

AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS ACERCA DA AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS NA MENSURAÇÃO DOS DANOS MORAIS

Rafaelle Capistrano Lira dos Santos¹
Marcelo Henrique de Souza Torres²

RESUMO

O presente trabalho científico refere-se às repercussões jurídicas acerca da ausência de critérios objetivos e subjetivos na mensuração de danos morais, este se materializa em um instituto reconhecido e pacificado na doutrina e jurisprudência pátria, sendo os critérios usados para fixação da quantia indenizatória objeto de estudo da responsabilidade civil. Baseado em pesquisas bibliográficas, legislativas, jurisprudenciais, e, pautado pelo instituto do *Punitive Damages* o estudo buscou uma solução favorável à problemática da liquidação dos danos morais sugerindo a criação de um diploma legal constituído por critérios objetivos e subjetivos com o escopo de uma aplicação mais correta e harmoniosa do instituto do dano moral.

Palavras chaves: Dano Moral. Critérios. Mensuração. Direito Comparado. Punitive Damages.

THE LEGAL IMPACT ON THE ABSENCE OF SUBJECTIVE AND OBJECTIVE CRITERIA IN THE MEASUREMENT OF MORAL DAMAGES.

ABSTRACT

The present scientific work refers to the legal repercussions on the absence of objective and subjective criteria for measurement of moral damages. It materializes into a recognized and peaceful institute on homeland doctrine and jurisprudence, the criteria for setting the amount of compensation being study object of civil liability. Based on bibliographic, legislative, jurisprudential research, and guided by the Institute of Punitive Damages, the research sought a favorable solution to the problem of moral damages settlement suggesting the creation of legal texts which consist of objective and subjective criteria with the purpose of a more correct and harmonious application of the moral damage institute.

Keywords: Moral Damage. Criteria. Measurement. Comparative law. Punitive Damages.

¹ Discente do 8º ano do curso de direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Estagiária e bolsista na Procuradoria Geral do Estado. E-mail: rafaellecapistrano@hotmail.com.

² Orientador. Advogado. Professor universitário. Especialista em Direito Privado (civil e empresarial).

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta o tema: As repercussões jurídicas acerca da ausência de critérios objetivos e subjetivos na mensuração dos danos morais. Foi escolhida esta temática, pois observando o comportamento da sociedade atual, a qual, cada vez mais busca facilidades para sua vida em sociedade, facilmente emergimos em um contexto que aquilo que contratamos, consumimos, e usamos, podem de alguma forma nos gerar danos, ensejando em um natural inconformismo humano, gerando para o poder judiciário, alta demanda de processos, de cunho indenizatório

Se por um lado a Constituição Federal despontou no quesito tutela dos direitos humanos com a possibilidade de compensação dos danos materiais e morais, por outro, infelizmente e desmedidamente, os danos morais acabaram por provocar um abarrotamento da Justiça de forma completamente banal, de maneira que as demandas com pretensões indenizatórias por danos morais aumentaram significativamente.

Mesmo considerando que em alguns casos já existem jurisprudências que indiquem parâmetros, para a delimitação do quantum indenizatório ainda é muito subjetivo o critério de fixação do valor devido a título de indenização por danos morais. Isto porque, cada pessoa física ou jurídica tem uma situação singular e o dano que lhe for causado lhe acarretará prejuízos de acordo com suas características.

Neste sentido, é importante frisar que a fixação de indenização por danos morais, no atual cenário jurídico brasileiro, tem o condão de compensar a dor, o sofrimento ou exposição indevida sofrida pela vítima em razão da situação constrangedora, além de servir para desestimular o ofensor a praticar novamente a conduta que deu origem ao dano.

Entretanto ao analisar a jurisprudência pátria notou - se certa instabilidade na aplicação da função punitiva, frente a ausência de critérios objetivos e subjetivos.

Comparando com o instituo do Punitive Damages, indagou-se então: de que forma o referido instituto poderia ser adotado no ordenamento jurídico brasileiro? Será que as arbitrariedades devido a instabilidade legislativa, estão realmente funcionando em torno de uma função social eficaz?

1 O INSTITUTO DO DANO MORAL

Inicialmente se cumpre destacar o que vem a ser o dano moral, como é entendido pelos doutrinadores, e como é materializado este instituto.

O dano moral consiste em qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança, à sua tranquilidade ao seu amor estético, a integridade de sua inteligência, e as suas feições.

No escólio de Yussef Said Cahali,(1999,p. 20) dano moral é “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado”

A respeitável doutrinadora Maria Helena Diniz (2009), por sua vez, em conformidade com a súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça e o artigo 52 do Código Civil, define o dano moral como a lesão de interesses não patrimoniais à pessoa física ou jurídica.

Desta forma, adentramos na dicotomia jurídica existente entre a natureza e extensão do dano moral e a situação econômica do ofensor, que servirão como parâmetros para o arbitramento indenizatório.

O judiciário brasileiro, ainda padece com os parâmetros acima citados frente a legislação vigente que ainda é bastante indefinida no que tange ao tema. Neste prisma, a classe magistrada tem decidido usar o raciocínio de sua livre convicção, o bom senso e a equidade para determinar o cumprimento da lei.

Entretanto, o raciocínio utilizado nem sempre faz desaparecer a dor do ofendido, e para a sociedade, também nem sempre gera a repercussão que deveria ter, o que muitas vezes, corrobora tanto para reincidência do ato ilícito, como para decisões discrepantes.

Contudo o especialista em Direito Privado Marcelo de Sousa Torres, em seu artigo sobre a necessidade da criação de um diploma legal mensurador do dano moral alerta que: a dor não pode em hipótese alguma ser mensurada monetariamente, afirma ainda, que atualmente por mais que se criem parâmetros e jurisprudências a respeito do tema, o valor financeiro a ser pago a título de indenização deverá se submeter a um poder discricionário para cada caso proposto a sua análise.

Por isto exposto, nota-se que há uma tendência para decisões discrepantes, em virtude da ausência de regulamentação e do subjetivismo no que concerne a livre convicção do magistrado. O que de fato é uma aplicação perigosa do instituto em estudo para a sociedade brasileira.

Neste prisma, a problemática circunda no que concerne a liquidação do dano moral, uma vez existentes vazios interpretativos dentro da legislação e da jurisprudência,

fazendo com que haja uma fase de liquidação com critérios desmedidos, que para tanto se apresentam como celeuma aos doutos julgadores.

Por isto a necessidade de um diploma legal que trate de forma mais abrangente o tema, de modo que os critérios hoje utilizados, quais sejam, o matemático, o tabelamento, e o arbitramento, evitem banalizar o referido instituto distanciando o levantamento de teses desabonadoras a pessoa humana.

Se em um primeiro momento parece impossível se criar o referido diploma em razão da dificuldade em se prescrever todas as condutas passíveis de geração de dano moral, em um segundo momento, percebe-se ser possível, bastando para se comprovar esse raciocínio citar-se o código penal, que se consubstancia em um diploma legal tipificador de condutas e punições.

Cumpre-se destacar, que teses como a do “mero aborrecimento” e “sensibilidade exacerbada”, não são inerentes ao instituto do dano moral, pois se assim fosse, a demanda judiciária aumentaria vertiginosamente de forma descabida, visto que concretizam situações normais vivenciadas por um homem médio.

A seguir vejamos as jurisprudências que corroboram com o raciocínio desenvolvido no presente capítulo, a primeira concedendo a indenização por motivo justo e a segunda apresentando um possível caso de mero aborrecimento cotidiano.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA EM PROMOÇÃO. RECONHECIDA A LEGITIMIDADE PASSIVA DAS EMPRESAS PROMOTORAS E DA PATROCINADORA DA CAMPANHA PROMOCIONAL. TEORIA DA ASERÇÃO. PRÊMIO QUE POSSUÍA COMO CONDIÇÃO PARA OBTENÇÃO QUE O CONSUMIDOR CONTRATASSE PACOTE DE INTERNET. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. CONDIÇÕES EXPRESSAMENTE PREVISTAS NOS MATERIAIS DE DIVULGAÇÃO DA PROMOÇÃO. AUSENTE TENDÊNCIA OU CAPACIDADE DE ENGANAR O CONSUMIDOR. MERO DISSABOR. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. Caso em que consumidor adquire produtos em promoção realizada pelo comércio local, ganhando cupons para concorrer a prêmios, sendo que dois deles estavam "premiados", mas ao tentar retirar os prêmios, que consistiam em "modens 3G", foi informado de que era exigida a contratação de pacote de dados para uso da Internet. 2. Nos termos da teoria da asserção, a aferição das condições da ação ocorre no plano abstrato, de acordo com o teor da petição inicial. Considerando as alegações da inicial, todas as rés possuem legitimidade para constar do polo passivo da ação, uma vez que foram as realizadoras da promoção impugnada pelo consumidor. Conduta específica de atuação de cada uma das empresas que pode influenciar no deslinde da demanda, mas não leva à ilegitimidade passiva das empresas. 3. Material publicitário e cupons da promoção que possuíam suficientes e claras informações acerca das condições para obtenção dos

prêmios, não havendo intenção de indução do consumidor em erro. Ausência de ilicitude nas condutas das empresas que promoveram a campanha. 4. Ainda na hipótese de que se considerasse como ocorrente a suposta propaganda enganosa, não mereceria prosperar o pleito indenizatório, pois o simples transtorno ou dissabor não constitui hipótese de dano moral indenizável. Inexistência de ofensa a direito da personalidade, no caso concreto. Os fatos também não possuem a gravidade necessária para culminar em abalo psíquico. Eventual sofrimento ou supervalorização dos fatos decorrem de sensibilidade exacerbada não havendo de se cogitar de dever de indenizar. Sentença de improcedência mantida. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70061622395, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 08/10/2014).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR **DANO MORAL**. CONTRATAÇÃO INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE TOMADA DE MEDIDAS DE VERIFICAÇÃO DA IDENTIDADE DO CONTRATANTE. RISCO DO EMPREENDIMENTO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DEVER DE INDENIZAR. SÚMULA 385 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MINORAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. 1. Considerando que o réu não comprovou, ainda que minimamente, a origem do débito, ônus que lhe competia, a inscrição em cadastro de inadimplentes demonstra-se indevida. Ato ilícito configurado. Evidente se mostra a ocorrência dos danos morais pela inscrição indevida do nome do requerente nos cadastros desabonadores. Trata-se de danos morais "in re ipsa", que dispensam a comprovação da sua extensão, sendo estes evidenciados pelas circunstâncias do fato. Presentes os pressupostos da obrigação de indenizar. 2. Não basta para elidir a responsabilidade da instituição financeira demandada argumentar a existência da contratação. Para tanto, seria necessária a demonstração de adoção de medidas consistentes na verificação da idoneidade dos documentos, o que não ocorreu. 3. O simples uso desautorizado dos dados do demandante é, por si só, fato gerador de **dano moral**. Trata-se de **dano moral in re ipsa**, que dispensa a comprovação da extensão dos danos, sendo estes evidenciados pelas circunstâncias do fato. No caso dos autos, a situação se agravada diante da existência de inscrição do nome do consumidor no rol de maus pagadores. 4. Manutenção do reconhecimento da inexistência da dívida, bem como da condenação ao pagamento de indenização por danos morais. 5. Inaplicabilidade da Súmula nº 385 do STJ aos casos de indenização por danos morais decorrentes de inscrição negativa por dívida inexistente, conforme entendimento firmado por esta Corte, sendo que tal circunstância, presente nos autos, deverá influenciar tão somente o arbitramento do quantum indenizatório. 6. Valor da indenização minorado para R\$4.000,00 (quatro mil reais), de acordo com as peculiaridades do caso concreto e os precedentes locais. Sobre o montante indenizatório, deverá incidir correção monetária pelo IGP-M, a contar desta data, e juros de mora de 1% ao mês desde a data em que o autor tomou conhecimento da existência da anotação creditícia indevida (17.09.2010 - fl. 39). 8. Honorários advocatícios mantidos. Artigo 20 do Código de Processo Civil. Recursos parcialmente providos. (Apelação Cível Nº 70049516164, Vigésima Câmara Cível,

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 08/10/2014).

A primeira jurisprudência nos mostra a improcedência de uma situação fática em que um caso de aborrecimento cotidiano, em virtude de uma sensibilidade exacerbada teve seu pleito julgado improcedente, enquanto a segunda, teve seu pleito prosperado, após ser comprovado um dano moral *in re ipsa*, o qual dispensou a comprovação da extensão do dano.

Portanto conforme apresentado nas jurisprudências acima colacionadas, não há o que se confundir entre o dano moral propriamente dito e o mero aborrecimento cotidiano, se analisados através do prisma da razoabilidade e proporcionalidade.

2 CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA REPARAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Depois de sanada a questão conceitual acerca do que é entendido por dano moral e o dano indenizável passaremos a analisar os critérios utilizados para a reparação e quantificação deste instituto, com o escopo de esclarecer como se dá a mensuração nos dias atuais, e, mais adiante, compararmos com o modelo adotado nos Estados Unidos.

Para a reparação do Dano moral, consoante nos ensina PEREIRA (1993) em sua obra Instituições do Direito Civil, são necessários a existência de alguns elementos como a vivência do erro de conduta do agente; a ofensa a um bem jurídico e o nexo de causalidade entre a ação e o dano causado.

Contudo, apesar da existência da comprovação dos três elementos acima citados, ainda assim passaremos por mais um critério, que é a análise de qual tipo de responsabilidade o pretenso ofensor está inserido, podendo ser objetiva ou subjetiva.

Sendo assim, se estivermos nos referindo à responsabilidade civil objetiva o indivíduo que teve seu direito lesionado, deverá provar objetivamente a existência do dano e o nexo de causalidade. Porém se a responsabilidade é subjetiva é necessário que seja comprovado além da existência do dono e o nexo de causalidade a presença do elemento dolo e ou culpa, que poderá este ultimo ser uma ação ou omissão.

Assim, conforme ensina TORRES (2010), especialista em direito privado, os critérios acima citados são essenciais no sentido de se evitarem banalizações do instituto do Dano Moral, havendo através desses elementos uma espécie de juízo de admissibilidade, e após, superada esta fase, emerge na fase de mensuração dos danos morais. Assim avaliado esses aspectos estaremos, de fato, diante da fase mais polêmica, que é a liquidação do dano.

Desde a década de sessenta com o advento da lei nº 4.117 de 1962, que instituiu o Código de Telecomunicações Brasileira, se busca uma forma de regulamentar a quantificação dos danos morais. Elucide-se que a referida lei foi a primeira a tratar do assunto pertinente a estipulação do dano moral, a qual introduziu quatro parâmetros que até hoje são considerados um suporte jurídico para estipulação dos danos morais, quais sejam: a posição social ou política do ofendido; a situação econômica do ofensor; a intensidade do ânimo de ofender e por fim a repercussão da ofensa.

A lei discorre ainda acerca da delimitação entre 05 (cinco) e 100 (cem) salários mínimos para reparação dos danos morais nos casos que envolvam injúria, calúnia, ou difamação, vejamos:

Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.
Parágrafo primeiro: O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. (BRASIL, 1965)

Após o código brasileiro de telecomunicações surgiu então a chamada lei de imprensa, lei nº 5250 de 1967 provendo mais subsídios à mensuração do dano moral, sendo este outro exemplo de tipificação legislativa para auxiliar os magistrados na liquidação do dano moral.

A lei federal nº 5.250/67 nos seus artigos 52 e 53 permitiu ao magistrado arbitrar em até 200 salários mínimos, devendo levar em conta parâmetros quantificadores como a gravidade, a natureza, sofrimento do ofendido e consequência do ato, senão vejamos:

Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:
I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).
II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém;
III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;
IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).
Parágrafo único. Consideram-se jornalistas profissionais, para os efeitos dêste artigo:
a) os jornalistas que mantêm relações de emprêgo com a empresa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão;

b) os que, embora sem relação de emprego, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou transmitidos;

c) o redator, o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico, o editor ou produtor de programa e o diretor referido na letra b, n° III, do artigo 9º, do permissionário ou concessionário de serviço de radiodifusão; e o gerente e o diretor da agência noticiosa.

Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

Art. 54. A indenização do dano material tem por finalidade restituir o prejudicado ao estado anterior. (BRASIL, 1967)

Sendo assim, a referida lei evidencia valores mínimos e máximos os quais o magistrado se basearia para sua possível liquidação do dano. Ressalte-se que a referida lei, nos dias de hoje foi totalmente revogada pelo Supremo Tribunal Federal, todavia continua no nosso ordenamento jurídico como referência.

Ainda não sanada a discussão, surge o projeto de lei do senado n° 150 de 1999, no qual materializa em uma lei o reconhecimento do instituto do dano moral, embora não corrobore para sanar a real problemática existente, que é a sua liquidação.

Em sua redação o projeto de lei introduz ainda expressões que geram maior insegurança na ocasião da liquidação dos danos morais, quais sejam: ofensa de natureza leve, grave, e gravíssima. Vejamos o que diz a redação a seguir:

Art. 11. Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

I – ofensa de natureza leve: até cinco mil e duzentos reais;

II – ofensa de natureza média: de cinco mil duzentos e um reais a quarenta mil reais;

III – ofensa de natureza grave: de quarenta mil e um reais a cem mil reais;

IV – ofensa de natureza gravíssima: acima de cem mil reais.

Portanto, a lei é de fato uma tentativa de agregar novos raciocínios embora mal sucedidos, haja vista, não se tratar do aspecto mais relevante no que se refere ao dano moral, que é a dificuldade de liquidar o mesmo.

Eis que no ano de 2008, desponta o projeto de lei do senado 334, de 2008, de autoria do senador Valter Pereira (PMDB/MS), que hoje se encontra arquivado, configurando mais uma tentativa de criar um diploma legal mensurador do dano moral.

O aspecto de maior crítica do presente projeto seria em seu artigo 6º, quando em sua redação aduz que:

Art. 6º. o valor da indenização por dano moral será fixado de acordo com os seguintes parâmetros, nos casos de:
 morte: de R\$ 41.500,00 (quarenta e um mil reais) a R\$249.000,00 (duzentos e quarenta e nove mil reais);
 lesão corporal: de R\$4.150,00 (quatro mil cento e cinquenta reais) a R\$124.500,00 reais);
 ofensa a liberdade: de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);
 ofensa à honra:
 por abalo de crédito de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$83.000,00 (oitenta e três mil reais)
 de outras espécies: R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);
 descumprimento de contrato de R\$4.150,00 (quatro mil cento e cinquenta reais) a R\$83.000,00 (oitenta e três mil reais).

Assim, o Projeto de Lei do Senado de nº 334 de 2008 propõe mais uma tentativa de “tabelar” valores tentando criar uma espécie de padrão uniformizador, no sentido de conter a conhecida “indústria do dano moral”, o que consequentemente se norteia apenas nos parâmetros objetivos, quando na verdade deve coexistir também o critério subjetivo, isto é, as circunstâncias do caso concreto que poderiam ensejar a fixação do valor devido a título de reparação por dano moral, de forma inferior ou superior, aos parâmetros descritos no artigo 6º do projeto de lei nº 334/2008, deixam de ser observados.

Não obstante, o STJ no ano de 2009, vendo a demanda crescente de indenizações por danos morais no judiciário brasileiro, buscou através de uma tabela estabelecer tetos de mensuração para o dano moral.

A tabela proposta é proveniente de precedentes do STJ concernente a casos geradores de dano moral, bem como valores arbitrados em segunda instância, e no referido tribunal.

A seguir vejamos exemplos de como os danos vêm sendo quantificados no STJ:

Morte dentro de escola = 500 salários

Quando a ação por dano moral é movida contra um ente público (por exemplo, a União e os estados), cabe às turmas de Direito Público do STJ o julgamento do recurso. Seguindo o entendimento da Segunda Seção, a Segunda Turma vem fixando o valor de indenizações no limite de 300 salários mínimos. Foi o que ocorreu no julgamento do Resp 860705, relatado pela ministra Eliana Calmon. O recurso era dos pais que, entre outros pontos, tentavam aumentar o dano moral de R\$15 mil para 500 salários mínimos em razão da morte do filho ocorrida dentro da escola, por um disparo de arma. A Segunda Turma fixou o dano, a ser ressarcido pelo Distrito Federal, seguindo o teto padronizado pelos ministros.

O patamar, no entanto, pode variar de acordo com o dano sofrido. Em 2007, o ministro Castro Meira levou para análise, também na Segunda Turma, um recurso do Estado do Amazonas, que havia sido condenado ao pagamento de R\$ 350 mil à família de uma menina morta por um policial militar em serviço. Em primeira instância, a indenização havia sido fixada em cerca de 1.600 salários mínimos, mas o tribunal local reduziu o valor, destinando R\$ 100 mil para cada um dos pais e R\$ 50 mil para cada um dos três irmãos. O STJ manteve o valor, já que, devido às circunstâncias do caso e à ofensa sofrida pela família, não considerou o valor exorbitante nem desproporcional (REsp 932001).

Paraplegia = 600 salários

A subjetividade no momento da fixação do dano moral resulta em disparidades gritantes entre os diversos Tribunais do país. Num recurso analisado pela Segunda Turma do STJ em 2004, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul apresentou exemplos de julgados pelo país para corroborar sua tese de redução da indenização a que havia sido condenada. Feito refém durante um motim, o diretor-geral do hospital penitenciário do Presídio Central de Porto Alegre acabou paraplégico em razão de ferimentos. Processou o estado e, em primeiro grau, o dano moral foi arbitrado em R\$ 700 mil. O Tribunal estadual gaúcho considerou suficiente a indenização equivalente a 1.300 salários mínimos. Ocorre que, em caso semelhante (paraplegia), o Tribunal de Justiça de Minas Gerais fixou em 100 salários mínimos o dano moral. Daí o recurso ao STJ. A Segunda Turma reduziu o dano moral devido à vítima do motim para 600 salários mínimos (Resp 604801), mas a relatora do recurso, ministra Eliana Calmon, destacou dificuldade em chegar a uma uniformização, já que há múltiplas especificidades a serem analisadas, de acordo com os fatos e as circunstâncias de cada caso.

Morte de filho no parto = 250 salários

Passado o choque pela tragédia, é natural que as vítimas pensem no ressarcimento pelos danos e busquem isso judicialmente. Em 2002, a Terceira Turma fixou em 250 salários mínimos a indenização devida aos pais de um bebê de São Paulo morto por negligência dos responsáveis do berçário (Ag 437968). Caso semelhante foi analisado pela Segunda Turma neste ano. Por falta do correto atendimento durante e após o parto, a criança ficou com sequelas cerebrais permanentes. Nesta hipótese, a relatora, ministra Eliana Calmon, decidiu por uma indenização maior, tendo em vista o prolongamento do sofrimento. “A morte do filho no parto, por negligência médica, embora ocasione dor indescritível aos genitores, é evidentemente

menor do que o sofrimento diário dos pais que terão de cuidar, diuturnamente, do filho inválido, portador de deficiência mental irreversível, que jamais será independente ou terá a vida sonhada por aqueles que lhe deram a existência”, afirmou a ministra em seu voto. A indenização foi fixada em 500 salários mínimos (Resp 1024693).

Fofoca social = 30 mil reais

O STJ reconheceu a necessidade de reparação a uma mulher que teve sua foto ao lado de um noivo publicada em jornal do Rio Grande do Norte, noticiando que se casariam. Na verdade, não era ela a noiva, pelo contrário, ele se casaria com outra pessoa. Em primeiro grau, a indenização foi fixada em R\$ 30 mil, mas o Tribunal de Justiça potiguar entendeu que não existiria dano a ser ressarcido, já que uma correção teria sido publicada posteriormente. No STJ, a condenação foi restabelecida (Resp 1053534).

Protesto indevido = 20 mil reais

Um cidadão alagoano viu uma indenização de R\$ 133 mil minguar para R\$ 20 mil quando o caso chegou ao STJ. Sem nunca ter sido correntista do banco que emitiu o cheque, houve protesto do título devolvido por parte da empresa que o recebeu. Banco e empresa foram condenados a pagar cem vezes o valor do cheque (R\$ 1.333). Houve recurso e a Terceira Turma reduziu a indenização. O relator, ministro Sidnei Beneti, levou em consideração que a fraude foi praticada por terceiros e que não houve demonstração de abalo ao crédito do cidadão (Resp 792051).

Alarme antifurto = 7 mil reais

O que pode ser interpretado como um mero equívoco ou dissabor por alguns consumidores, para outros é razão de processo judicial. O STJ tem jurisprudência no sentido de que não gera dano moral a simples interrupção indevida da prestação do serviço telefônico (Resp. 846273).

Já noutro caso, no ano passado, a Terceira Turma manteve uma condenação no valor de R\$ 7 mil por danos morais devido a um consumidor do Rio de Janeiro que sofreu constrangimento e humilhação por ter de retornar à loja para ser revistado. O alarme antifurto disparou indevidamente. Para a relatora do recurso, ministra Nancy Andrighi, foi razoável o patamar estabelecido pelo Tribunal local (Resp 1042208). Ela destacou que o valor seria, inclusive, menor do que noutros casos semelhantes que chegaram ao STJ. Em 2002, houve um precedente da Quarta Turma que fixou em R\$ 15 mil indenização para caso idêntico (Resp 327679).

Evento	2º Grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	R\$ 4,65 mil	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	R\$ 8 mil	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; resolvido pela garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes	R\$ 232,5 mil	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	R\$ 23,2 mil	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	R\$ 200 mil	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	R\$ 360 mil	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	R\$ 52 mil	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22,5 mil	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

Fonte: STJ (BRASIL,2009)

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça contribuiu em parte para os magistrados buscarem embasamento jurídico em suas liquidações, resultantes de danos morais, apesar de ser ainda um critério bastante instável, pois mitiga a segurança jurídica das relações, e não promover a tutela da pessoa humana.

O critério do tabelamento tem esse aspecto de não observar o princípio da dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, haja vista que, ao estabelecer valores máximos e mínimos o magistrado estaria se limitando a proferir a sentença, não levando em consideração a diversidade do caso concreto, no que se refere aos seus anseios íntimos, não configurando a melhor forma de reparação.

Portando, o tabelamento proposto pela referida tabela pode até mesmo ser estímulo a reincidência e ao cometimento de novos danos, tratando o instituto do dano moral de forma banalizada, visto que é impossível tabelar todas as situações de dano moral.

Outro critério usado para mensurar as indenizações por danos morais é o critério matemático que se dá em razão aos danos materiais, ou seja, os danos morais são calculados sobre o valor de uma perda patrimonial.

Ademais, segundo Maria Celina Bodin:

“no âmbito da problemática da reparação dos danos morais, muito mais relevante, porém, parece ser o fato de que os magistrados não costumam

motivar com precisão como alcançaram o valor indenizatório. Utilizando, na maioria dos casos, os argumentos genéricos da "razoabilidade" e do "bom senso", e quase sempre com base apenas na intuição, a determinação do valor devido – composto pela quantia compensatória somada à atribuída a título de punição – não está vinculada a qualquer relação de causa e efeito, de coordenação com fatos provados no processo, deixando sem detalhamento o percurso que levou o julgador a atribuir aquela quantia, em lugar de outra qualquer. O resultado é a notória disparidade, lamentável consequência das arbitrariedades que surgem em lugar dos arbitramentos determinados pelo legislador."

Dessa forma, adentramos no critério do arbitramento judicial, no qual, o juiz de acordo com a sua livre convicção, pautado na razoabilidade e no seu bom senso, fixa o *quantum debeatum*. No entanto uma vez utilizado este critério notasse que a tendência é aumentar as arbitrariedades no que tange o valor fixado, haja vista a razoabilidade e bom senso serem critérios amplamente subjetivos.

Por outro lado, apesar do arbitramento judicial gerar essa divergência no valor fixado, este critério é o que mais demonstra respeito à dignidade da pessoa humana, pelo fato de o juiz ter o contato direto com as partes, tendo em vista que é ele quem ouve as partes, questiona e determina as provas a serem produzidas.

Destarte, a instabilidade que os magistrados eventualmente sentem no momento da aplicação do critério do arbitramento judicial, se dá em consequência dos vazios legislativos presentes no Código Civil no que concerne a liquidação dos danos morais, senão vejamos:

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

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

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I - o cárcere privado;

II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III - a prisão ilegal.

Assim sendo, o que se percebe nos referidos artigos, é um conteúdo extremamente subjetivo e vazio para oferecer aos juristas critérios objetivos para se apurar o quantum

indenizatório moral, evidenciando que a nossa legislação atual não oferece padrões mínimos e razoáveis para quantificação dos danos morais, mas sim materiais.

3 ESTUDO COMPARADO COM A ARBITRAGEM ESTADUNIDENSE

No Brasil, no quesito tutela dos direitos humanos estamos muito bem amparados através da nossa Constituição Federal, e código civil de 2002 no sentido de haver a possibilidade de reparação dos danos materiais e a compensação dos danos morais.

No entanto, a problemática circunda sob a ótica da função social e da quantificação da indenização recebida pelo ofendido, o que de fato é também um dilema para classe magistrada, visto que não há um diploma legal que estabeleça e regule critérios claros para a quantificação de uma indenização de cunho punitivo.

Nos países Anglo-americanos a aplicação de normas à sociedade é realizada a partir de leis, e precedentes. Nesses países é aplicado o princípio das *punitive damages* ou *exemplary damages* que, correspondem ao instituto do dano moral.

Geralmente as indenizações milionárias são dirigidas à grandes corporações, que através dos júris civis, compostos por pessoas da comunidade e analistas, decidem os casos propostos, sempre com o objetivo de coibir a residência do ato ilícito, por intermédio de indenizações com valores bastante altos.

A revista eletrônica norte americana Lawyers USA, no ano de 2009 citou vários casos de indenizações milionárias, por exemplo a quinta maior indenização, no valor de US\$ 78,75 milhões, foi concedida a uma mulher do estado de Illinois, que contraiu câncer em razão de ter utilizado um hormônio da marca Prempro, fabricado pela indústria farmacêutica Wyeth Pharmaceuticals, uma divisão da Pfizer. Um júri de Nova Jersey reconheceu que o produto, ministrado em terapia de reposição de hormônios, teria causado o câncer de mama contraído por Connie Barton, de 64 anos. (TOOHER,2010)

Recentemente em no ano de 2013 mais um caso foi julgado pelo júri. Em um caso de "negligência tripla", na qual um júri concedeu US\$ 121.500.000 contra três hospitais que trataram um paciente durante um período de um mês, o que começou com uma visita ao consultório para fazer uso da medicação, que evoluiu para uma reação da pele alérgica grave, e posterior dano ao cérebro por falta de oxigênio. (HSLEH, 2013)

Segundo Paolo Gallo (citado por VIANNA, 2014) a indenização punitiva e a compensatória têm finalidades essencialmente distintas. Conforme ele ensina, a indenização compensatória tem a intenção de restabelecer o *status quo ante*, seja na esfera patrimonial,

seja em sua esfera moral; ao passo que a indenização punitiva, centra-se na figura do ofensor com escopo de lhe penalizar, pela ofensa à personalidade do indivíduo ora ofendido.

Assim sendo, a introdução da indenização punitiva no ordenamento brasileiro, ainda figura de uma forma esdrúxula, por não haver amparo legal, ao qual expeça-se, além da compensação indenizatória uma punição ao ofensor, que o desestimele a prática do ato ilícito. Fato é que a parcela adicional recebida pela vítima pode ser entendida como enriquecimento sem causa, o que conseqüentemente, fere o princípio da legalidade, quando nos reportamos ao artigo 884 do código civil.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona ensinam em sua inteligência que:

“ (...) soa verdadeiramente hipócrita a sexta objeção levantada contra a reparabilidade do dano moral, pois mais imoral do que compensar uma lesão com dinheiro, é, sem sombra de dúvidas, deixar o lesionado sem qualquer tutela jurídica e o lesionador ‘livre leve e solto’ para causar outros danos futuros.

Nas palavras de Augusto Zenun, a discussão parece envolvida em “convocações sentimentais, morais, quais sejam ‘a dor não tem preço’, ‘a dor não pode ser avaliada em dinheiro, no equivalente’...não é assim, pois, para tudo, há solução, vez que não se trata de equivalência em dinheiro, mas de se existir algo, ainda que pecuniário para se dar satisfação ao ofendido moralmente”

Conforme Wilson de Melo Da Silva, na ‘falta de reparação ideal quase impossível na espécie, que não se deixe a vítima sem reparação qualquer. O contrário seria a negação dos próprios postulados, superiores, da justiça. Dificuldade não é impossibilidade. E se não pode banir por completo, da alma do lesado a grande dor sentida, que se procure por outros meios, uma atenuação, ao menos, para seu sofrimento. Que algo se faça em seu proveito, ainda que com ajuda mesma, subsidiária, do dinheiro, com o qual se propicie a ele algum lenitivo, algum prazer, alguma distração, alguma sensação outra, neutralizadora, de euforia ou bem estar’

É preciso esclarecer sempre que não há qualquer imoralidade na compensação da dor moral com dinheiro, tendo em vista que não se está “vendendo” um bem moral, mas sim buscando a atenuação do sofrimento, não se podendo descartar por certo o efeito psicológico dessa reparação, que visa a prestigiar genericamente o bem violado.” (GALIANO e FILHO, 2014)

A partir do trecho transcrito acima se percebe então que no Brasil o intuito é desestimular o ofendido a ajuizar ações indenizatórias, com o argumento de que o dano moral não pode ser avaliado em dinheiro e, além disso, pode ainda o dano transmutar-se em mero aborrecimento cotidiano, se não analisado o caso concreto com cuidado e bom senso que o tema requer, o que pode ser uma tentativa de diminuir a judicialização dos danos morais, pois sociedade brasileira ainda tem a visão de que há uma imoralidade de compensar a dor com dinheiro.

No entanto cumpre destacar que o fato de se compensar a dor com dinheiro é uma mera consequência da mudança de natureza e função social do instituto do dano moral, que hoje é compensatória com função de reestabelecer o *status quo ante*.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos é adotada a indenização punitiva com mais consistência, pois lá o objetivo maior é coibir a reincidência no ato ilícito, fazendo com que os valores pagos pelos ofensores reflitam à intenção dos juízes e jurados em estabelecer punições e indenizações que tenham o caráter pedagógico, servindo como exemplo para não haver reincidência.

O renomado filósofo Michael Foucault, em sua obra vigiar e punir ensina em sua inteligência que :

"A certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro. A mecânica exemplar de punição muda as engrenagens" (FOUCAULT, 1987, p.13).

Dessa forma, Michael Foucault deixa claro que é necessário punir o ofensor de forma que este realmente padeça sobre o ato ilícito praticado.

Para isto o estado deverá mudar as suas 'engrenagens' no sentido de que haja a certeza de que, se praticado o ato lesivo a consequência será sempre a punição, além da compensação do dano, ou seja, as indenizações teriam que ter uma função social pedagógica, e não apenas a função reparatória a qual figura o cenário atual do poder judiciário brasileiro.

A ausência de critérios objetivos e subjetivos faz com que vários juízes e tribunais tenham critérios diferentes, e por haver essas divergências, cada magistrado decidirá de acordo com sua livre convicção, se cabe ou não dano moral, fato este que gera uma instabilidade na aplicação do dano moral.

Nesse sentido citaremos a jurisprudência a baixo na qual há a supressão dos critérios objetivos e subjetivos ao valor indenizatório uma caso de cadastro de restrição ao crédito.

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO ILÍCITA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. EXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO PRÉVIA. APLICABILIDADE DA SÚMULA 385, DO STJ. DANO MORAL IMPROCEDENTE. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Recurso Cível Nº 71004873501, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 12/06/2014)

(TJ-RS - Recurso Cível: 71004873501 RS , Relator: Pedro Luiz Pozza, Data de Julgamento: 12/06/2014, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/06/2014)

Na jurisprudência transcrita pretende a recorrente a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, afastada pelo julgador *a quo*, que aplicou a Súmula 385³ do STJ, na sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, pois a requerente já possuía inscrições quando negativado pela ré.

Destarte, conforme a súmula mencionada, o dano moral não é existente nesses casos, embora se visualize uma dissonância com a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor, comprovando mais uma vez a supressão de critérios objetivos e subjetivos.

Portanto, em uma breve comparação com o sistema de reparação civil brasileiro e o norte americano, apesar do sistema americano gerar indenizações com valores muito altos, a ideia central da reparação civil por danos morais não deve apenas ser a aplicação de uma indenização alta, mas a certeza da aplicação de uma indenização na ocorrência de um ato ilícito.

4 A TEORIA DO DESTÍMULO E MELHOR FORMATO PARA LIQUIDAÇÃO DO DANO MORAL

Levantado toda questão acerca da quantificação dos danos morais, se percebe que o poder legislativo tem contribuído no sentido de tentar encontrar uma solução cabível, antes mesmo da nossa Constituição Federal, já havia tentativas de criar parâmetros que norteie os magistrados diante das diversas condutas que ensejam em Dano moral, entretanto diante da complexidade e do subjetivismo do caso, ainda não existe um diploma legal que regule o referido instituto.

Yussef Cahali (1999) sustenta que a preferência será dada à reparação do dano moral, estimada pelo arbítrio judicial, se de difícil comprovação os danos patrimoniais concorrentes. Talvez o caminho seja por aí, visto que conforme dito em capítulos anteriores é o modelo que mais demonstra respeito à dignidade da pessoa humana, embora não se possa negar certa dose de subjetivismo, quando olhado desse prisma proposto por Yussef Cahali.

A doutrina e jurisprudência tendem a elencar uma série de fatores a serem analisados como a extensão do dano, a culpa do ofensor, o poder econômico do ofensor e do ofendido, e dentre outras já mencionadas nos capítulos anteriores, fatores estes que prezam tão somente pela função compensatória do danos morais, que se prestam apenas a reestabelecer o status quo ante.

Contudo o que se nota necessário é a coexistência de duas funções para arbitragem das indenizações por danos morais, quais sejam, a função compensatória, que já se

encontra pacificada por nossa legislação, e a segunda função que em tese já existe, porém, não é pacificada, é a função punitiva a qual seria adotado a teoria do desestímulo.

A teoria do desestímulo tem origem nos Estados Unidos da América, em que o objetivo é a aplicação de uma punição para que o ofensor não reincida no ato ilícito que outrora havia realizado.

Dessa forma, vislumbra-se que a teoria do desestímulo, seria a teoria mais eficiente a ser regulamentada pela tão esperada “Lei do Dano Moral”, pois, assim como nos Estados Unidos, serviria também como exemplo para o não cometimento da conduta ilícita, sendo também uma ferramenta de controle social.

Segundo o psicólogo Burrhus Frederic Skinner, que estudou o comportamento humano no século XX, o homem se modifica de acordo com o meio social. O estudo elaborado por ele, adotou o modelo de seleção pelas consequências advindas das ações, o qual, explica que o ser humano é sensível as consequências de seu comportamento, isto é, o ser humano atua, age, e a depender da consequência volta ou não a fazer da mesma forma como outrora foi feito.

Sabendo que o homem é movido pela satisfação pelo prazer, e pelas consequências de suas ações. Skinner afirma quando as consequências forem aversivas decresce a probabilidade futura da resposta que antecedeu.

Assim sendo, o objetivo dentro do âmbito jurídico, é fazer com que o pretenso ofensor do dano moral, dentro de um conjunto de ações, respostas e consequências, decresça o seu repertório comportamental, ao ponto de fazê-lo parar o que estava fazendo. Enquanto para a sociedade, a conduta seja um exemplo a não ser seguido, por haver uma consequência negativa à aquele que cometeu o ato ilícito visto que, as consequências aversivas decrescem a probabilidade futura da resposta que a antecedeu.

Nesse sentido, o juiz como agente político, deveria para aplicar Teoria do Desestímulo presente no instituto do Punitive Damages, estar respaldado, por exemplo, no pensamento de B.F Skinner, já que diante da punição dos comportamentos, podem diminuir a frequência de emissão desse padrão, no intuito de modificar a realidade atual do judiciário brasileiro, que é de controle e limitação das indenizações por danos morais, sem efetiva fundamentação.

O especialista em Direito Privado Marcelo Torres (2010), propõe em seu artigo, que o melhor formato para a liquidação do dano moral seria o decreto Lei nº. 2.848, que instituiu o Código Penal Brasileiro, no qual prescrevem penas restritivas de liberdade em desfavor daqueles que incorram nas condutas ali dispostas.

Contudo, o mesmo assevera que a dificuldade está na taxação das citadas condutas, o que dificultaria uma lei de caráter civil que conseguisse abarcar todas as condutas geradoras do dano moral, uma vez que estas abrangem um universo bastante extenso.

De fato analisando o comportamento da sociedade atual, a qual, cada vez mais se busca facilidades para sua vida em comunidade, se verifica que através das relações interpessoais pode-se repentinamente e da mais variada forma emergir em um possível caso de dano moral, formando portanto obstáculos na criação de um rol taxativo que viesse a dispor uma situação que constituísse o dano moral assim como fez o Código Penal, vejamos por exemplo o artigo 121:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo: (Vide Lei nº 4.611, de 1965)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977) (BRASIL, 1940)

Isto posto, vislumbra-se a partir do Código Penal, um modelo que poderia se adequar ao diploma legal que regulamente a quantificação dos danos morais, apesar da sua dificuldade taxativa conforme ensina Marcelo Torres.

No entanto apenas a criação de um diploma legal não seria o suficiente, pois conforme já fora elucidado é necessária a introdução do raciocínio jurídico no que tange a coexistência da natureza punitiva além da compensatória das indenizações por danos morais.

Dessa forma o objetivo maior é coibir a reincidência no ato ilícito, fazendo com que os valores pagos pelos ofensores reflitam à intenção dos juízes em estabelecer punições e indenizações que tenham o caráter pedagógico, servindo como exemplo para não haver reincidência conforme ensina o renomado filósofo Michael Foucault:

"A certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro. A mecânica exemplar de punição muda as engrenagens" (FOUCAULT, 1987, p.13).

Igualmente, o melhor formato para a liquidação dos danos morais, seria então um formato análogo ao código penal, em que a pena não seria uma restrição a liberdade, mas sim uma punição que incidisse diretamente no patrimônio econômico do ofensor desde que analisado a sua possibilidade econômica.

Por fim, cumpre resaltar que o melhor modelo será aquele que ofereça a classe magistrada a devida segurança jurídica quanto a mensuração e a liquidação dos danos morais, pois, não adianta adotar uma segunda função, no caso punitiva, sem que haja um respaldo legal suficiente abordando critérios objetivos e subjetivos que se avalie o *quantum debeatur*, visto que se assim for executado, se permanecerá em um cenário de divergências, e jurisprudências cada vez mais discrepantes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre o dano moral considerasse um instituto já pacificado na doutrina e na jurisprudência, é inegável a obrigação existente para aquele que causar prejuízo a outrem. No entanto a legislação e a jurisprudência não são suficientes para liquidar os danos morais, visto que ainda é bastante indefinida.

No cenário jurídico brasileiro, utiliza-se bastante da livre convicção do juiz para mensurá-los, entretanto o raciocínio utilizado nem sempre faz desaparecer a dor do ofendido, e para a sociedade, também nem sempre gera a repercussão que deveria ter, o que muitas vezes, corrobora tanto para reincidência do ato ilícito, como para decisões discrepantes em casos semelhantes.

Alguns ordenamentos jurídicos surgiram antes e após da criação da nossa constituição federal, no intuito de preencher as lacunas existentes, porém não alcançaram o

objetivo de suas criações por não ofertarem aos magistrados um suporte jurídico plausível, inclusive o Código Brasileiro de Telecomunicações e a Lei de Imprensa se encontram com sua eficácia revogada.

Viu-se também que surgiram projetos de leis, mas encontram-se estagnados em razão de não configurarem os reais fundamentos para apreciação dos danos morais.

Dessa forma nota-se que há uma tendência para decisões discrepantes, em virtude da ausência de regulamentação, e, do subjetivismo no que concerne a livre convicção do magistrado. O que de fato é uma aplicação perigosa do instituto estudado para a sociedade brasileira, frente a sua banalização.

O Superior Tribunal Justiça se pronunciou a respeito do tema ofertando uma tabela, a qual, oferta valores mínimos e máximos para mensuração do dano moral. Foi criticado a referida tabela, pois mitiga a segurança jurídica das relações, e não promover a tutela da pessoa humana, haja vista que, ao estabelecer valores máximos e mínimos o magistrado estaria se limitando a proferir a sentença, não levando em consideração a diversidade do caso concreto.

Por fim, na busca pelo melhor formato para a liquidação dos danos morais sugere-se o modelo estadunidense do Punitive Damages por este aplicar a função punitiva pautado na teoria do desestímulo com maior estabilidade jurídica, teoria esta que analisada pela ótica Skinneriana, seria eficiente em virtude de trazer uma consequência social positiva, a qual, quando as consequências forem aversivas decresce a probabilidade futura da resposta que antecedeu. Além disso, apesar de ser configurado por altas indenizações, o referido instituto pretende a diminuição de reincidência no ato ilícito, o que se alcança o objetivo quando a punição ao ofensor atinge de modo considerável o seu patrimônio econômico. Fazendo com que pessoas jurídicas por exemplo cumpram sua prestação de serviço ou fornecimento de produtos, de forma mais eficiente, e até mesmo preservando o patrimônio moral dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, A; MASSON, K; ANDRADE, L. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 4ª ed. São Paulo: método,

BAROUCHE, T. O. **Os danos morais e o judiciário – a problemática do quantum indenizatório**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9563&revista_caderno=7>. Acesso em: 15 out. 2014.

BOCK, A. M; FURTADO, O; TEIXEIRA, M. L. T. **Psicologias uma introdução ao estudo da psicologia**. 14º Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BODIN, M. C. Dano à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: renovar, 2003. Disponível em <<http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=JkNURqGpCkC&oi=fnd&pg=PA1&dq=maria+celina+bodin&ots=AxmADwZpMZ&sig=Sd2n142VOno5ZJ56DJ7LAnwxM3k#v=onepage&q=maria%20celina%20bodine&f=false>>. Acesso em 02 setembro de 2014.

BRASIL. Código Civil Brasileiro, Brasília senado federal, 2002

BRASIL. Constituição federal da república federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, xx de xxxx de xxxx, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 25 de agosto de 2014.

_____. Decreto Lei nº 2.848 de xxxxx de xxxx. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, xx de xxxx de xxxx. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: xx de xxxxxx.

_____. Projeto de Lei nº 150 de 1999. Senado Federal. Brasília, DF. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1459>. Acesso em: 03 set 2014.

_____. Projeto de Lei nº 334 de 2008. Senado Federal. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=109399&tp=1>>. Acesso em 03 set.2014.

_____. STJ. Tabela de quantificação de danos morais. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em 03 out. 2014.

CAHALI, Y. S. **Dano moral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

DINIZ, M, H. Curso de direito civil brasileiro. v. 7. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Código civil anotado, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FILHO, S. C. **Programa de responsabilidade civil**. 11º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir – nascimento da prisão**. 41º ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

FURMAN, I; BITENCOURTT, G. Mensurando o preço da dor. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 59, Ano 15, 2014.

GAGLIANO, P. S; FILHO, R. P. Novo curso de direito civil. v. 3. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HSIEH, S. \$121.5 million awarded for ‘triple malpractice’. Lawyers USA: Your Business Partner. Boston/USA. Publicado em 21 de janeiro de 2013. Disponível em <<http://lawyersusaonline.com/blog/2013/01/21/121-5-million-awarded-for-triple-malpractice/>>. Acesso em: 03 set. 2014.

NETO, Fernando Sacco **Cadastro de proteção ao crédito parte geral 1**, 1ª ed. São Paulo: Ed. Gen/ método .

PEREIRA, C. M. S. **Instituições do Direito Civil**, 12ª ed. Vol II, Forense, 1993.

SILVA, A. L. **Dano moral e sua reparação civil**. Ed. Revista dos tribunais 4ª edição revista atualizada e ampliada. Américo Luís Martins da silva.

SKINNER, B. F. **Ciência e comportamento humano**, 10º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TOOER, N. Top Ten Jury Verdicts Countdown #5. Lawyer USA:Your Bussines Partner.Boston/USA. Publicado em 15 de Janeiro de 2010. Disponível em <<http://lawyersusaonline.com/blog/2010/01/15/illinois-woman-wins-7875-million-prempo-verdict/>>. Acesso em 03 set.2014.

TORRES, M. H. S. **a necessidade de criação de um diploma legal mensurador do dano moral ante a patente fragilidade exposta pelos critérios objetivos e subjetivos de liquidação**. Natal: universidade potiguar, 2010.

VIANNA, Indenização punitiva no Brasil desafios e configurações.**Revista de Direito Privado**. São Paulo,v.52,ano 15, 2014.