizar o ofensor de forma proporcional à sua culpa e a desestimular a reprodução de atitudes semelhantes²².

A importação de tal instituto é totalmente equivocada em face das profundas diferenças entre o sistema de responsabilidade civil norte-americano e o brasileiro. De maneira inversa ao norte-americano, o sistema brasileiro centra-se na supremacia do direito legislado, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Constituição Federal, art. 5º, II)²³. Os danos punitivos do direito norte-americano distinguem-se totalmente dos danos materiais e morais sofridos. Os *punitive damages* (também conhecidos como *exemplary damages* ou *vindictive damages*) não são estipulados com o fim de promover o ressarcimento de um dano. Este cabe aos chamados danos compensatórios que, nos Estados Unidos, englobam os chamados “danos econômicos” e os “danos não econômicos”, que no Brasil têm como correspondentes, respectivamente, os danos materiais e os danos morais. Segundo a definição do Dicionário Jurídico Black’s Law Dictionary tem-se que os danos punitivos ou exemplares são aqueles que:

21 MANENTE, Luiz V. P.; BARBUTO NETO, Antônio M. *Indenizações milionárias: O caráter punitivo da indenização por dano moral*.

22 GODOY, Arnaldo. *Direito nos Estados Unidos*, p. 164.

23 BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Idem*, p. 364.

“[...] referem-se a uma indenização em escala elevada, concedida ao Autor em patamar superior ao valor necessário para compensá-lo pela perda patrimonial. Destinam-se a punir o Réu por sua conduta perniciososa ou para servir de exemplo, razão pela qual são também denominados danos ‘punitivos’ ou ‘vingativos’. Ao contrário dos danos compensatórios ou atuais, os danos punitivos ou exemplares alicerçam-se em uma consideração de política pública totalmente diferente: a de punir o Réu ou servir de exemplo para condutas similares. É concedida (indenização a título de danos punitivos) como um adicional à verba relativa aos danos compensatórios devido à conduta cruel, imprudente, maliciosa ou opressiva”²⁴.

Conforme ponderado no capítulo antecedente, a Constituição Federal ao preconizar o direito à “indenização” pelos danos morais resultantes em seu art. 5º, V e X, adstringiu-se à noção de compensação, segundo os ditames do tradicional instituto da responsabilidade civil. Não ressalva, em nenhum momento, *plus* indenizatório com vistas à punição ou ao desestímulo, como ocorre nos Estados Unidos. Portanto, tomando-se o tratamento dado ao instituto do dano moral em nível constitucional, constata-se que inexistente permissivo para a adoção dos danos punitivos no topo do nosso ordenamento. Aliás, não o há em nenhum ponto do ordenamento brasileiro. Em face da sua índole punitiva, por força do princípio da reserva legal, seria condição *sine qua non* para a sua admissão em solo brasileiro a edição de legislação específica prevendo os *punitive damages*. Como não há norma a respeito, é vedada a utilização de tal instituto²⁵.

Há outros motivos que evidenciam a inviabilidade dos danos punitivos no direito brasileiro. O primeiro deles é que os *punitive damages*, tal qual vem ocorrendo nos Estados Unidos, fomentam sobremaneira a indústria do dano moral ao ensejar a fixação de indenizações milionárias e aleatórias. Isso porque, perdendo-se a referência da extensão do dano causado, a subjetividade do

24 Verbetes: “*Exemplary or punitive damages*” Apud MANENTE, L.; BARBUTO NETO, A., *Idem*.

25 BERNARDO, W. *Idem*, p. 365.

jugador não encontraria limites para atribuir, com segurança ou um grau mínimo de determinabilidade, o *quantum* a título de punição ou exemplo²⁶.

O segundo problema refere-se ao *bis in idem*. Isso poderia ocorrer nas hipóteses em que ao mesmo autor, em relação ao mesmo fato, fosse ele condenado ao pagamento de pena criminal pecuniária e também, na esfera cível, ao pagamento dos danos morais punitivos²⁷.

O terceiro desdobramento negativo ocorreria nas hipóteses de indenização por ato de outrem, em que o responsável não é o causador do dano. Nessas, contrariamente ao que preceitua em nosso ordenamento, a penalidade passaria da própria pessoa do agente²⁸.

O quarto aspecto em desfavor dos danos punitivos é o fato de propiciar o enriquecimento ilícito da vítima, uma vez que estaria recebendo um valor que extrapola o dano causado. Além disso se beneficiaria de uma penalidade a título de desestímulo de interesse de todo o agrupamento social e não somente dela²⁹.

Finalmente, a admissão dos danos punitivos estaria a subverter o eixo central da constituição e, por conseguinte, de toda a ordem jurídica brasileira ao conferir à proteção da dignidade da pessoa humana um sentido essencialmente mercantil³⁰.

Portanto, a indenizabilidade do dano moral só pode revestir-se do caráter compensatório. É somente a “extensão do dano” que deve lastrear o decreto condenatório correspondente. Para tanto, na medida dessa extensão do dano moral, deve ser considerada a sua duração (passageira ou longa), o seu âmbito (pessoal, familiar, social) e as condições pessoais da vítima (ativida-

26 Nesse sentido MANENTE, L.; BARBUTO NETO, A. *Idem*; BERNARDO, W. *Idem*, p. 176.

27 *Idem*.

28 Nesse sentido BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Idem, ibidem*.

29 Nesse sentido MANENTE, L.; BARBUTO NETO, A. *Idem*; BERNARDO, W. *Idem*, p. 177.

30 BERNARDO, W. *Idem, ibidem*.

des, gostos, idade, limitações físicas e mentais, etc.)³¹. A sentença, outrossim, deverá fundamentar adequadamente todo o percurso de fixação da indenização, tanto apontando os seus elementos determinantes como identificando os segmentos probatórios em que se apóia³². Trata-se de uma condicionante determinada pelo princípio do contraditório e pelo princípio da motivação das decisões judiciais.

Por fim, nos termos alinhados anteriormente, tem-se que é vedada a punição como critério de fixação da indenização por dano moral. No entanto, por via reflexa, é possível a verificação de tal caráter³³. Isso porque, uma vez condenado o autor do fato a reparar o dano moral produzido contra a vítima, é natural que tal decisão acabe servindo, de certo modo, como uma punição ao causador (em face da redução do seu patrimônio), e também como exemplo, de modo a desencorajar a prática de condutas semelhantes. O que se refuta, giza-se mais uma vez, é a utilização da punição como critério de arbitramento judicial da indenização por dano moral.

4. Considerações finais

Ao término deste artigo pontuamos como relevantes os seguintes aspectos em relação ao dano moral e sua indenizabilidade:

a) A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional que agrega todos os direitos fundamentais sob o plano da realização da condição existencial humana.

b) Dano moral é aquele que atinge a pessoa em seus atributos (como o nome, a capacidade, o estado de família) e direitos personalíssimos (como a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, a intimidade, a imagem) e, que sem lesar o seu patrimônio, causa-lhe sofrimento intenso e duradouro.

31 BERNARDO, W.. *Idem*, p. 197-198.

32 MACHADO, Jânio de Souza. *O dano moral pela violação ao direito à privacidade – O Mercosul e os direitos humanos*, p. 110.

33 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Idem*, p. 359.

c) O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana constitui-se no fundamento do instituto do dano moral e de sua correspondente indenizabilidade.

d) A chamada “Indústria do dano moral” é um fenômeno que deve ser combatido por todos os operadores jurídicos, pois distorce e banaliza o instituto, propicia a desagregação social e sobrecarrega desnecessariamente o sistema judiciário.

e) A indenização decorrente de dano moral reveste-se de caráter compensatório e, por isso, deve corresponder à exata extensão da violação ao aspecto da dignidade da vítima afetado.

f) O grau de culpa do agente não pode ser utilizado como critério de fixação da indenização porque se trata de elemento estranho à extensão do dano moral produzido.

g) Os danos punitivos (*punitive damages*), instituto oriundo do sistema norte-americano, distinto do nosso, não estão legalmente previstos no ordenamento brasileiro e, por isso, é inviável juridicamente a sua admissão.

h) A punição do responsável para fins de prevenção e repressão a determinado ato praticado não pode servir de critério para o arbitramento judicial da indenização, uma vez que, além da falta de lei específica, trata-se de elemento estranho à extensão do dano moral produzido.

i) A utilização equivocada do critério punitivo para fins de fixação da valoração do dano moral, se admitido em nosso direito, fomentaria “a indústria do dano moral”, propiciaria eventualmente um *bis in idem* em relação à pena criminal pecuniária, permitiria que uma pena passasse da pessoa do agente, ensejaria o enriquecimento ilícito da vítima e subverteria a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana a um caráter meramente mercantilista.

j) O arbitramento judicial da indenização por dano moral, além de minuciosamente fundamentado, deve considerar, ao medir a sua extensão, as condições pessoais da vítima, bem como a duração e o âmbito do fato.

5. Referências bibliográficas

- ABADI, José Eduardo; MILEO, Diego. Hecha la ley, hecha la trampa — Transgredir las propias reglas: una adicción argentina. Buenos Aires: Sudamericana, 2004. 139 p.
- AFONSO DA SILVA, José. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano moral: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 205 p.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 105-147. *In* Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 357 p.
- CAHALI, Yussef Said. Dano moral, 2. ed., 2ª tir. São Paulo: RT, 1980. 720 p.
- CALMON DE PASSOS, J. J. O imoral no dano moral. p. 1-6. Joinville: Informativo INCIJUR, n. 46, maio/2003.
- GODOY, Arnaldo. Direito nos Estados Unidos. Barueri (SP): Manole, 2004. 266 p.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações, v. 11 (arts. 927 a 965). Antônio Junqueira de Azevedo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. 587 p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. 510 p.
- FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1999. 119 p.
- MACHADO, Jânio de Souza. O dano moral pela violação ao direito à privacidade – O Mercosul e os direitos humanos. Ijuí(RS): Unijuí, 2003. 182 p.
- MANENTE, Luiz V. P; BARBUTO NETO, Antônio M. Indenizações milionárias: O caráter punitivo da indenização por dano moral. Revista Consultor Jurídico, 6 de julho de 2002. Disponível em <http://www.intelligentiajuridica.com.br/propostas/proposta17.html>. Acesso em 14-8-2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 453 p.

SILVA, Américo L. Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. 444 p.

Revistas:

Revista **Consultor Jurídico**. Os tribunais do povo. Cidadãos inundam a Justiça com processos por dano moral. Edição eletrônica, de 21 de julho de 2002. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/27927,1>, acesso em 14-8-2005.

Revista **Veja**. Prejudicou, pagou. Processos por danos morais são cada vez mais freqüentes nos tribunais brasileiros, ed. 1919, ano 38, n. 34, de 24-8-2005. São Paulo: Abril, 2005.