



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A fixação do *quantum* indenizatório

Latife Homaissi

Rio de Janeiro
2012

LATIFE HOMAISSI

A fixação do *quantum indenizatório*

Projeto de artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil.

Professores Orientadores:

Nelson C. Tavares Junior

Néli Luiza C. Fetzner

Rafael Iório

Guilherme Sandoval

Rio de Janeiro
2012

A FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

Latife Homaissi

Graduada pelo Centro Universitário Augusto Motta. Advogada. Contadora e Administradora.

Resumo: O *quantum* indenizatório, para reparar a ofensa à dignidade da pessoa humana e atenuar a lesão imputada, tem-se revelado ínfimo. Denotando uma banalização dos sentimentos negativos experimentados pelo ofendido em razão da lesão injusta. A insignificância da reparação se mostra inadequada a desestimular o ofensor a se abster de praticar atos geradores de lesão a quem quer que seja, e exigir dele uma conduta exemplar, de modo que seja desnecessária a intervenção estatal para dirimir os conflitos oriundos desta relação.

Palavras-chave: Dano moral. Condenação. Indenização. Desestímulo.

Sumário: Introdução. 1. Dano moral. 2. Dano moral: como chegar até ele. 3. A ofensa reparável. 4. *Quantum debeatur*: critérios para fixação. 5. A Teoria do Desestímulo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Pacificado o entendimento de que deve ser reparado o direito violado, as ações que se fundam em reparações, em especial as relações de consumo, assoberbaram os tribunais. Em virtude disso, surgiram as máximas da doutrina e súmulas afastando práticas anteriormente rechaçadas e condenadas pelo poder Judiciário. Destarte, criaram apêndices para desestimular as ações que o Judiciário entende como aborrecimentos triviais e que não interfere na *psique* do indivíduo.

Hodienamente, já não são mais reparáveis ações classificadas pela doutrina e jurisprudência como “mero aborrecimento”, “mero dissabor” e “fatos do cotidiano”. Há Súmula, inclusive, não indenizando restrição indevida se houver anotação devida em cadastros restritivos. Não se condena, também, a “mera cobrança” e o “inadimplemento

contratual”, frise-se, inadimplemento não do consumidor, porque decerto deste o inadimplemento não seria tolerado.

Não obstante as máximas supracitadas para afastar o dano moral, o Julgador ao condenar o ofensor imputa-lhe reparações tão ínfimas que, além de não alcançar o caráter punitivo-pedagógico, estimula-o a reiterar a conduta ofensiva.

Situação em que a vítima é ofendida duplamente: primeiro pelo causador da lesão e, agora, pelo Judiciário.

Assim, considerando que as relações entre desiguais são propícias ao surgimento de lesões de toda espécie e que o constituinte não se absteve de exercer a regra expressa do art. 5º, V e X, que lhe consagrou o direito de ter assegurada indenização por qualquer violação a direito seu com proteção constitucional, busca, portanto, o presente artigo focar o que o Poder Judiciário aprecia ou não como ofensa a direito extrapatrimonial e ressaltar que ofensas outrora condenáveis e reparáveis - aborrecimentos oriundos da relação consumerista, inadimplemento contratual do fornecedor, e o desrespeito e descaso deste para com o consumidor - hoje, sob a ótica da Doutrina e dos Tribunais, não merecem maior apreciação e são tratadas como atos banais, como condutas que não justificam a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado.

Destarte, o CDC ao reconhecer a vulnerabilidade daquele que não exercia sua cidadania deu-lhe tratamento desigual na proporção de sua desigualdade. De outro lado, o legislador facilitou seu acesso irrestrito ao Judiciário para pleitear toda e qualquer lesão imaterial e material ao seu patrimônio, permitindo-lhe, inclusive, em situações específicas, o pleito sem assistência judiciária.

Portanto, tendo em vista uma maior efetividade dos preceitos constitucionais protetivos do consumidor, é possível admitir que o *quantum* arbitrado pelo Judiciário

servirá de desestímulo e coibir as práticas ilícitas? Pode-se sustentar que as reparações ínfimas são suficientes para uma melhor relação entre os parceiros contratuais? Considerando, ainda, que o percentual maior das ações judiciais refere-se à relação consumerista, não se mostra necessário maior rigor nas condenações?

Por fim, objetiva este trabalho discutir se é justa ou não a fixação do *quantum* indenizatório, se compatível à reprobabilidade da conduta, se tem por escopo dissuadir e coibir a conduta danosa do infrator e exigir dele comportamento exemplar. Mostrar que as condenações ínfimas não é desestímulo aos geradores de ilícitos, nem contém o viés punitivo-pedagógico invocado nas condenações. Comprovar que enquanto o Judiciário se manter tímido nas condenações não se terá a relação equilibrada, transparente, proba e leal idealizada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Defender que os geradores de atos ilícitos e causadores de lesão devem ser submetidos a condenações superiores, na proporção do seu patrimônio, da extensão do dano e da lesão provocada.

A metodologia que norteará a produção do trabalho científico será bibliográfica – qualitativa e parcialmente exploratória – e comparada.

1. DANO MORAL

O comportamento social sofreu restrições legais para salvaguardar os interesses coletivos. Portanto, se determinado comportamento cometer abuso e este abuso desrespeitar direito alheio e causar um dano, poder-se-á pleitear reparação por dano material e ressarcimento por dano moral¹. Mas, o que seria o dano moral?

¹ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 3. ed. São Paulo: Mizuno, p. 48, 2011.

Dentre os vários Projetos de Lei sobre a reparação do dano moral, manteve-se a definição de dano moral originalmente prevista no projeto nº 150 de 1.999 do Senador Antonio Carlos Valadares, como segue: “Art. 1º. Constitui dano moral a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade.”.

E o substitutivo da relatoria do Senador Pedro Simon, aprovado unanimemente e publicado no Diário do Senado Federal em 26 de junho de 2.002, em técnica legislativa, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, a ser lastimada², elenca rol taxativo dos bens jurídicos tutelados inerentes à pessoa física e a pessoa jurídica: “Art. 2º. São bens juridicamente tutelados por esta lei inerentes à pessoa física: o nome, a honra, a fama, a imagem, a intimidade, a credibilidade, a respeitabilidade, a liberdade de ação, a autoestima, o respeito próprio. E art. 3º. São bens juridicamente tutelados por esta lei inerentes à pessoa jurídica e aos entes políticos: a imagem, a marca, o prestígio, o nome e o sigilo da correspondência.”.

Todavia, este conceito não deve ser estático. A conceituação de dano moral foi se construindo ao longo do tempo sob duas óticas: a conceituação substantiva do dano moral, baseado na dor experimentada pela vítima, e uma conceituação negativa do dano que ocasiona lesão de interesse sem expressão econômica. Desta última categoria, surgiram críticas da doutrina ante a ausência de um caráter distintivo e à tendência ao alargamento dos danos ressarcíveis.

Na concepção negativa do dano, parte da doutrina identifica o dano moral com a dor em seu sentido mais amplo: a lesão aos sentimentos, os sofrimentos físicos e morais do indivíduo, os sentimentos negativos por ele experimentados: tristeza, mágoa, aflição, amargura, humilhação, vergonha, inquietude espiritual.

² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Dano à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 7.

Muitas, porém, são as teorias que distinguem o dano moral e o classifica como dano moral objetivo - aquele que atinge moralmente a pessoa e a sua imagem no seu círculo social - e dano moral subjetivo - como a lesão que atinge seus valores íntimos, a sua *psique*.

Nas lições de Inocêncio Galvão Telles, jurista lusitano³:

Trata-se de prejuízos que não atingem em si o patrimônio, não o fazendo diminuir nem frustrando o seu acréscimo. O patrimônio não é afetado; nem passa a valer menos nem deixa de valer mais. Há ofensa de bens de caráter imaterial – desprovidos de conteúdo econômico, insuscetíveis verdadeiramente de avaliação em dinheiro. São bens de integridade física, a saúde, a correção estética, a liberdade, a reputação. A ofensa objetiva desses bens tem, em regra, um reflexo subjetivo na vítima, traduzido na dor ou sofrimento de natureza física ou de natureza moral.

De Plácido e Silva, conceitua dano moral como a “ofensa ou violação que não vem ferir os bens patrimoniais, propriamente ditos, de uma pessoa, mas os bens de ordem moral, os que se referem a sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família.”⁴.

A doutrina francesa define dano moral como o que não afeta de modo algum o patrimônio e causa tão só uma dor moral a vítima. Dano moral é, pois, a violação a um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial e seu elemento característico é a dor. Já Savatier leciona que dano moral é “todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária”.

Para Adriano De Cupis, doutrinador italiano:

O dano não patrimonial não pode ser definido senão em contraposição ao dano patrimonial. Dano não patrimonial, em consonância com o valor negativo de sua expressão literal, é todo dano privado que não pode compreender-se no dano patrimonial, por ter por objeto um interesse não patrimonial, ou seja, que guarda relação com um bem não patrimonial.

³ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Teoria Geral da Responsabilidade Civil*. Organização Direito Rio – Rio de Janeiro, 2008, p. 79.

⁴ DELGADO, Rodrigo Mendes. op. cit. p. 125.

Na doutrina nacional, Aguiar Dias ensina que quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial está-se na presença de um dano moral. Para Pontes de Miranda dano patrimonial é o que atinge o patrimônio do ofendido e o não patrimonial é o que atinge o devedor como ser humano. E Wilson Mello da Silva que danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, definindo este último como o conjunto de tudo aquilo não suscetível de valor econômico. E no saber de Agostinho Alvim, dano moral ou não patrimonial é o dano injusto causado a outrem, que não atinja ou diminua seu patrimônio⁵.

Entretanto, a doutrina não assentou ainda, em bases sólidas, o conceito de dano moral e, de outro lado, a jurisprudência se mostra vacilante no reconhecimento das situações em que se configura essa espécie de dano.

2. O DANO MORAL: COMO CHEGAR ATÉ ELE

Constitui a dignidade um valor universal. A dignidade é um conjunto de valores e direitos existenciais.

Segundo Kant no mundo social há duas categorias de valores: o preço e a dignidade. As coisas têm utilidades, os seres humanos dignidade. As coisas tem preço, as pessoas dignidade. Não se pode equivaler o valor moral ao valor da mercadoria⁶.

As pessoas, embora diferentes na sua individualidade, são dotadas das mesmas necessidades e faculdades vitais. O homem - apenas por sê-lo - não perde sua dignidade,

⁵ ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 33 e 34.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit. p. 81.

por mais indigna ou infame que seja a sua conduta. Mesmo o que já perdeu a consciência de sua própria dignidade merece tê-la considerada e respeitada.⁷

No Direito Brasileiro, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República e, introduzida no texto constitucional, impõe a toda a sociedade o dever de defendê-la e o de promover uma sociedade justa, solidária, sem preconceitos, sem discriminações.

A primazia do princípio da dignidade humana destacada no texto constitucional mereceu, também, destaque no âmbito da responsabilidade civil. Em virtude deste princípio toda pessoa tem direito à indenização do dano moral, sem importar se adulto ou criança, se mentalmente são ou portador de deficiência mental, se consciente ou inconsciente. Com efeito, todos fazem jus à proteção de sua dignidade.

A personalidade é, portanto, não um “direito”, mas um valor fundamental do ordenamento, que se traduz na exigência de uma tutela⁸.

Nesta medida, a tutela da pessoa humana não pode ser fracionada, limitada. Tutelado é o valor da pessoa, exceto se os seus interesses atingirem os de outrem.

Nesse contexto, a reparação está posta para a pessoa como um todo. Deve-se inibir ou reparar, em todos os seus desdobramentos, os direitos das pessoas garantidos pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Qual seria, então, o objeto do dano moral: a dor, o vexame, a humilhação, o constrangimento, as sensações e emoções desagradáveis. Como abalizar o dano moral?

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, definir o dano moral por meio do sentimento humano, utilizando-se dos termos “dor”, “emoção”, “vergonha”, “aflição espiritual”, “desgosto”, “injúria física ou moral”, em geral qualquer sensação dolorosa experimentada, é confundir o dano com a sua eventual consequência.

⁷ ANDRADE, André Gustavo. op. cit. p. 10.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit. p. 121.

Para a insigne Autora supracitada:

Não cabe ao Direito averiguar se a violação à situação jurídica extrapatrimonial acarretou ou não um sentimento ruim, deve o ordenamento jurídico concretizar ou densificar a cláusula de proteção humana, para não admitir que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas⁹.

Assim, é ordem constitucional proteger o indivíduo de qualquer ofensa ou ameaça à sua personalidade - sem precisar ser classificados como direitos subjetivos - que configuram ofensa a sua dignidade.

3. A OFENSA REPARÁVEL

O dano, antes relegado a um patamar secundário, vem, pouco a pouco, conquistando lugar de destaque na análise jurisprudencial. Segundo Schreiber, abre-se deste modo uma expansão gigantesca e infinita das fronteiras do dano ressarcível. Dano moral decorrente do rompimento do noivado, da separação após a notícia da gravidez, do “abandono afetivo” de filhos e cônjuges, dano à vida de relação, dano pela perda de concorrenciais, dano por redução de capacidade laboral genérica, dano sexual, dano hedonístico, dano consistente no custo de manutenção do filho indesejado, dano pela perturbação das atividades normais do indivíduo e da serenidade pessoal, dano de férias arruinadas, dano pelo descumprimento dos deveres conjugais, dano-morte (inclusive de animal doméstico), dano de processo lento, dano à tranquilidade pessoal e uma série de novas espécies de dano que despertam o temor de uma superexpansão da responsabilidade civil.¹⁰

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit. p. 131.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 192.

Em virtude disso, como contrafreio as inúmeras ações dia-a-dia interpostas que assoberbam o judiciário sobremaneira, as máximas criadas pela doutrina - “mera cobrança”, “mero aborrecimento”, “mero inadimplemento contratual” e outras - foram adotadas pelos Tribunais para neutralizar ações que consideram fúteis e que banalizam o instituto do dano moral, e também foram de grande utilidade aos argumentos de defesa daquele que, espontaneamente, violou direito alheio.

O que se denota é uma inversão de valores, um contrassenso, pois, enquanto as máximas supracitadas amenizam o ato injusto e ilícito e não rechaçam a conduta injurídica do causador do dano, de quem desrespeita reiterada e sucessivamente direito extrapatrimonial e ao próprio Judiciário, tal o descaso às decisões judiciais, imputa-se ao ofendido a responsabilização da industrialização do dano moral, a litigância de má-fé almejando o enriquecimento ilícito. Imputa-se ao ofendido a responsabilidade de quem assoberba o já afogado e ineficiente sistema judiciário.

Repise-se a inversão de valores: o ofendido, consciente do acesso livre e desimpedido à justiça, que, no míster de sua cidadania, exigiu do Estado tutela ao direito seu violado injusta e voluntariamente, é quem dá azo ao número expressivo de ações e contribui com o caos da Justiça, e não o ofensor que, na certeza da impunidade, desrespeita reiteradamente a vítima vulnerável e demonstra o seu desprezo para com o Poder Judiciário.

O comportamento recalcitrante do ofensor demonstra que é mais vantajoso persistir no ilícito, pois, como soi acontecer, sua conduta ao final será “premiada”, valorada com a fixação de uma ínfima condenação. Por outro lado, a vítima receberá, ainda, a pecha de locupletador, de usar o judiciário para o enriquecimento sem causa.

Destarte, desconsiderar a ofensa, tratá-la como fato corriqueiro, tolerável, com o fito de reduzir a interposição de ações, é descaracterizar a lesão e contemplar a

conduta ilícita. É estimular, incentivar o ofensor a reiterar a prática injurídica. É subestimar os sentimentos negativos experimentados pela vítima e puni-la duplamente.

Cláudia Lima Marques, ao prefaciар o livro de Marcos Dessaune – “Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado”, magistralmente assinala que:¹¹

Estamos quase nos acostumando a menosprezar os danos de massa, que os fornecedores perpetuam em nosso mercado – quase querendo culpar os consumidores por uma “indústria”, ou melhor, por seu empenho em defender seus direitos violados em massa, querendo ressarcimento. Nesse contexto perigoso menosprezo pelo pequeno (grande) dano do outro, a obra de Marcos Dessaune é como um vento fresco, que renova o ambiente e obriga um olhar diferenciado: sim, há um dano social nesse repetir incontável de pequenos danos impunes e “negativamente exemplares” ou, como afirma o autor, um desvio produtivo – relevante econômica, social e juridicamente – no desperdício evitável de tempo dos consumidores.

À respeito do livro prefaciado pela insigne autora, Marcos Dessaune trata de um “novo e significativo dano” na vida do consumidor e sinaliza as consequências, *in verbis*, que poderiam advir da inexistência de previsão legal e de proteção oficial às situações que ele define como “desvio produtivo do consumidor: prejuízo do tempo desperdiçado”:

A primeira – e mais óbvia – consequência dessa lacuna da lei é a ausência de repressão estatal dessas situações perniciosas, o que permite que elas tanto se espraíem quanto se banalizem na sociedade.
O segundo resultado – que se desdobra do primeiro – é a continuidade e mesmo o agravamento paulatino dessas situações danosas no mercado, no qual os fornecedores estão livres para criar e multiplicar esse tipo de problema para o consumidor – impunemente, sublinho.
Um terceiro efeito é o aumento contínuo do nível de frustração, de irritação e de estresse do consumidor brasileiro, que não tem amparo legal para responsabilizar os maus fornecedores e assim cobrar deles, na Justiça, uma indenização pecuniária – com função principalmente pedagógica e compensatória.¹²

¹¹ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 15.

¹² DESSAUNE, Marcos. op. cit. p. 147.

E ao cuidar do dano moral, assevera o autor, supracitado:

Discordo da absoluta falta de reprimenda jurídica aos fatos que inegavelmente lesam o consumidor e estimulam o abuso no mercado de consumo – sob a simplista classificação, *data vênia*, de tratar-se de ‘meros aborrecimentos, dissabores, irritações, percalços ou contratemplos’ na vida cotidiana do consumidor.¹³

Como explica Schreiber:

Diante de um número razoavelmente contido de casos esdrúxulos, a comunidade jurídica – e especialmente a comunidade advocatícia – tem apontado suas armas contra a própria expansão do dano ressarcível. O alvo parece equivocado, na medida em que a expansão da ressarcibilidade corresponde a uma legítima ampliação de tutela dos interesses individuais e coletivos, sendo antes, a sua invocação sem fundamento a causa das angústias que afligem a doutrina e banalizam a atuação dos tribunais. Incorretas, portanto, todas as medidas que têm sido propostas contra a expansão do dano em geral, que vão desde a restrição a interesses previamente tipificados até a limitação das indenizações a tetos máximos inteiramente despropositados e mesmos inconstitucionais.¹⁴

A referência que o Autor faz sobre a limitação das indenizações se refere ao Projeto de Lei nº150/1999, que contrariando a Carta Maior, pretende fixar limites quantitativos à indenização por dano moral.

O projeto divide o dano moral em leve, médio e grave e estipula tetos máximos de 20 mil, 90 mil e 180 mil reais respectivamente.

4. *QUANTUM DEBEATUR*: CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO

No Brasil, aplica-se o denominado sistema aberto de aferição da indenização, onde o julgador, após avaliação subjetiva, estabelece o valor reparatório que, ao seu sentir, irá minorar a ofensa imputada ou satisfazer a lesão experimentada pela vítima e, em contrapartida, irá coibir o ofensor de praticar estas e outras ofensas.

¹³ DESSAUNE, Marcos. op. cit. p. 90.

¹⁴ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 192.

A subjetividade e assertividade do julgador na mensuração da dor da vítima traz em si reparações ínfimas ou supervaloradas, “gerando graves distorções e contradições teleológicas, devido aos tratamentos díspares em fatos homólogos ou semelhantes”¹⁵.

Calcado na experiência comum da praxe forense, na idéia do homem médio, equilibrado, centrado, estruturado, modelo pretendido pela sociedade, o julgador tem sido parcimonioso nas suas condenações, crendo que o *quantum* arbitrado será uma justa reparação aos danos causados ao ofendido, sem ser fonte de lucro, mas suficiente para reparar a vítima e o bem jurídico violado e, também, persuadir o ofensor de se abster de praticar a conduta reprovável. Partindo desta premissa, o que se tem observado são indenizações descabidas em desfavor das vítimas e insuficiente para conter os desmandos do infrator, posto que as ofensas tem se reiterado.

A doutrina considera a reparação do dano moral como compensação e não ressarcimento, visto que o dinheiro não se equivale à dor e porque tem a compensação a função de expiação para o lesador e a função de satisfação para o lesado.

Contudo, ante o notório entendimento de que não se pode quantificar a lesão aos valores humanos, deve ser arbitrada uma indenização compatível com a conduta ilícita e satisfatória a compensar à repercussão do dano na honra subjetiva da vítima.

Inferese aí a problemática e tortuosa função dos nobres julgadores: a tarefa árdua de conceituar dano moral e definir a sua fixação pecuniária.

Neste sentido alguns parâmetros vêm norteando o *quantum* indenizatório, tais como: a natureza, intensidade e repercussão da ofensa imputada e o efetivo sofrimento da vítima. E ainda, se agiu com culpa ou dolo o ofensor, sua condição econômica e o *status* da vítima na sociedade.

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit. p. 121.

Efetivamente, deve o julgador, na aferição do dano e quantificação da verba indenizatória, ser criterioso e aplicar de maneira justa o *quantum* para que o valor fixado tenha o condão de coibir a conduta reprovável e, ao menos, restituir a vítima ao *status quo ante*.

Na fixação do montante indenizatório a preocupação é a vítima, pouco importa a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade de sua culpa, a sua fortuna ou outras circunstâncias inerentes a ele. O valor da indenização é medido pela extensão e repercussão do dano ou prejuízo.

Nesse jaez, a verba indenizatória há que ser bem dosada eis que alberga o duplo viés do instituto, ressarcitório e preventivo-pedagógico, com a função precípua de indicar que o ofensor deve rever seu padrão de conduta e evitar causar qualquer dano a quem quer que seja.

5. A TEORIA DO DESESTÍMULO

Oriunda do direito norte-americano, esta teoria baseia-se nos danos punitivos (*punitive damages*), e considera que condenações relevantes, milionárias às vítimas, a um só tempo, pune e desestimula o ofensor de praticar condutas que lesionam o patrimônio moral das pessoas, assim como, constitui um exemplo à sociedade para que nenhum membro da mesma pratique condutas desta natureza ou outra do mesmo jaez¹⁶.

No Direito Brasileiro falar em indenização punitiva remete a idéia de que se é indenização não pode ser uma pena; se é pena, não pode ser indenização. A objeção dos doutrinadores a indenização punitiva decorre da premissa de a resposta jurídica, na esfera civil, deve se dar única e exclusivamente, na forma de reparação¹⁷.

¹⁶ DELGADO, Rodrigo Mendes. op. cit. p. 299.

¹⁷ ANDRADE, André Gustavo. op. cit. p. 220.

A preocupação não se estabelece no dano já consumado e às formas de repará-lo, mas sim, de impedir a realização, a continuação ou repetição do dano, principalmente, quando se infere aos direitos da personalidade, cuja tutela reparatória não alcança a proteção adequada.

Forçoso reconhecer que a tutela reparatória não exerce força intimidatória sobre o ofensor, haja vista as condutas danosas reiteradas que emperram e obrigam ao Judiciário promover mutirões de conciliações. Por consequência a sujeição do ofendido nestas audiências, de certa feita, é favorável ao ofensor, vez que pode ele tarifar sua conduta e ao mesmo tempo banalizar a dor da vítima.

A pretensão de quem aciona a máquina judiciária é ter compensada a dor sofrida injustamente. Não há que se falar aqui de dar valor a dor (*pretium doloris*), mas, ao menos, restituir a vítima o *status quo ante*.

O instituto da reparação pecuniária, neste sentido, tem por escopo dirimir conflitos que acarretaram lesão à honra subjetiva. E a dor moral em apreço não é passível de tarifação. Devendo, portanto, o julgador, na análise do caso concreto, extrair elementos para mensurar a dor sofrida e atribuir-lhe valor compensatório, compatível com a dor sofrida, já que não se pode chegar ao valor exato. O que não se pode admitir é a desvalorização da dor do ofendido. Deixando-o com a sensação de injustiça.

Muito tem se falado sobre critérios uniformes para a fixação do *quantum*, todavia, tarifar o dano moral é absurdo, já que a reação à lesão é subjetiva e antagônica.

Outrossim, o preceito constitucional insculpido no inciso X do art. 5º, não prevê limites indenizatórios do dano moral. Assim, o legislador deixou a mercê do Julgador a tarefa de valorar a lesão imposta voluntariamente.

CONCLUSÃO

Ao reverso do que pretende a doutrina e o Judiciário, a responsabilidade pela reparação é essencial e relevante ao perfeito alcance do conceito de dano juridicamente violado. Daí a importância de se configurar como dano moral todo ato e/ou conduta que viole texto constitucional e preceitos legais.

A responsabilidade civil deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo ao causador do dano o dever jurídico de indenizar. O dano decorrido do ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Daí a necessidade fundamental de restabelecer esse equilíbrio, de recolocar o prejudicado no *statu quo ante*, tanto quanto possível.

O anseio da vítima de ter reparado o direito violado é o mais elementar sentimento de justiça. Por conta disto, por razões que entende não ser peculiares, mas com fundamento legal e que encontrava acolhida na jurisprudência pátria, sem medir esforços se socorre ela da tutela jurisdicional.

Daí que, em uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária não há que se admitir condutas permissivas, tampouco ser indulgente com condutas reprováveis reiteradas, incorrendo no risco de se aceitar como normal o ato injurídico que não causar dano deveras grave. De se tolerar lesão aos atributos íntimos da pessoa e aos valores tutelados constitucionalmente. O que se deve pretender é o respeito *máxime* entre os indivíduos e a sociedade de um modo geral e, de plano, afastar a aplicação da “Lei de Gerson” quer pelo ofensor, quer pelo ofendido.

Se dano é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade. Não se deve abalizar o bem jurídico violado e as consequências de sua

violação, mas sim, a ofensa injusta, voluntária, espontânea, para a qual não deu causa e não contribuiu a vítima para que esta ocorresse.

Portanto, o principal objetivo da ordem jurídica deve se constituir na repressão ao ilícito, de maneira que as condutas reprováveis não devem ser amenizadas, nem condenações ser flexibilizadas diante de situações rotuladas como desencadeadoras da banalização do dano moral, sob pena de se desqualificar a ofensa e banalizar a violação aos bens personalíssimos.

Pois, tratar ato lesivo como dissabores e inconvenientes do cotidiano é subestimar a amargura da ofensa daquele que a experimentou e coroar quem a imputou. Sumular anotação indevida para afastar dano moral na existência de uma devida, é deixar de apreciar a violação ao direito subjetivo e valorar o ato ilícito. É relevar a atitude imprópria em detrimento daquele que *a contrario sensu*, por motivos alheios a sua vontade, quiçá o superendividamento, teve anotado o nome.

Configurar como mero inadimplemento contratual o ato de quem se espera uma conduta correta e respeitosa, a quem se impõe o dever jurídico de agir com probidade, lealdade e boa-fé, é alterar unilateralmente as cláusulas contratuais com a anuência do Estado-Juiz. É dar nova redação e interpretação as normas legais desmerecendo o hipossuficiente na relação jurídica. É desigualdade. Decerto, se de igual modo agisse o vulnerável não receberia ele tratamento recíproco da parte contrária.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

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

CAVALIERI Filho, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 3. ed. São Paulo: Mizuno, 2011.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Teoria Geral da Responsabilidade Civil*. Organização Direito Rio – Rio de Janeiro, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Dano à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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