

**CRÍTICA À APLICABILIDADE AOS DANOS MORAIS DO
PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 944 DO CÓDIGO CIVIL**

*CRITICISM OF THE APPLICABILITY TO MORAL DAMAGES OF THE SOLE
PARAGRAPH OF THE ARTICLE 944 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE*

César Fiuza

Doutor em Direito pela UFMG. Advogado e consultor jurídico. Professor Titular de Direito Civil na Universidade FUMEC, Associado na UFMG e Adjunto na PUCMG. Professor Colaborador na UNIPAC.

Kelly Cardoso Mendes de Moraes

Discente do Curso de Doutorado em Direito Privado pela PUC/MG. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Constitucional pela UNIPAR *campus* de Francisco Beltrão-PR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UNIPAR *campus* de Francisco Beltrão-PR. Advogada.

RESUMO

A crítica da aplicabilidade do parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002 é pertinente em decorrência do crescente número de demandas de cunho indenizatório, principalmente, levando-se em consideração o surgimento de novos direitos, como a violação à imagem no meio virtual. A análise parte da própria incongruência legislativa advinda dos projetos do atual Código Civil e, também, de sua interpretação. Isto decorre do ponto de vista de que, no decurso dos projetos legislativos, na jurisprudência e na doutrina, não havia separação entre dano material e dano moral; este estava intrinsecamente ligado àquele. Apontam-se, ainda, algumas faltas sistemáticas nas inclusões legislativas e, destas, a que se destaca no presente texto refere-se à aferição do grau da culpa do ofensor para o cálculo do *quantum debeatur*, o que pode demonstrar algum retrocesso no Direito Civil. Ademais, mister ressaltar que os prejuízos advindos de novas interpretações, decorrentes do incongruente texto legal, permite a desmoralização do dano moral e, principalmente, da dignidade humana, esta, uma das bases constitucionais do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: *Quantum indenizatório; parágrafo único art. 944; culpa; dano moral; dano material; interpretação; dignidade.*

ABSTRACT

The criticism of the applicability of the sole paragraph of the article 944 of the Brazilian Civil Code of 2002 is relevant due to the increasing number of indemnity actions, especially taking into account the appearance of new rights as image violation in virtual environment. The analysis begins from the legislative incongruity of the projects of the present Civil Code and also of its current interpretation. This stems from the point of view that in the course of the legislative projects, but also as regards jurisprudence and doctrine, there was no separation between moral damage and material damage; the latter was intrinsically linked with the former. Moreover this work points out some systematic failings in the legislative inclusions, and those that stand out in this text, refers to the measurement of the degree of culpability of the offender as a basis to calculate the quantum debeatur, what is evidence of a certain retrogression of the Civil Code. Besides, it is important to highlight that the losses due to new interpretations from the incongruent legal text allows the demoralization of moral damages, and especially of human dignity, one of the constitutional bases of a democratic state of law.

KEY-WORDS: *Indemnity quantum; sole paragraph article 944; blame; moral damage; material damage; interpretation; dignity.*

1. INTRODUÇÃO

Nas alterações introduzidas pelo Código Civil de 2002, houve pontos positivos, pontos negativos e algumas modificações apenas de caráter semântico. O primeiro projeto foi apresentado em 1965, Projeto de Código de Obrigações coordenado por Caio Mário da Silva Pereira. Posteriormente, em 1972, realizaram-se novas alterações sob a coordenação de Miguel Reale. As últimas alterações ocorreram em 1975, culminando com a aprovação da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

É linguagem corrente que o Código Civil de 2002 teria nascido velho em muitos temas, principalmente, porque não fez as alterações necessárias e condizentes com o momento

de sua aprovação, além de ter apresentado consideráveis incongruências, tais como o acréscimo da averiguação do grau da culpa do ofensor no parágrafo único do art. 944.

O retorno à graduação da culpa para a fixação do *quantum* indenizatório é um dos aspectos expressos no Código que demonstram a inclusão intrincada, constante do parágrafo único do art. 944, o que pode significar certo retrocesso, uma vez que a tendência moderna é de não se levar em conta a culpa. O epicentro da responsabilidade civil, há algum tempo, deixou de ser o ofensor, para focar-se na vítima e no dano injusto que sofreu.

Dada a forma como foi expresso o dano moral no atual Código Civil e dado o momento doutrinário e jurisprudencial da época do Projeto, conclui-se claramente que a ele não se aplica o parágrafo único do art. 944. É neste sentido que se desenvolverá todo o argumento deste trabalho.

O breve estudo do parágrafo único do art. 944 é pertinente em vista do grande volume de ações de responsabilidade civil em pauta na Justiça brasileira, principalmente, em decorrência do surgimento de novos direitos, como os danos à imagem sob a ótica virtual. Nesse sentido, também, pretende-se analisar a fixação do *quantum* indenizatório do dano moral, com base no referido parágrafo único, e suas desarrazoadas consequências.

O que se conclui é que o parágrafo único do art. 944 não serve à fixação do dano moral. Essa conclusão se torna óbvia, como se verá, a partir de uma interpretação histórica do dispositivo legal e da inclusão do dano moral no sistema jurídico brasileiro.

2. O DANO MATERIAL E O DANO MORAL

Mesmo pressupondo o necessário conhecimento jurídico, é importante estabelecer alguns conceitos antes de uma crítica, até para evitar confusões semânticas. Ao iniciar a conceituação de dano, CAVALIERI FILHO afirma ser:

[...] lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem

jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral (2014, p. 93).

Assim sendo, o dano causado a alguém de forma a lhe causar algum tipo de prejuízo de ordem material e/ou moral será reparado ou compensado, como regra, por meio de indenização. De acordo com GONÇALVES:

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o statu quo ante, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária (2008, p. 588).

O dano material prejudica o patrimônio (bens e direitos) da vítima “abrange não só as coisas corpóreas, como a casa, o automóvel, o livro, enfim, o direito à propriedade, mas também coisas incorpóreas, como os direitos de crédito” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94), o que poderá corresponder tanto aos danos emergentes – o que a vítima efetivamente tenha perdido – quanto aos lucros cessantes – o que a vítima tenha deixado de ganhar em decorrência do dano sofrido.

O dano moral, na leitura civil constitucional, segundo CAVALIERI FILHO, possui dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito define como: “[...] violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5, V e X, a plena reparação do dano moral” (2014, p. 106-107). Em sentido amplo:

[...] dano moral é a violação de algum direito ou atributo da personalidade. Relembre-se como já assentado, que os direitos da personalidade constituem a essência do ser humano, independente de raça, cor, fortuna, cultura, credo, sexo, idade, nacionalidade. São

inerentes à pessoa humana desde o nascimento até a morte. A personalidade é o conjunto de caracteres ou atributos da pessoa humana. É através dela que a pessoa pode adquirir e defender os demais bens. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. [...] abrange todas as ofensas à pessoa, considerada em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada (2014, p. 108-109).

A interpretação contemporânea trouxe possibilidades compensatórias antes inimagináveis, bem como decisões judiciais incongruentes no momento do cálculo indenizatório. Expostos os conceitos pertinentes, passa-se à análise do art. 944 e seu parágrafo único, quanto à quantificação do dano.

3. CRÍTICA À INTERPRETAÇÃO DO ART. 944 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO

Mesmo com a tímida notícia doutrinária e parca aplicação jurisprudencial anteriores ao Anteprojeto do Código Civil de 2002, o dano moral era de certa forma relevado em nossa doutrina e jurisprudência e sempre tratado como consequência do dano material. Isso, atualmente, implica argumentar que a interpretação a ele extensiva do parágrafo único e do *caput* do art. 944 é incongruente, senão equivocada.

Em termos legislativos expressos, o dano moral só veio a ser consubstanciado de forma efetiva com a promulgação da Constituição da República de 1988, art. 5º, V e X.¹

Anteriormente à promulgação do atual Código Civil, RODRIGUES já questionava sobre a indenização dos danos morais, alegando que “o problema a ser analisado é o saber se

¹ [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem [...].

[...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...].

os danos puramente morais, ou seja, aqueles que não tenham repercussão patrimonial, são ou não indenizáveis” (1990, p. 189). Em análise feita pelo autor, observa-se que o dano moral inicialmente não era passível de reparação pecuniária:

No que concerne à posição da jurisprudência brasileira em relação à ressarcibilidade do dano moral, poder-se-ia afirmar que até uns 25 anos atrás eram escassíssimas, se é que existentes, as decisões de tribunais superiores admitindo a indenização do dano moral. Ao contrário, a tese vencedora, se não unânime pelo menos torrencialmente, era a que proclamava ser irressarcível o dano moral. Nesse sentido, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, já referido por causa do voto vencido de Orozimbo Nonato (RF, 138/452), cuja ementa dizia: ‘Não é admissível que os sofrimentos morais dêem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material’ (RODRIGUES, 1990, p.193).

Destarte, mesmo com a expressa previsão do dano moral na Constituição de 1988, sua aplicabilidade ainda era duvidosa e discutida.

A indenização do dano moral iniciou-se com a discussão da tese da “perda de uma chance”, como nos casos dos pais requererem indenização em decorrência da morte de filho, ou seja, o que os pais deixaram de ganhar com a morte do filho, pois, entendia-se que o filho auxiliava nas despesas da família, ou, auxiliaria financeiramente os pais futuramente. Inicialmente, a tese da perda da chance era considerada de caráter material. Contudo, após emissão da Súmula 491 do STF de 03/12/1969,² passou-se a admitir a fixação de dano moral com fundamento no art. 1.553 do Código Civil de 1916.³

Segundo alguns doutrinadores, como o próprio SÍLVIO RODRIGUES, a inclusão do parágrafo único no art. 944 intuía uma preocupação com a equidade, tornando o cálculo da indenização mais justo, tornando-se o pagamento integral um pagamento parcial, ou seja, criando-se a possibilidade de se reduzir a indenização para não se levar o ofensor à ruína.

² É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

³ Art. 1.553. Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.

GODOY cita algumas sentenças que apresentam em seus argumentos, direta ou indiretamente, o dano moral no aspecto do parágrafo único do art. 944 do Código Civil:

Muito embora sem aplicar diretamente a regra do parágrafo aos casos de dano moral, [...] utilizando-se, de forma expressa, do princípio nela contido para arbitrar a indenização extrapatrimonial, ver: STJ, REsp n. 1.180.021, 1ª T., rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 03.05.2010; TJSP, Ap. cível n. 958.409-0/6, 30ª Câmara, rel. Des. Paulo Gentile, j. 19.10.2007. No mesmo sentido: TRF, 5ª Região, Ap. cível n. 312.066, 2ª T., rel. Des. Rogério Moreira, j. 17.08.2004. Com direta remissão ao parágrafo: TJMG, Ap. cível n. 1.0183.025337-9/001, rel. Des. Nicolau Masselli, j. 02.07.2009. Ver, ainda, sobre o preceito: Turmas Recursais – RS, Recurso cível n. 71.001.262.765, 2ª T., rel. Juíza Mylene Michel, j. 18.07.2007 (2011, p.958).

Apesar disso, a utilização do parágrafo único do art. 944 para a redução do dano moral é errônea pelos vários motivos, que passaremos a analisar.

Em análise histórica do Código Civil, no momento (doutrinário, jurisprudencial) em que foi consubstanciado o referido artigo, não se falava em dano moral, como foi observado anteriormente. É de se crer, portanto, que, no fim dos anos 60, início dos anos 70, a quantificação da indenização do referido art. 944 *caput* e seu parágrafo único referiam-se única e exclusivamente ao dano material.

Convém, entretanto, mesmo após essa observação, acrescentar a total falta de sistematização e incongruência do parágrafo único do art. 944 com o art. 927. Coaduna-se com a afirmação de BERNARDO:

O citado parágrafo único do artigo 944 refoge ao sistema idealizado pelo legislador, podendo-se creditar sua inserção no novel diploma a um ‘descuido sistemático’, muito provavelmente derivado das quase três décadas de tramitação do Projeto de Lei, que possibilitaram a inclusão de um sem número de emendas, algumas destoantes do espírito do texto original (2005, p. 172).

Tal afirmativa apoia-se no fato de que o parágrafo único do art. 927 prevê a possibilidade de responsabilização objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação da culpa, uma das grandes inovações advindas do atual Código Civil. Analisar a culpa do ofensor para a quantificação do dano moral e sua possível redução, com base no parágrafo único do art. 944 seria de uma incongruência legislativa, segundo BERNARDO. MORAES, a seu turno, enfatiza esse retrocesso legislativo, ao enfatizar que a “a reparação do dano *sofrido*, em qualquer caso, alcançou um papel muito mais relevante do que a sanção pelo dano *causado*” (2003, p.13), no sentido de que:

[...] a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços (MORAES, 2003, p. 12).

Ademais, a interpretação literal do art. 944 (*caput* e parágrafo único) importaria a inviabilidade da responsabilidade objetiva. Como afirma BERNARDO:

Ora, o grau de culpa e extensão do dano são opostos e mutuamente excludentes. Ou se repara tendo em vista a extensão do dano ou se repara tendo em vista a gravidade da culpa. [...] Causa espanto tenha o legislador adotado no caput do artigo 944 a extensão do dano e no parágrafo único aberto a possibilidade de redução de indenização tendo em vista o grau de culpa (2005, p.171).

Por outro lado, fica patente o despreparo técnico do legislador, quando inclui a expressão “ainda que exclusivamente moral” no art. 186. Seria muito mais adequada no *caput*

do art. 927⁴: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, ficará obrigado a repará-lo”. Este, sim, seria o local adequado para a expressão, não o art. 186 (Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito).

Ora, a questão nunca foi conceitual. Por outros termos, nunca se pôs em dúvida a ilicitude da conduta de quem causasse dano exclusivamente moral. O que se discutia era a possibilidade de se ressarcir esse tipo de dano. Daí porque o lugar ideal para a expressão ser o art. 927.

Para nós, essa patente ausência de técnica traz à tona ainda algo que jaz por detrás de tudo. Em sua redação primeira, o Anteprojeto de Código Civil seguramente não devia tratar do dano moral. No fechar das portas, na última hora, deve ter-se atentado para o fato e se inseriu o tema, às pressas e equivocadamente, no art. 186.

Ao se comparar o Anteprojeto de 1975 (também coordenado por Miguel Reale), redação que se transformou no atual Código Civil 2002, com o Anteprojeto de 1965 – Projeto de Código de Obrigações (coordenado por Caio Mário da Silva Pereira), repara-se claramente que este teria sido bem mais sistemático quanto à responsabilidade civil. O Anteprojeto de 1965 previa, quanto à responsabilidade e à liquidação:

Art. 854. Fica obrigado à reparação todo aquele que por culpa, causar dano a outrem.

Art. 855. Independente de culpa, o causador do dano sujeita-se à reparação, nos casos estabelecidos em lei.

Art. 856. O dano ainda que simplesmente moral será também ressarcido.

[...]

Art. 878. A indenização se fixará de acordo com a gravidade do dano, consideradas as suas circunstâncias, e terá como finalidade restituir o prejudicado ao estado anterior.

⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 879. No caso de dano simplesmente moral, o juiz arbitrará moderada e equitativamente a indenização.

Art. 880. Quando a vítima concorre para o dano, reduz-se a indenização na medida indicada pelas circunstâncias [...].

Em comparação com o Anteprojeto de 1972 (coordenado por Miguel Reale), percebe-se a semelhança com o de 1975:

Art. 1003. A indenização não se mede pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano. Todavia, se houver excessiva desproporção entre o ato e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Tanto um quanto, quanto outro Anteprojetos não se detiveram na gravidade da culpa para a aferição do *quantum debeatur*. Isso reforça a tese de que a aplicação do contradito parágrafo único do art. 944 ao dano moral é totalmente descabida.

Referindo-se ao caráter compensatório, afirma CORDEIRO: “[...] é hoje seguro que os danos morais dão lugar a indenização, ainda que, como é natural, com um alcance meramente compensatório” (2009, p. 389).

De outra forma, permitir a interpretação no caso concreto, com base no grau da culpa do ofensor, seria o mesmo que deixar de proteger a dignidade humana. Ao analisar a questão sob essa perspectiva, poderá o juiz reduzir a indenização, avaliando as condições econômicas da vítima, impedindo, portanto, um enriquecimento sem causa, ou aumentar a indenização, punindo o ofensor de maneira a desestimulá-lo a realizar novo ato danoso. A análise é feita por MORAES, em sua obra “Danos à Pessoa Humana”, onde alega:

Tentando cumprir funções de natureza antagônica, o resultado não poderia deixar de ser paradoxal: deve-se punir o ofensor, mas não a ponto de enriquecer a vítima. No entanto, é dedução lógica que, sob o ponto de vista econômico, a vítima sairá, nesses casos,

“enriquecida”, na medida em que estará recebendo necessariamente mais do que a compensação do dano (2003, p. 33).

Complementa sua tese ao observar que “este ambiente de indenizações a todo vapor, normalmente a baixo valor, aliado a loterias e enigmas, está a resultar na desmoralização do dano moral, e, conseqüentemente, da dignidade humana” (MORAES, 2003, p. 52)⁵. Assim, o que tem ocorrido diuturnamente é o aumento das indenizações a título de punir o ofensor (se o ofensor tiver condições financeiras consideráveis ao pagamento de vultosa soma) ou diminuição da indenização, caso o ofensor tenha agido com grau de culpa leve, contrariando o princípio da indenização integral. A autora enfatiza justamente a aferição da diminuta indenização em decorrência do grau da culpa do ofensor, desconsiderando o dano sofrido pela vítima, conseqüentemente a dignidade humana, de onde a análise do *quantum* indenizatório deveria realmente partir.

Os princípios, regras constitucionais e regras infraconstitucionais são inerentes à hermenêutica contemporânea de caráter horizontal, o que torna imprescindível acrescentar a dignidade, porém, de forma cautelosa a não pender em uma decisão subjetivista. Principalmente, e aí o ponto de incoerência de aplicabilidade ao dano moral do grau da culpa previsto no art. 944, parágrafo único, porque o dano moral deve ser analisado sob a perspectiva da vítima: que dano moral teria ela sofrido?⁶ Não há que falar em grau da culpa do ofensor. Houve o dano – seja à sua dignidade, direito ou atributo de sua personalidade – à vítima, isso é fato, independente do ofensor ter agido com culpa (leve, grave ou gravíssima). Claro que o juiz procederá de forma equitativa, reduzindo a indenização para não prejudicar economicamente o ofensor, bem como para não haver enriquecimento sem causa por parte da vítima. É a partir do dano à vítima que o juiz decidirá. A análise é simples e direta.

Ao aplicar esta errônea quantificação ao dano moral, estar-se-ia prejudicando o princípio epistemológico da reparação integral, prejuízo que alguns autores consideram como inconstitucional. É o que afirma CALIXTO:

⁵ “O critério do porte econômico da vítima é o que mais controvérsias enseja. [...] Assim, por exemplo, no que tange a considerar as circunstâncias pessoais da vítima, se se tem como noção de dano moral o sofrimento humano e se tal fundamento não pode ser mensurado, acaba-se por dar relevo às condições econômicas da vítima, consideração esta eu tem efeito de atribuir menos a quem tem menos e mais a quem tem mais. (MORAES, 2003, p. 298).

⁶ Conceituando dano moral na visão de CAVALIERI FILHO em sentido estrito: violação à dignidade e em sentido amplo: violação a algum direito ou atributo da personalidade (ver 2014, p. 106).

Não se observa, assim, qualquer vantagem na sua adoção, mas ao contrário, acredita-se que possa haver um retrocesso do direito nacional, o que induziria a inconstitucionalidade do dispositivo, ao menos se adotada sua interpretação literal. Em verdade, violado estará o princípio da reparação integral dos danos sofridos, que se afirma ser um corolário da cláusula geral de tutela da pessoa humana, constitucionalmente prevista (art. 1º, III), e que deve ser o grande norte do julgador ao fixar o montante da reparação (2008, p. 323).

Observa-se que inicialmente o art. 944 do Código Civil de 2002 tinha caráter interpretativo exclusivamente ao dano material. A hermenêutica contemporânea, de caráter civil constitucional, permite uma releitura, porém, não da forma distorcida como tem ocorrido nas decisões judiciais. Ao discorrer sobre o dano moral, MORAES acrescenta que:

[...] se vem atribuindo à reparação do dano moral duas funções muito diversas. De um lado, deve, como qualquer ressarcimento, compensar a vítima através da indenização pelos danos (rectius, dores) sofridos. É a chamada função compensatória. De outro lado, ao se propor que as condições econômicas das partes sejam consideradas, assim como o grau de culpa do ofensor, é estabelecida uma outra causa de ressarcimento, desta vez visando punir o ofensor ou, como diz o Ministro Sálvio, desestimulá-lo a repetir o ato danoso. É a chamada função punitiva, que alguns chamam de função preventiva, pedagógica ou exemplar (2003, p. 31-32).

Além de inconstitucional, face à sua incompatibilidade com o previsto no inciso X, art. 5º da Constituição Federal, ressalte-se que, os *punitive damages* vêm sendo aplicados de modo totalmente diverso à maneira como são aplicados nos Estados Unidos, seu país de origem. Na legislação norte-americana os danos punitivos são aplicados apartadamente da decisão que mensura os danos extensivos à vítima (morais e materiais) e com valor mais vultoso, a título de punir e coibir o ofensor de praticar novamente o ato danoso a outrem:

Não dispondo o juiz de normas penais ou administrativas para punir casos de culpa grave (dita 'macroscópica') ou dolo, o júri condena, então o ofensor a pagar à vítima, além de quanto lhe é devido a título compensatório, uma soma frequentemente muito superior àquela relativa ao ressarcimento, como 'danos punitivos', com base em princípio de criação jurisprudencial (MORAES, 2003, p. 34-35).

No Brasil, as discrepâncias começam por já possuir legislação penal com caráter punitivo. Isso leva à aplicação dos danos punitivos em patamares menores e sem a autonomia com relação à indenização efetivamente medida pelos danos.

Um dos raros autores, se não o único, que iniciou a tese de um dano moral⁷ apartado do dano material concebida no Direito Civil, de 1916, foi SILVA. Não obstante, sua crítica contundente, já em 1962, à retrógrada observância do grau da culpa para a aferição do *quantum* compensatório, porém, com manutenção da equidade judicial, é pertinente de reprodução.

*As soluções para os problemas atuais, nós não as poderemos ir encontrar em textos antigos, insuetos, de velhos alfarrábios ou de decrépitas ordenações manuelina ou afonsinas, mas em tórno de nós mesmos, no próprio cenário em que agitamos, em que sofremos e lutamos e dentro do qual tais problemas se apresentam. Se há no Direito, um *substractum* imutável e eterno, há nêle, também, sua parte cambiante, variável no tempo, estruturada sempre pelas condições sociais de nosso próprio meio. As leis, dizia DUGUIT, devem se*

⁷ SILVA critica doutrinadores que persistem na velha interpretação positivista desconectada do ser social em sua obra: Responsabilidade sem culpa e socialização do risco, abordando a dor, o dano moral e não apenas o dano material. Nesse sentido, afirma que: “[...] muitos ainda hoje em dia persistem (J.X.CARVALHO DE MENDONÇA, embora a outro propósito, já declarara, de uma feita que pessoas existem que teimam apenas pelo prazer de... teimar) de não querer considerar o homem tal qual de fato é: o ser social por excelência, fadado a viver em sociedade, o complexo de matéria e espírito, o ser para quem as necessidades do corpo se emparelham com as da alma; o ser que sofre; o ser que não necessita apenas do pão com que se nutre mas que possui também reclamos outros, de natureza mais íntima; o ser que tem um objetivo transcendente a alcançar e relativamente ao qual a própria felicidade material a que todos aspiramos como indivíduos, não passaria de um infravalente. Em verdade, o que há, é que se tem confundido, até então, o indivíduo com a pessoa do ser humano. [...] Condenar-se-ia o autor do dano pelo só fato do dano mesmo ou pelo fato do dano, a êle, moralmente imputável?” (SILVA, 1962, p. 32;34).

adaptar aos fatos e não os fatos às leis. [...] Leis violentadoras das condições sociais do meio, leis de sabor retrógrado, elaboradas por simples amor à tradição e códigos que já nasçam avelhantados, com longas barbas brancas, dispendo a respeito de decrepitos institutos ou já caídos em desuso, são leis tirânicas, ridículas ou românticas. Faltar-lhe-ia o impulso vital que só pode ser haurido na realidade circunstante do meio. E foi talvez isso: o apêgo excessivo a velhas fórmulas consagradas, muitas das quais com o sêlo, ainda, do velho jus romanum, o que tornou tão mais rude a disputa em torno da culpa, ou não-culpa, no âmbito da responsabilidade civil. Certos D.D., de marcada tendência subjetivista, misonéista e pirrônicos, insistem ainda na velha tese da responsabilidade com culpa pelo só dato mesmo do caráter de novidade que parece envolver a tese objetiva. [...] E o que vemos, no rude embate, é o dismantelamento metódico das seculares muralhas da culpa, através de cujas brechas já se vão irrompendo, mesmo na nossa legislação, as falanges avançadas do exército da responsabilidade sem culpa (SILVA, 1962, p. 47-49).

Se já em 1962, a averiguação da culpa do ofensor seria considerada um retrocesso aos avanços da hermenêutica, o que não dizer dos dias atuais, em que a interpretação deve-se voltar a um hipercomplexo Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que a aplicação do dano moral ao parágrafo único do art. 944 ensejaria uma redução na indenização, em patente contrariedade ao princípio da reparação integral, como observado anteriormente. Sobre a divergência entre a inoportuna inclusão do dano moral na interpretação do parágrafo único do art. 944, o enriquecimento ilícito da vítima e a punição ao ofendido, conclui SAMPAIO JÚNIOR:

[...] O direito comparado demonstra que, em se tratando de indenização por danos morais, duas são as alternativas possíveis: ou se admite uma indenização elevada, a fim de reprimir certas condutas, e o enriquecimento da vítima é tolerado como um efeito

colateral dessa medida ou, então, relega-se para outros ramos do Direito a tarefa de punir o ofensor, limitando-se o valor da indenização ao efetivo prejuízo sofrido e, por consequência, evitando-se o locupletamento sem causa do ofendido. Procurar conciliar essas duas posições constitui verdadeiro trabalho de Sísifo! Trata-se, como dito, de conciliar o inconciliável. Na medida em que se aceita a ideia de que a indenização pode ter por objetivo reprimir certas condutas e punir aquele que as praticou, a indenização necessariamente deverá ser superior ao montante efetivamente devido, pois, caso contrário, o quantum arbitrado não produzirá tal efeito. Destarte, a indenização punitiva traz, ínsita, a ideia do enriquecimento do ofendido, que receberá mais do que era devido. Esse, no entanto, e não é ocioso repetir, é o preço a se pagar para sancionar certas condutas. A sociedade aceita não só o enriquecimento da vítima como todas as demais consequências negativas advindas da aplicação da teoria dos punitive damages, tais como o aumento de custos, o desestímulo a certas atividades e o aumento da conflituosidade social. Pretender punir exemplarmente o ofensor sem enriquecer a vítima produz, apenas, decisões judiciais fortes em sua fundamentação, mas vazias em sua parte dispositiva (2009, p. 250-251).

No final das contas, o que fica claro é o caos interpretativo do parágrafo único do art. 944, especialmente sua aplicação ao dano moral, criando discrepantes decisões e prejudicando o fundamento da responsabilidade civil.

Rediscutir o desconexo parágrafo único do art. 944 vem justamente de encontro ao que tem ocorrido nos tribunais. A inclusão do dano moral na interpretação do artigo talvez tenha sido uma forma incongruente que os juristas acharam de burlar as exorbitantes compensações, avaliando o grau da culpa do ofensor, o que abriu as portas a outros problemas, como os danos punitivos, entrave à aplicabilidade da responsabilidade objetiva e dos danos lícitos, e o prejuízo ao princípio da reparação integral e da dignidade do ser humano.

4. CONCLUSÃO

O que se observa é que o dano moral seguramente não fazia parte da realidade jurídica (doutrinária e jurisprudencial) dos anos 196/1970, tendo se consagrado timidamente, a princípio, após sua expressa previsão no texto constitucional, incisos V e X do art. 5º.

O dano moral, portanto, não fazia parte das premissas dos Anteprojetos do Código Civil, que tiveram início em 1965. Toda a preocupação era com o dano material.

Por outro lado, o texto do art. 944 sempre esteve presente, acreditamos, desde as primeiras linhas dos Anteprojetos. Nunca se duvidou de que a indenização (dos danos materiais) se mediria pela extensão do dano.

As inconsistências têm início com a inclusão assistemática do termo “dano moral” no art. 186, que poderia ter sido mais adequado se incluso no art. 927. Some-se a isso, a aferição do grau da culpa do ofensor no parágrafo único do artigo 944, em certo destom com o *caput*, uma vez que, de uma certa forma, em prol da equidade, muito preocupado com o ofensor, fere o princípio da reparação integral. Essas inclusões, como analisado, principalmente a primeira, parece-nos, teriam ocorrido às pressas, no apagar das luzes do Anteprojeto Reale de 1975.

A má técnica do legislador criou possibilidade de interpretação distorcida, estendendo-se o art. 944, como um todo, ao dano moral, quando, a toda evidência, refere-se apenas ao dano material.

A própria inclusão de aferição do grau da culpa no parágrafo único do art. 944, além de consubstanciar um retrocesso doutrinário, é contrária ao previsto no *caput* do mesmo artigo. Ademais, cumpre ressaltar que o retrocesso também está ligado ao advento da nova ordem de responsabilidade objetiva, que é incompatível com a aferição da culpa, uma vez que centrada na vítima, não no ofensor.

O cálculo do *quantum* indenizatório a partir do parágrafo único do art. 944, se aplicado ao dano moral, atenta contra dignidade da vítima, sendo, por isso mesmo, inconstitucional. Reduzir a indenização com base na culpa implica a possibilidade de a vítima não ter compensada a violação causada à sua dignidade.

Todas essas observações só demonstram a celeuma interpretativa, que podem esvaziar o dano moral e, em última instância a dignidade humana.

REFERÊNCIAS:

CALIXTO, M.J. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas S.A., 2014.

GODOY, C.L.B. de. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. In: PELUSO, C. (Coord.) 5. ed. rev. e atual., Barueri: Manole, p. 956-958, 2011.

GONÇALVES, C.R. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev., atual. e ampl., Saraiva: São Paulo, 2008.

CORDEIRO, A.M. *Tratado de direito civil português: I parte geral*. Tomo I. 3. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

MORAES, M.C.B. de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, S. *Direito Civil: responsabilidade civil*. v. 4., 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1999.

SAMPAIO JÚNIOR, R.B. O princípio do pleno ressarcimento e a indenização punitiva. In: FIUZA, C.; SÁ, M.F.F. de; NAVES, B.T.O. (Coord). *Direito civil: atualidades III – princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 227-254, 2009.

SILVA, W.M. da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares S.A., 1962.