

CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Por ROMUALDO BAPTISTA DOS SANTOS¹

Introdução. 1. A responsabilidade civil na Pós-Modernidade. 2. Aspectos gerais sobre responsabilidade civil: conceito, classificação, pressupostos, funções. 3. O dano como pressuposto da responsabilidade civil: conceito, modalidades, características. 4. Caracterização do dano moral. 5. Critérios para fixação da reparação por dano moral. Conclusão.

Introdução

O presente estudo é elaborado especialmente para o XXXV Congresso Nacional de Procuradores do Estado - O Estado Brasileiro no Século XXI - Perspectivas e Desafios para a Advocacia Pública, promovido pela Associação Nacional de Procuradores de Estado – ANAPE e pela Associação dos Procuradores do Estado do Ceará – APECE, a realizar-se no período de 19 a 23 de outubro de 2009, no Centro de Convenções do Hotel Gran Marquise Fortaleza, CE. O tema proposto é *Critérios para fixação da indenização por dano moral*.

Faremos uma breve exposição sobre os aspectos gerais da responsabilidade civil, com destaque para a sua função e sua perspectiva nesses novos tempos de forte influência do direito sumulado e da principiologia jurídica. Em seguida, procuraremos fixar o conceito e os caracteres dos danos morais. Por fim, enfrentaremos o problema dos critérios de fixação do valor da reparação, evidenciando que a atividade jurisdicional não pode ser completamente desgarrada de fatores objetivos.

1. A responsabilidade civil na Pós-Modernidade.

Antes de adentrar propriamente ao tema da responsabilidade civil, convém situar este instituto sob o prisma a virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade. Com efeito, o mundo se transforma constantemente e o Direito

¹ Romualdo Baptista dos Santos, Procurador do Estado de São Paulo, mestrando em Direito Civil pela USP, monitor e professor na Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado, professor convidado em cursos de graduação e pós-graduação, autor de vários artigos jurídicos, co-autor do volume 5 – Responsabilidade Civil da Coleção Direito Civil orientada pela Prof. Giselda Hironaka, pela Editora Revista dos Tribunais.

acompanha essas transformações, posto que se alimenta dos fatos vividos nas sociedades. Assim, a compreensão dos fenômenos jurídicos deve ter em perspectiva o momento histórico-cultural em que se passam.

a) A virada paradigmática

Podemos definir paradigma como o modo genérico pelo qual as pessoas pensam e agem em cada momento da História. O paradigma organiza e ao mesmo tempo limita o pensamento, excluindo outras formas de pensar. Em cada período da História, os seres humanos se comportam e se orientam de acordo com o paradigma vigente.²

A Modernidade foi um período que se caracterizou pelo desenvolvimento dos seres humanos em todos os aspectos da vida. Racionalismo, positivismo, progressismo e superlativismo são expressões que de algum modo se relacionam com a Modernidade.

O *racionalismo* moderno proporcionou grande desenvolvimento científico e tecnológico, com a construção de máquinas cada vez mais rápidas e potentes, o que possibilitou, num primeiro momento, a conquista do espaço e o domínio total do homem sobre a natureza.³ Também é característica da Modernidade o *superlativismo*, na medida em que o homem buscava cada vez mais se acercar de bens materiais e imateriais. A acumulação de riqueza favoreceu o capitalismo, levando à conclusão de que a razão tornou-se vassala do capital.⁴

A razão moderna produziu um modo de pensar a que se convencionou chamar de *positivismo*, tendo como matriz o primado cartesiano das idéias claras e limpas e como grande mentor o francês Auguste Comte.⁵ No Direito, o positivismo se manifestou por intermédio de Hans Kelsen e de Norberto Bobbio, que fixaram a norma jurídica e o ordenamento jurídico como objetos de estudo do Direito.⁶

Ocorre que desde a nascente do racionalismo, importantes vozes se levantaram

² Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade: a crítica freudiana ao paradigma moderno*, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 22.

³ Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, trad.: Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 128.

⁴ Max Horkheimer, *Eclipse da Razão*, trad. Sebastião Uchoa Leite, São Paulo: Centauro, 2002, p. 13.

⁵ Bertrand Russell, *História do pensamento ocidental*, trad.: Laura Alves e Aurélio Rebello, Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 442.

⁶ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, trad.: João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000; Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, trad.: Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Cláudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, 10ª ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, p. 23/31.

contra a idéia de que a razão era capaz de resolver todos os problemas da vida.⁷ Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844-1900) foi o primeiro dos grandes filósofos a criticar a sistematicamente hegemonia da Razão e o progressismo da Modernidade, razão pela qual é considerado o pai da Pós-Modernidade.⁸

A constatação definitiva de que a racionalidade é insuficiente para dar respostas aos problemas da vida em sociedade veio com o Holocausto da Segunda Guerra Mundial. Ali ficou demonstrado cabalmente que a engenhosidade humana era capaz de produzir máquinas velozes e poderosas, mas sua bestialidade era capaz de destiná-las à destruição e ao genocídio.⁹

Merecem destaque os pensadores da Escola de Frankfurt, como Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse e Eric Fromm, tendo como idéia central a crítica ao racionalismo, ao capitalismo e ao consumismo, inspirados no desconstrutivismo de Nietzsche e no comunismo de Karl Marx.¹⁰ A partir de então a quase totalidade dos pensadores admite alguma forma de superação da Modernidade e a passagem para um momento ainda indefinido, a que se convencionou chamar de Pós-Modernidade.

A passagem da Modernidade para a Pós-Modernidade produziu transformações em todas as áreas de atividade dos seres humanos: filosófico, científico, econômico, sócio-cultural etc. Por isso, dizemos que se trata de uma virada paradigmática.

No plano sócio-cultural podemos perceber uma profunda transformação dos costumes, que Agnes Heller e Ferenc Fehér creditam em grande parte ao movimento feminista, que de início produziu transformações nos lares e nos ambientes de trabalho, mas depois repercutiu em todos os setores da vida.¹¹ O "*como eu me sinto*" deixou a esfera privada e ingressou na arena pública.¹²

No plano científico, observa-se o reconhecimento da complexidade e da

⁷ Blaise Pascal (1623-1662), Baruch de Spinoza (1632-1677) e Friedrich Heinrich Jacobi (1743-1819).

⁸ Friedrich Wilhelm Nietzsche, *O nascimento da tragédia*, trad.: J. Guinsburg, São Paulo: Companhia das Letras, 2007, *passim*; _____, *Nietzsche: obras incompletas*, trad.: Rubens Rodrigues Torres Filho, coleção Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1999, *passim*.

⁹ Eduardo Carlos Bianca Bittar, *O direito na pós-modernidade*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 94/95; Sérgio Paulo Rouanet, *Mal-estar na Modernidade: ensaios*, 2ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 120/181;

¹⁰ Eduardo Carlos Bianca Bittar, *O direito na pós-modernidade*, obra citada, p. 115.

¹¹ Agnes Heller e Ferenc Fehér, *A condição política pós-moderna*, trad.: Marcos Santarrita, 2ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 57/58.

¹² Flávia Piovesan e Daniela Ikawa falam em visibilidade para o direito (*A Violência Doméstica Contra a Mulher e a Proteção dos Direitos Humanos*, in *Direitos Humanos no Cotidiano Jurídico*, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2004, p. 49/50).

circunstancialidade dos objetos do conhecimento. O sujeito que conhece é complexo, assim como é complexa a realidade que se pretende conhecer. O conhecimento se dá não somente pela apreensão dos objetos pelo sujeito, mas pela aproximação e pelo envolvimento entre um e outro.¹³

No plano jurídico, a par do reconhecimento da complexidade e da circunstancialidade das pessoas e dos objetos, a Pós-Modernidade se anuncia pela centralização da dignidade da pessoa humana, pela doutrina dos direitos fundamentais, pela emergência do princípio da afetividade e pela flexibilização das normas mediante aplicação direta dos princípios aos casos concretos. Há, verdadeiramente, uma alteração no eixo axiológico sobre o qual se sustenta a dogmática e a prática jurídica.

b) A centralização da pessoa humana, a doutrina dos direitos fundamentais, o princípio jurídico da afetividade e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

A principal modificação que se pode apontar, no direito positivo, foi sem dúvida inscrição da dignidade da pessoa humana com um dos fundamentos da ordem social, o que reflete a mudança do eixo central sobre o qual se assenta todo o sistema jurídico. No que se refere especificamente ao direito privado, pode-se dizer que anteriormente se destinava a proteger o patrimônio das pessoas e que agora almeja, precipuamente, a proteção da pessoa; só em decorrência disso é que surge a proteção ao patrimônio.¹⁴

Essa mudança de eixo deu origem à doutrina dos direitos fundamentais, que constituem o núcleo essencial da pessoa diretamente relacionados ao princípio fundamental da dignidade humana. O nome, a imagem, a honra ou dignidade subjetiva são aspectos indissociáveis da personalidade e por isso devem ser preservados.¹⁵

Do mesmo modo, a integridade física e psíquica surge como valor jurídico passível

¹³ Edgar Morin, *Introdução ao pensamento complexo*, trad. Eliane Lisboa, Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 6; Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 115/126. José de Ortega y Gasset já em 1914 anunciava a circunstancialidade do conhecimento com a denominada *parábola do bosque* (*Meditaciones Del Quijote*, Madrid: Revista Del Occidente en Alianza Editorial, 2005, p. 34/35).

¹⁴ No direito italiano, Pietro Perlingieri utiliza o termo *despatrimonialização* para afirmar a prevalência da pessoa humana sobre qualquer valor patrimonial (*Perfis do direito civil*, trad.: Maria Cristina de Cicco, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33). Entre nós, Luís Roberto Barroso fala em despatrimonialização ou repersonalização do direito (*O neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, in: Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 11 mar. 2007). Confira-se também e Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, obra citada, p. 78.

¹⁵ Carlos Alberto Bittar. *Os direitos da personalidade*, 7ª ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 10; Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro, 1º Volume, Teoria geral do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 122.

de proteção pelo ordenamento, visto que se trata de um dos aspectos essenciais da personalidade. Todavia, o direito à integridade psíquica não é estático, mas dinâmico, de modo que o Direito deve proteger também o desenvolvimento do psiquismo, posto que este é um aspecto indispensável à adequada realização da pessoa.¹⁶

Então, as relações de afeto surgem como valor jurídico, posto que são necessárias ao amplo desenvolvimento da pessoa humana. Por isso se fala, na atualidade, em *princípio jurídico da afetividade*, posto que não se pode conceber o ser humano despidido de seu aspecto afetivo. A afetividade se constitui num princípio que rege todas as ações na vida em sociedade e se prende diretamente ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.¹⁷

Cabe lembrar ainda que a virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade representa ruptura com o dogmatismo jurídico. O direito abre-se para a complexidade e para a flexibilidade, não havendo mais a busca pelas certezas inarredáveis. Em consequência, muitas decisões judiciais são orientadas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, especialmente em matéria de direitos existenciais.¹⁸

c) A função da responsabilidade civil na Pós-Modernidade

O direito moderno pautou-se pelo positivismo filosófico de Auguste Comte. O direito era aquele que estava contido nas leis e nos códigos. O indivíduo dotado da capacidade de se autodeterminar era sujeito de direitos e obrigações. Sua vontade o vinculava de forma inarredável e a propriedade era um direito absoluto.¹⁹ A função do

¹⁶ Giselle Câmara Groeninga, *O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade*, in: Rodrigo da Cunha Pereira, *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 439/455.

¹⁷ Paulo Luiz Netto Lobo, *Princípio jurídico da afetividade na filiação*, texto extraído do site Jus Navigandi, Teresina, A.4, nº 41, disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>, acesso em 6/11/2004; Rodrigo da Cunha Pereira, in: *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*, nº 34, ano 5, set-out/2005.

¹⁸ Adauto de Almeida Tomaszewski, *A lógica do razoável e o negócio jurídico: reflexões sobre a difícil arte de julgar*, disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 18/10/06.

¹⁹ Vide o que constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*"; do preâmbulo da Constituição francesa de 1891: "*La Constitution garantit l'inviolabilité des propriétés, ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice. Les biens destinés aux dépenses du culte et à tous services d'utilité publique appartiennent à la Nation, et sont dans tous les temps à sa disposition. La Constitution garantit les aliénations qui ont été ou qui seront faites suivant les formes établies par la loi*"; e do Código Civil francês de 1804: "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*".

direito moderno era proteger o indivíduo e a propriedade privada, justamente para evitar os abusos do Estado absolutista. O indivíduo se vinculava aos bens de modo absoluto, o que em tese impedia a intervenção do Estado na seara do direito privado.

O direito contemporâneo ou pós-moderno tem a função precípua de proteger a dignidade da pessoa humana. A atribuição de direitos como o de propriedade é apenas um meio para alcançar aquele desiderato. Percebe-se, então, uma virada no eixo axiológico que sustenta o direito num e noutro momento: antes se protegia a propriedade, que se vinculava ao indivíduo; agora se protege a pessoa, a quem se atribui a posse e a propriedade dos bens.

No direito anterior não se indagava da subjetividade do indivíduo, bastando que este reunisse as condições necessárias para adquirir direitos e contrair obrigações. No direito atual, a proteção da pessoa envolve a proteção dos seus atributos, isto é, da sua personalidade. Os direitos são atribuídos à pessoa na medida em que servem para a sua dignificação.

Também a noção de patrimônio sofreu transformação: a noção moderna de patrimônio é o acervo de bens materiais que se prende ao indivíduo; a noção contemporânea é mais abrangente para alcançar todos os bens materiais e imateriais que são atribuídos a uma pessoa.²⁰

A pessoa é complexa e a personalidade se constitui no relacionamento com as demais pessoas.²¹ A pessoa possui uma estrutura física e psíquica, cuja manutenção depende dos bens materiais e imateriais. Portanto, para manutenção da personalidade, o direito deve preservar a estrutura física e psíquica das pessoas, mediante a possibilidade de adquirir direitos e contrair obrigações de natureza material, mas também possibilitar o desenvolvimento das potencialidades pessoais.²²

²⁰ Remetemos o leitor ao que escrevemos em outro trabalho acerca desse assunto: Romualdo Baptista dos Santos, *Teoria geral da responsabilidade civil*, in: *Coleção Direito Civil*, v. 5 – *Responsabilidade Civil*. Coord.: Vaneska Donato de Araújo. Orient.: Giselda M. F. Novaes Hironaka. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

²¹ Em Piaget, esse fenômeno tem o nome de equilíbrio (Yves de La Taille, Marta Kohl de Oliveira e Heloisa Dantas, *Piaget, Vygotsky e Wallon: teorias psicogenéticas em discussão*, São Paulo: Summus, 1992, p. 11/12; Georges Lerbet, *Piaget*, trad.: Nadyr de Salles Penteadó, São Paulo: Ed. Nacional, 1976, p. 13/22; Márcia Regina Terra, *O desenvolvimento humano na teoria de Piaget*, disponível em <http://www.unicamp.br/iel/site/alunos/publicacoes/textos/d00005.htm>, acesso em 31/07/2006).

²² Freud assegura que *É preciso amar para não adoecer* (Carlos Alberto Plastino, O primado da afetividade, obra citada, p. 76). Ver também Giselle Câmara Groeninga, *O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade*, texto citado. Para Kaufman, viver é constituir a personalidade, é tornar-se pessoa (Arthut Kaufman, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, obra citada, p. 67/68). Para Heidegger, o homem constrói o mundo diante de si e, ao construí-lo, constrói a si

Assim, a estrutura da personalidade está em linha com a possibilidade de desenvolvimento intelectual e psíquico, bem assim com o estabelecimento e manutenção dos laços de afeição. E tudo isso se liga ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um fundamento da ordem jurídica.

É nesse ambiente que surge a doutrina dos danos morais e de sua reparabilidade, visto que o dano moral nada mais é do que dano à personalidade. No direito anterior não se falava em reparação de dano moral porque o direito se ligava somente à proteção da posse e da propriedade dos bens materiais. Na contemporaneidade, o direito visa à proteção da pessoa humana e dos seus atributos, isto é, dos direitos da personalidade. Há, nitidamente, uma mudança de perspectiva.

Então, a responsabilidade civil que antes se destinava somente a repor o patrimônio material dos indivíduos, agora tem também a função de recompor a esfera mais íntima da personalidade; aqueles bens que por não terem expressão econômica são chamados de bens morais. Em suma, a responsabilidade civil na Pós-Modernidade tem também a função de proteger os direitos da personalidade.

2. Aspectos gerais sobre responsabilidade civil

a) Conceito

A responsabilidade civil é um importante capítulo da dogmática jurídica, razão pela qual seu conceito pode ser encontrado em todos os civilistas renomados. Sílvia Rodrigues a define como *"a obrigação que pode incumbir uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam"*.²³ Carlos Roberto Gonçalves vincula a responsabilidade civil ao do direito das obrigações, tendo como fonte os atos ilícitos: *ações ou omissões praticadas com infração a um dever de conduta, das quais resulta dano para outrem*.²⁴ Sérgio Cavalieri Filho diz que a responsabilidade civil *"é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário"*.²⁵

mesmo (Marilena Chauí, *Heidegger: vida e obra*, Coleção Pensadores: Pascal, São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 9).

²³ Sílvia Rodrigues, *Direito civil, vol. 4 - responsabilidade civil*, 4ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 1979, p. 4.

²⁴ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, 9ª ed. revista de acordo com o novo CC, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

²⁵ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, 6ª ed. revista e aumentada, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23.

Entendemos que a responsabilidade civil está relacionada à noção de que somos responsáveis pelos fatos decorrentes da nossa conduta, isto é, que devemos nos *conduzir* na vida sem causar prejuízos às outras pessoas, pois se isso acontecer ficamos sujeitos a reparar os danos. E, de outra parte, significa que as pessoas têm o direito de não serem injustamente invadidas em suas esferas de interesses, por força de nossa *conduta*, pois caso isso aconteça têm elas o direito de serem indenizadas na proporção do dano sofrido. Vemos então que a responsabilidade civil está ligada à *conduta* que provoca dano às outras pessoas.²⁶

b) Natureza

Inicialmente, cabe lembrar a clássica distinção entre direito e moral, encontrada nas lições do mestre italiano Giorgio Del Vecchio. Na moral, é o próprio sujeito quem determina a sua obrigatoriedade da sua conduta, ao passo que no plano jurídico o dever de conduta decorre da lei, que é imposta pela coletividade. O que diferencia as duas modalidades de conduta é a coercibilidade que caracteriza o Direito e que não se encontra nas regras morais.²⁷

A responsabilidade civil é dever jurídico e não apenas moral. É um dever de conduta imposto pela ordem jurídica, segundo o qual devemos nos conduzir na vida sem causar prejuízos às demais pessoas. Em vista disso, Sérgio Cavalieri Filho diz que "*não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência ou à vontade dos indivíduos*".²⁸

Além disso, cabe analisar a responsabilidade civil sob o prisma da distinção entre deveres e obrigações. Fernando Noronha diz que deveres em jurídicos são aqueles que contam com a coerção estatal, ao passo que os extrajurídicos, assim entendidos os deveres morais, os religiosos e os de trato social, não contam com essa coerção. Obrigação em sentido amplo é sinônima de dever jurídico; obrigação em sentido estrito pode ser conceituada como o vínculo jurídico bilateral, pelo qual uma parte deve realizar uma prestação em benefício da outra.²⁹

²⁶ Romualdo Baptista dos Santos, *Teoria geral da responsabilidade civil*, in: *Coleção Direito Civil*, v. 5 – *Responsabilidade Civil*. obra citada, p. 27.

²⁷ Giorgio Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, apud Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, p. 344.

²⁸ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, obra citada, p. 23.

²⁹ Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3/13.

Como se pode perceber, existem deveres de conduta impostos pelo direito e pela moral.³⁰ A violação de um dever moral produz conseqüências internas para o agente, o qual pode se sentir culpado e até procurar reparar o dano por vontade própria. Já a violação de um dever jurídico tem suas conseqüências previstas no ordenamento jurídico, dentre as quais se destaca a obrigação de reparar o dano. Ou seja, só o direito é coercível e só a violação de um dever jurídico faz nascer uma obrigação, nesse sentido estrito e técnico de que fala Fernando Noronha. A violação dos deveres morais jamais pode dar origem a alguma obrigação, dada a ausência de coercibilidade.

Sergio Cavalieri Filho diz que na responsabilidade civil há duas espécies de deveres: um originário, que corresponde à cláusula geral de não causar danos; e um secundário, que decorre da violação do primeiro e consiste no dever de reparar os danos.³¹

c) Classificação

A responsabilidade civil pode receber inúmeras classificações, conforme os pontos de abordagem. De acordo com Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil pode ser classificada quanto ao fato gerador, em contratual e extracontratual; quanto ao fundamento, em objetiva e subjetiva; quanto ao agente, em direta e indireta.³²

Diz-se *contratual* a responsabilidade quando a conduta exigida, assim como as conseqüências do inadimplemento, decorrem de acordo de vontades entre as partes envolvidas. Já a responsabilidade *extracontratual*, também chamada de *aquiliana*, tem por origem o dever geral de não causar danos previsto no art. 186 c/c 927 do Código Civil.

Em regra, a responsabilidade civil é *direta*, pois decorre diretamente da conduta do agente próprio agente (CC, art. 186 c/c 927). Em algumas hipóteses, porém, a responsabilidade é *indireta*, quando alguém é chamado a responder pelos danos decorrentes da conduta de outras pessoas (CC, art. 933), bem como pelos fatos causados por coisas e animais que tenha sob sua guarda (CC, arts. 936 a 938).

³⁰ De acordo com Miguel Reale, a Moral é o mundo das condutas espontâneas, enquanto o direito é coercível (*Lições preliminares de direito*, 8ª ed. Revista, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 44).

³¹ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, obra citada, p.

³² Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, 7º vol., *responsabilidade civil*, 19ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 127/130. Confira-se também Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, obra citada, p. 36/40, e Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, obra citada, p. 484/494.

Por último, cabe distinguir entre responsabilidade objetiva e subjetiva: a primeira se funda na culpa; a segunda no risco da atividade. A responsabilidade civil subjetiva tem sua origem remonta à *Lex Aquilia de Damno*, mas foi consagrada em todas as codificações modernas, a partir dos arts. 1.382 e 1.383 do *Code Napoleon*. No direito brasileiro, a responsabilidade subjetiva foi prevista no art. 159 do Código Civil de 1916 e se reproduziu nos arts. 186 c/c 927, *caput*, do Código Civil de 2002.

A responsabilidade objetiva tem origem remota no art. 1.384, § 1º, do Código Civil francês. Entre nós, a teoria do risco teve seu desenvolvimento especialmente a partir da tese de livre docência de Alvinio Lima, defendida em 1938 na Universidade de São Paulo.³³ O Código Civil de 2002 contém uma a regra geral sobre responsabilidade objetiva, no art. 927, parágrafo único, além de vários outros dispositivos específicos, como o art. 933, que trata da responsabilidade por fatos de terceiros, e os arts. 936 a 938, que cuidam da responsabilidade por fato das coisas e animais. O art. 37, § 6º, da Constituição prevê a responsabilidade objetiva do Estado e das empresas concessionárias de serviço público. O art. 12 do Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a responsabilidade objetiva pelo fato do produto nas relações de consumo. A Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977, e a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõem respectivamente sobre a responsabilidade objetiva por danos nucleares e ambientais.

d) Funções

O Direito tem a função de regular a vida em sociedade, pacificando os conflitos de interesse e tornando possível a convivência entre os homens. Mas as leis éticas, dentre as quais se incluem as regras jurídicas, pressupõem a possibilidade de descumprimento, ou seja, a norma existe para ser cumprida, mas ao mesmo tempo prevê a sanção aplicável para o caso de descumprimento.³⁴

No caso da responsabilidade civil, a regra geral de *non ledeare* impõe a conduta correta, mas pressupõe a possibilidade de descumprimento, prevendo, em consequência, o dever de indenizar. Por isso, se diz que a responsabilidade civil tem função dúplici: dispõe sobre o dever de não causar danos e determina o dever de indenizar. Num primeiro momento, dispõe sobre a conduta correta; no segundo, corrige a distorção de

³³ Alvinio Lima, *Da culpa ao risco*, 2ª ed. revista e atualizada por Olvídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: RT, 1998.

³⁴ Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, obra citada, p. 29.

comportamento. Tem a função de impedir que as pessoas invadam injustamente as esferas jurídicas das outras e a função de promover a reparação em caso de descumprimento desse dever.

Cabe lembrar ainda o que foi dito acima, sobre a ampliação da função da responsabilidade em face da virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade. De fato, no direito moderno esse instituto tinha a função de proteger o patrimônio material dos indivíduos. No direito atual, considerando a centralidade da pessoa humana em relação aos ordenamentos jurídicos, a responsabilidade civil tem a função de proteger a dignidade da pessoa humana, o que se faz não apenas pela proteção do patrimônio material, como também pela tutela dos direitos da personalidade.

3. O dano como pressuposto da responsabilidade civil

a) Conceito

O dano pode ser conceituado genericamente como a lesão ao patrimônio. O problema é que a noção de patrimônio sofreu transformação em decorrência da virada paradigmática a que nos referimos acima. Com efeito, na doutrina tradicional, fundada no direito moderno, o dano era conceituado como a lesão ao patrimônio material do indivíduo, já que o direito privado tinha a função de proteger a propriedade privada e a responsabilidade civil, como dito, tinha a função de recompor os bens materiais danificado.

No direito atual, a dignidade da pessoa humana ocupa lugar central nos ordenamentos jurídicos, de modo que o direito tem a função de proteger a pessoa com toda a sua significação. O indivíduo era simples; a pessoa é complexa e circunstancializada, de modo que o direito, para guarnecer a pessoa, deve proteger seus bens materiais, mas também a sua constituição psíquica, as suas potencialidades e os seus relacionamentos afetivos.

Nesse contexto, surge a doutrina dos direitos da personalidade, cuja proteção se impõe ao direito como forma de promover a dignidade da pessoa humana. Portanto, na contemporaneidade, dano pode ser definido como a lesão ao patrimônio das pessoas. Todavia, o patrimônio pessoal, na contemporaneidade, inclui não apenas o acervo de bens materiais, mas também aqueles bens que não tem valor econômico imediato, os bens morais que se ligam aos direitos da personalidade.

b) Modalidades

O dano pode ser de duas modalidades, conforme a esfera do patrimônio da vítima que venha a ser atingida: será *material* se o desfalque atingir a esfera material do patrimônio, isto é, o acervo de bens que tenha conteúdo econômico; será *moral* se o abalo ocorrer na esfera imaterial, ou seja, os bens e interesses sem conteúdo econômico imediato.

É indispensável perceber que o dano material alcança o acervo de bens materiais da vítima e só obliquamente produz abalo à sua estrutura afetiva, ao passo que o dano moral atinge diretamente a personalidade, podendo eventualmente representar abalo econômico.

Pois bem. O direito anterior não se ocupava da proteção aos direitos da personalidade, porque seu enfoque se dava preferencialmente sobre o patrimônio material, ou seja, o acervo de bens com conteúdo econômico. O novo direito, em que a dignidade da pessoa humana é o valor fundamental, deve se ocupar também da proteção da esfera íntima da pessoa.

Um dos mecanismos de tutela dos direitos da personalidade ocorre por meio da responsabilidade civil, especificamente pela reparação dos danos morais.

4. Caracterização do dano moral.

O dano moral e sua reparabilidade é consequência lógica da virada de eixo axiológico acima mencionada, pois o dano moral nada mais é do que o dano à estrutura afetiva da pessoa humana. O direito moderno, fundado a partir da Revolução Francesa, codificado, positivo, *bouche de loi*, cuidava precipuamente de proteger o patrimônio material. O direito fundamental era o direito à propriedade privada. A vontade vinculava o indivíduo de maneira inelutável. O contrato era lei entre as partes. O direito era aquele que se extraía da norma positiva e os princípios gerais do direito eram apenas ferramentas utilizadas para facilitar a interpretação das normas (LICC, art. 4º).

O direito contemporâneo acedeu aos ditames da Pós-Modernidade, tornando-se flexível. Visa à proteção da pessoa e da sua dignidade e apenas obliquamente protege os direitos relacionados com a propriedade de bens materiais. A pessoa é o centro do ordenamento jurídico.

Mas a pessoa concebida pelo direito atual é complexa. Não é apenas o sujeito titular

de direitos e obrigações, com capacidade para se autodeterminar e autonomia para se vincular. O sujeito atual é contextualizado³⁵ ou circunstancializado.³⁶ O professor Miguel Reale, coordenador da equipe que redigiu o Código Civil de 2002, declara na exposição de motivos do Código, que o sujeito de direito é o pai de família, o comerciante etc. e não apenas o devedor ou o credor.

Vale dizer que, na atualidade, o sujeito de direito deve ser considerado em toda a sua circunstancialidade, inserido no ambiente social e portador de uma personalidade. Então, os direitos da personalidade ganham significado próprio, relacionados com a dignidade da pessoa humana: dignificar o ser humano é proteger os direitos da personalidade.

É importante mencionar que a pessoa se compõe de uma estrutura física e outra psíquica. E que a estrutura psíquica se perfaz de uma esfera afetiva e uma esfera intelectual.³⁷ Essa estrutura merece proteção pelo direito, à medida em que compõe a personalidade.

Todavia, a personalidade não é estática. Na dicção de Arthur Kaufman, a pessoa se constrói nos relacionamentos. O que está em linha com o pensamento de Piaget para quem a personalidade se desenvolve ao longo da vida até tornar a pessoa apta a estabelecer trocas afetivas equilibradas; e de Freud, para quem a má formação ou a deformação do psiquismo constitui patologia: "*é preciso amar para não adoecer*".³⁸

Assim, a proteção da personalidade deve ter em mira tanto a sua estrutura estática, quanto o seu aspecto dinâmico. O direito deve assegurar que as pessoas tenham uma adequada estrutura físico-psíquica e também garantir um adequado desenvolvimento físico e psíquico. Vale dizer que a proteção da personalidade está em linha com a proteção das potencialidades humanas, em seus aspectos físicos e psíquicos. O desenvolvimento da pessoa é inviável sem a manutenção de laços afetivos em seus diversos ambientes de convivência, sejam esses afetos positivos ou negativos.

O dano moral está relacionado à violação direta ou indireta aos direitos da personalidade. Ocorre dano moral sempre que alguém sofre injusta agressão à sua

³⁵ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188 e 194.

³⁶ Para retomar as lições de José de Ortega y Gasset: "*o homem e sua circunstância*" (*Meditaciones Del Quijote*, obra citada, p. 24/25).

³⁷ Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian, *Perturbações do Comportamento da Criança*, trad. Berenice Fialho Moreira, São Paulo: Ed. Círculo do Livro, sob licença da Ed. Nova Fronteira, p. 19/21.

estrutura psíquico-afetiva, diretamente aos direitos da personalidade, como a honra, o nome e a imagem. Ou então o dano moral consiste no rompimento de algum laço afetivo, produzindo na vítima um profundo sentimento de indignação.

Quanto a esse aspecto cabe dizer que toda pessoa, ao longo da vida, estabelece e procura manter laços de afetividade em relação a outras pessoas, animais e até mesmo a coisas. Esses laços de afetividade não têm valor econômico imediato, mas possuem significado próprio e especial para a pessoa, que se pode traduzir como um valor moral. A esse conjunto de afetos pode-se dar o nome de *patrimônio afetivo*. O dano moral muitas vezes se constitui em agressão injusta ao patrimônio afetivo de determinada pessoa, mediante a quebra de laço afetivo ou a imposição de impedimento ao livre desenvolvimento dos afetos.

Em suma, o dano moral é a violação de algum dos direitos da personalidade. Pode ocorrer mediante agressão direta a algum desses direitos ou mediante a quebra de laços afetivos que são caros para a pessoa da vítima. Em todo caso, o dano moral produz na vítima um sentimento de menosvalia que a diminui em sua condição de pessoa humana.

5. Critérios para fixação da reparação por dano moral.

a) Generalidades

Como dito, a responsabilidade civil, na atualidade, tem a função de promover a dignidade da pessoa humana, mediante a tutela dos direitos da personalidade. Além da proteção ao patrimônio material das pessoas deve também proteger a estrutura psíquico-afetiva, a sua capacidade de desenvolvimento intelectual e psíquico, os laços de afetividade.

Dano moral é dano à estrutura psíquico-afetiva; é violação a alguns dos direitos da personalidade; ocorre mediante agressão direta aos direitos da personalidade ou, indiretamente, mediante a quebra de laços afetivos.

Pode-se dizer também que os danos morais compõem o patrimônio moral das pessoas, isto é, aquele acervo de bens e interesses que não tem conteúdo econômico imediato. Por isso, não cabe falar propriamente em indenização de danos morais, mas sim em reparação pela fixação de um montante em dinheiro.

Esse é, sem dúvida, um dos maiores problemas que circundam a teoria da

³⁸ Autores e textos já citados.

responsabilidade civil, em matéria de dano moral. Immanuel Kant, na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, deixou assentado que as coisas têm um preço ou uma dignidade: têm preço aquelas que podem ser substituídas por algo equivalente; as que estão acima de todo o preço têm dignidade.³⁹ Os bens morais, como por exemplo os laços de afeição, não têm valor objetivo que possa ser substituído por outro equivalente. Igualmente, a dor, o sentimento, a frustração, a indignação etc. são objetos abstratos que atingem a personalidade de maneira própria e peculiar, não tendo valor econômico ou outro qualquer valor que possa substituí-los.

Por isso, no direito moderno, fundado na objetividade e pautado na busca pelas certezas, não compreendia a proteção desses aspectos interiores da personalidade, especialmente porque não era possível proceder à mensuração exata dos danos nem, muito menos, proceder à sua conversão em dinheiro.

Na atualidade, é perfeitamente possível a reparação dos danos morais, seja porque o direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, seja porque a lei e a Constituição prevêm expressamente a possibilidade de reparação. Mas, como dito, remanesce o problema da quantificação dos danos e da fixação do montante indenizatório em cada caso.

O Código Civil anterior estabelecia, em seu artigo 1.553, que os danos morais deveriam ser arbitrados pelo juiz. O Código atual não contém disposição expressa a esse respeito, havendo propriamente o vazio legislativo que vem sendo preenchido pela jurisprudência, com base nos arts. 953 e 954, que se referem especificamente aos danos decorrentes de injúria, calúnia, difamação e ofensa à liberdade pessoal. Cabe notar que as hipóteses de reparação de danos morais são muito mais amplas do que estas previstas nestes dois artigos.

De qualquer modo, a doutrina e a jurisprudência é pacífica no sentido de que a reparação de danos morais se procede por arbitramento judicial, mesmo porque a Constituição assegura o direito a reparação relacionada com a violação dos direitos da personalidade (art. 5º, V e X), não se justificando o descumprimento a esses preceitos constitucionais por falta de previsão sobre o modo de se estabelecer o valor da

³⁹ Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, trad.: Leopoldo Holzbach, coleção A obra prima de cada autor, São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 65: "No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço e, por isso, não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade".

reparação.

Concedido, então, que cabe ao juiz fixar o valor da reparação por meio de arbitramento, resta saber quais os critérios devem orientar essa operação.

b) O problema da extensão dos danos

Um dos problemas que se propõe de imediato é saber se os danos morais também estão sujeitos ao disposto no art. 944, *caput*, do Código Civil, segundo o qual a indenização se mede pela extensão do dano. Em se tratando de danos materiais, não há dúvida de que a reparação deve corresponder exatamente ao montante do prejuízo, o que é perfeitamente plausível porque os danos materiais podem ser mensurados objetivamente e quantificados em dinheiro. Atribuir valor menor do que o montante dos danos seria deixar uma parte inidene; atribuir valor maior seria proporcionar enriquecimento sem causa em favor da vítima.

Ocorre que os danos morais não são quantificáveis objetivamente, não se podendo precisar exatamente a sua extensão. A par disso, parte considerável da doutrina,⁴⁰ com respaldo da jurisprudência,⁴¹ tem defendido que os danos morais são presumíveis e que sua reparação não depende de demonstração. Assim, estaria afastada a regra do art. 944, *caput*, do Código Civil, em matéria de danos morais.

Não resta dúvida de que, em muitos casos, os danos morais são *in re ipsa*, isto é, são inerentes ao próprio fato. É o caso da mãe que perde um filho, em que se pode presumir que tenha sofrido abalo moral significativo. É necessário considerar, porém, que as pessoas não são iguais e que não são idênticos os relacionamentos que mantêm com as demais pessoas. Assim, o abalo decorrente da perda de um filho é diferente de uma mãe para outra, se consideradas as características pessoais e familiares de cada uma, as estruturas das suas personalidades e os relacionamentos que mantinham com os seus respectivos filhos.

Em vista disso, é possível afirmar que os danos morais podem ser presumidos em relação à *existência*, mas não no que se refere à *extensão*. Por exemplo, todas as mães que perdem um filho sofrem abalo moral (*existência*), mas não o sofrem na mesma intensidade (*extensão*). Por conseguinte, deve-se concluir que também os danos morais

⁴⁰ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, obra citada, p. 570.

⁴¹ Neste sentido, confirmam-se: STJ, REsp 437.316/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 19.04.2007, DJ 21.05.2007; REsp 330.288/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 27.06.2002, DJ 26.08.2002; REsp 261.028/RJ, Rel. Ministro Menezes Direito, 3ª Turma, j. 30.05.2001.

se sujeitam ao disposto no art. 944, *caput*, do Código Civil, devendo a vítima alegar e provar para o juiz a extensão dos danos, ou melhor, a intensidade do abalo sofrido, o que servirá de parâmetro para a fixação do montante indenizatório.

c) Arbitramento ou arbitrariedade

Na esteira do que foi dito no item acima, devemos considerar agora os mecanismos pelos quais o juiz deve se orientar na difícil tarefa de estabelecer um valor para reparação de danos morais.

É bem verdade que os danos morais são considerados danos impróprios, visto que não representam desfalque no patrimônio material da pessoa, mas apenas ofensa à sua esfera de direitos existenciais. Sendo assim, os danos morais não são conversíveis em pecúnia, não podem ser indenizados. O que se admite é algum tipo de reparação para compensar o mal sofrido pela vítima.

Mas, se os danos morais não são conversíveis objetivamente em dinheiro, como se pode determinar o valor da reparação? A resposta encontra-se no art. 953, parágrafo único, do Código Civil:

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

Todavia, o *arbitramento* do montante indenizatório pelo juiz não se confunde com *arbitrariedade*. Ao contrário, é uma atividade intelectual que se desenvolve com base nas circunstâncias do caso *sub judice*. Isso quer dizer que o juiz deve se louvar nos elementos constantes dos autos e, conforme o caso, na sua experiência de vida, para alcançar um valor que seja razoável para aquele caso.

d) Critérios para orientar a fixação do valor da reparação

Como dito, não é dado ao juiz arbitrar livremente o valor da indenização. Ao contrário, deve o mesmo atentar para as circunstâncias do caso concreto, segundo critérios inteligíveis. Conquanto os danos morais não sejam passíveis de apreciação quantitativa, sua reparação deve ser orientada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

É muito como na prática forense, principalmente nos casos de responsabilidade objetiva, que o autor se limite a relatar o fato e pedir que o juiz fixe um montante

indenizatório segundo o seu prudente arbítrio. Nesses casos, podemos dizer que a petição inicial padece de inépcia porque o autor deixou de formular pedido certo e determinado, bem como de oferecer parâmetros que tornem possível uma determinação.

O juiz não está em condições de adivinhar o sofrimento da vítima, nem o ânimo que moveu o agressor, nem tampouco a repercussão daquele fato no seio da sociedade. Ao autor cabe alegar e provar esses aspectos que envolvem o fato, assim como cabe ao réu rebatê-los e demonstrar que não ocorreram por aquela forma nem com a pretendida intensidade, pois é desse contraditório que se forma a convicção do magistrado acerca da existência e da extensão dos danos, com base nas quais poderá melhor proceder ao arbitramento da reparação.

A título de contribuição, podemos destacar alguns critérios que o juiz deve levar em consideração para a fixação do montante da reparação de danos morais: o impacto sobre a pessoa da vítima; a lesividade da conduta; a repercussão do fato nas relações sociais da vítima e no restante da sociedade; a significação econômica do valor arbitrado.

Uma primeira dificuldade que se apresenta é que um mesmo episódio produz *impactos diferentes em cada pessoa*. De fato, há pessoas que são mais calejadas pela vida, seja porque já enfrentaram muitas dificuldades, seja porque têm um temperamento duro e insensível; outras pessoas são mais sensíveis ou são inexperientes; outras são românticas ou idealistas. Cada uma recebe de modo diferente o impacto sofrido, por exemplo, pela perda de um ente querido. O protesto indevido de um título pode ter impacto diferente num experiente comerciante e num trabalhador comum. A prisão indevida de um cidadão comum reflete de modo diferente do que a daquele que já foi preso várias vezes e se encontra habituado à vida no cárcere. A mãe amorosa que perde um filho é diferente daquela que mantém um relacionamento distante ou que nem se relaciona com o filho. Enfim, cada pessoa recebe de modo diferente o impacto decorrente de uma agressão direta aos direitos da personalidade ou da perda de um ente querido, haja vista que a estrutura psíquica e emocional de cada um é peculiar e própria, assim como são diferentes os laços de afetividade que unem as pessoas, mesmo em se tratando de pais e filhos ou de um mesmo pai ou uma mesma mãe com filhos diversos.

Por isso, não é possível ao magistrado aquilatar qual foi o impacto que um determinado evento produziu na vítima, sem que esta ofereça qualquer elemento para abalzar uma tal conclusão. Em regra, a própria indignação da vítima já denota a intensidade do abalo sofrido, o que deve ser corroborado por testemunhas e, em certos

casos, por laudo psicológico.

Por outro lado, cabe considerar a *lesividade da conduta*, perquirindo sobre o ânimo que moveu o agressor. Essa análise produz conseqüências de duas modalidades: em primeiro lugar, a lesividade da conduta afeta o sentimento da vítima, pois é muito mais difícil, por exemplo, saber que se perdeu um ente querido em decorrência da ação deliberada do agressor, do que saber que o fato se deu por culpa. Por outro lado, a responsabilidade civil tem também um caráter punitivo, de modo que não seria justo estabelecer igual valor para aquele que agiu com culpa e para o que agiu deliberadamente com a intenção de produzir o resultado. O próprio Código Civil, em seu art. 944, parágrafo único, autoriza o juiz a reduzir o montante da reparação "*se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano*".

Ademais, para fixar o montante indenizatório, o juiz deve considerar a *repercussão do fato no círculo social da vítima e na sociedade em geral*. Alguns fatos têm impacto apenas na esfera pessoal da vítima, como é o caso, por exemplo, do protesto indevido ou da infidelidade conjugal. Esses mesmos fatos, porém, podem repercutir nas relações pessoais do ofendido, produzindo constrangimentos e mal-estar. Outros fatos, ainda, podem ganhar forte repercussão no meio social, expondo a vítima à curiosidade pública. É evidente que a fixação do valor da reparação moral deve levar em conta esses aspectos, pois é muito mais grave um fato que transborda da esfera pessoal da vítima, expondo-a no meio social.

Sob o prisma puramente financeiro, é de se considerar o problema da *significação econômica da indenização*, que também varia de pessoa para pessoa, conforme as suas condições sociais. Uma determinada quantia, livremente imaginada pelo magistrado, pode ser absolutamente insignificante para uma certa pessoa ou pode representar uma fortuna para outra.

Por tudo isso, é que se afirma a necessidade de o autor, ao deduzir o pedido de indenização por danos morais, fornecer ao juiz os elementos necessários ao abalimento da sua decisão. Ainda que esta se dê por arbitramento, não pode se dar por arbítrio do juiz. De fato, o juiz não tem condições de adivinhar a intensidade do sofrimento da vítima ou se esse sofrimento efetivamente ocorreu, se o autor não lhe oferecer nenhum parâmetro para julgamento.

Conclusão.

De tudo o que foi dito se extraem as seguintes conclusões:

1. A virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade produziu transformações em todas as áreas do saber. No direito, resultou na centralização da pessoa humana e na necessidade de proteção dos direitos da personalidade.
2. A responsabilidade civil mantém a função tradicional de proteger o patrimônio material das pessoas, mas tem agora o papel de garantir a dignidade da pessoa humana por meio da tutela dos direitos da personalidade.
3. A reparabilidade dos danos morais é decorrência dessa mudança de perspectiva, posto que os danos morais são danos à estrutura psíquico-afetiva da pessoa, isto é, dano à personalidade.
4. Todavia, os danos morais não são suscetíveis de indenização em sentido próprio, mas de reparação mediante a estipulação de um valor razoável e proporcional. A fixação desse valor é feita por arbitramento judicial.
5. Entendemos que o arbitramento não se confunde com arbitrariedade, devendo as partes informar o juiz sobre os fatores e as circunstâncias que envolvem o fato e as pessoas, a fim de viabilizar a operação. Por outro lado, o valor arbitrado deve guardar relação com a extensão do dano, nos termos do art. 944, *caput*, do Código Civil. Mesmo nos casos de dano moral *in re ipsa*, a presunção se dá quanto à *existência* e não quanto à *extensão*.
6. Para proceder ao arbitramento o juiz deve se ater a critérios inteligíveis, com esteio nos argumentos e das provas produzidos pelas partes nos autos do processo, a saber:
 - o impacto sobre a pessoa da vítima;
 - a lesividade da conduta;
 - a repercussão do fato nas relações sociais da vítima e no restante da sociedade;
 - a significação econômica do valor arbitrado.

Somente assim será possível alcançar um valor adequado para a reparação dos danos morais que atenda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.