

DAVID LUIZ DA SILVA ROCHA

**DANOS MORAIS: Uma breve análise dos parâmetros
utilizados para a sua quantificação**

**CARATINGA-MG
DIREITO
2017**

DAVID LUIZ DA SILVA ROCHA

**DANOS MORAIS: Uma breve análise dos parâmetros
utilizados para a sua quantificação**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Caratinga, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil Orientador:
Prof. Msc. Rafael Firmino

**CARATINGA
FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA
2017**

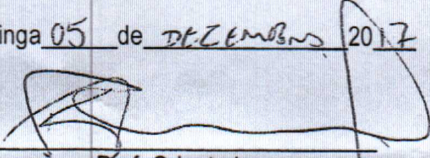
TERMO DE APROVAÇÃO

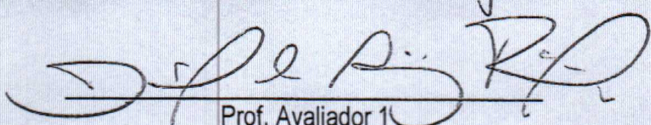
O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

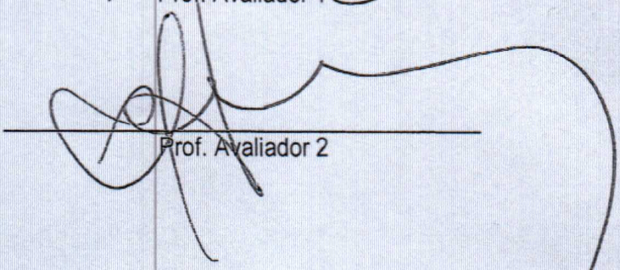
Dano Moral: Uma breve análise dos parâmetros utilizados para a sua quantificação elaborado pelo aluno David Luiz da Silva Rocha foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 05 de DEZEMBRO 2017


Prof. Orientador


Prof. Avaliador 1


Prof. Avaliador 2

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser responsável por tudo, por sempre me dar força e nunca me deixar desistir apesar de todas as adversidades. Ao meu pai Marinho Araújo da Rocha, minha mãe Lucelene Luiza da Silva Rocha pelo apoio nas minhas decisões, por todos os sacrifícios ao longo dos anos para tornar meus irmãos e eu pessoas que possam fazer diferença junto à sociedade, aos meus irmãos Jorge Luiz da Silva Rocha e Mariene Luiza da Rocha e minha namorada Natália Teixeira, por estarem presentes nesta caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus responsável para que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitário, mas em todos os momentos é o meu maior mestre.

Aos meus pais, irmãos, minha namorada e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Aos amigos doutores do escritório de advocacia pelos dois anos de grande aprendizado que tive na prática jurídica, Dr. Kelyston, Dr. Rodrigo, Dra. Kássia e Dr. Vinícius.

Ao meu orientador professor Rafael Firmino por disponibilizar informações essenciais para execução do presente trabalho.

A todos os professores que fizeram parte da minha formação, que foram tão importantes na minha vida escolar e acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

Tudo o que fizerem, façam de todo o coração, como para o Senhor, e não para os homens, sabendo que receberão do Senhor a recompensa da herança. É a Cristo, o Senhor, que vocês estão servindo (Colossenses 3: 23-24).

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo identificar a responsabilidade civil como importante instituto jurídico na proteção das pessoas. Uma das tarefas mais difíceis atualmente no ordenamento jurídico brasileiro é aferir o valor do dano moral nas mais diversas relações jurídicas, tendo em vista que não há um cálculo matemático e tampouco uma tarifação dos valores a serem pagos pelo causador do dano, levando-se sempre em consideração a livre apreciação pelo julgador do quanto devido, sendo impossível afastar certo subjetivismo. Não obstante a dificuldade de se cotejar o valor devido a título de dano moral, não pode renegá-lo, uma vez que tal instituto está expressamente consagrado no ordenamento jurídico, inclusive no topo da hierarquia legislativa, a Constituição da República e também presente no código civil. Assim, constatou-se que no Brasil pacificou esse entendimento, originando na doutrina, teorias sobre as funções da reparação civil, quais sejam: função compensatória, punitiva e do enriquecimento ilícito. Procurou-se identificar os critérios utilizados pelo juiz na quantificação do dano moral. Detectou-se que os critérios mais considerados pelos julgadores são: as condições econômicas das partes, a conduta dos agentes, o grau de culpa, a intensidade da lesão, a condição pessoal do ofendido, os padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, somados ao livre e prudente arbítrio do juiz. Ao final, efetuou-se pesquisa no repositório da jurisprudência dos tribunais brasileiros, colhendo posicionamentos que indicam as tendências, acerca do caso e ficou constado que os valores fixados são muito aquém do necessário, devido à observância do princípio do enriquecimento ilícito, freando de certa forma a real função da aplicação do dano moral, que é evitar a prática reiterada, não coibindo e desencorajando a prática ilícita do ofensor, em especialmente no caso de grandes empresas.

Palavras-chave: Direito Civil. Dano Moral. Indenização. Critérios. Fixação. Quantum Indenizatório.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART – Artigo

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

P. – Página

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

CC – Código Civil

PROCON – Programa de Proteção e Defesa do Consumidor

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
1.1 CONCEITO	10
1.2 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS	11
CAPÍTULO II – DO DANO MORAL	13
2.1 EVOLUÇÃO DO DANO MORAL NO BRASIL	13
2.2 CONCEITO	17
2.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DANO MORAL	18
2.4 FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL	20
2.5 FUNÇÃO COMPENSATÓRIA	22
2.6 FUNÇÃO PUNITIVA	23
2.7 FUNÇÃO PREVENTIVA	27
CAPÍTULO III - PARÂMETROS DE FIXAÇÃO DO <i>QUANTUM</i> INDENIZATÓRIO..	28
3.1 CRITÉRIOS SUBJETIVOS	31
3.1.1 Extensão do Dano.....	31
3.1.2 Intensidade do Sofrimento Experimentado pela Vítima	33
3.1.3 Duração do Sofrimento Experimentado pela Vítima.....	33
3.1.4 Grau de Culpa das Partes	35
3.1.5 Condições Pessoais da Vítima	35
3.1.6 Razoabilidade, Equidade e Prudente Arbítrio do Juiz	36
3.2 CRITÉRIOS OBJETIVOS	39
3.2.1 Reincidência da Conduta Geradora do Dano	39
3.2.2 Capacidade Econômica do Agente Lesante.....	41
3.2.3 Capacidade Econômica ou Condição Financeira da Vítima	42
3.2.4 Impossibilidade de Enriquecimento Sem Causa/ Ilícito/Indevido	44
3.2.5 A impossibilidade de eficácia de um papel preventivo-pedagógico...	47
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um instituto que faz parte ramo do direito das obrigações, acarretando na obrigação de indenizar, por parte daquele que causar dano a outrem.

O Código Civil de 1916 previa, em seu artigo 159, a responsabilidade subjetiva, fundada na culpa, ou seja, aquela em que a vítima deveria provar além do dano sofrido, a ação culposa por parte do agente causador do dano. Desta forma, nota-se que até então a responsabilidade civil era oriunda de ato ilícito e recaia sobre atos praticados com culpa.

Porém, a sociedade que cada vez mais se transformava em uma sociedade pós-moderna, tecnológica e globalizada, impôs mudanças na responsabilidade civil não apenas nas normas, mas também na interpretação e aplicação dessas normas.

A consagração da responsabilidade civil se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou a tratar do tema de forma explícita em seu artigo 5º incisos V e X, que vieram a garantir o direito de indenização por dano material e moral e à imagem, ou seja, passou a trazer expressamente em seu texto a reparação do dano exclusivamente moral.

Os avanços da responsabilidade civil foram confirmados ainda no Novo Código Civil (Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002) que também prevê a obrigação em ressarcir os danos causados a outrem em seus artigos 186 e 927.

Com base no texto do artigo 186 do Novo Código Civil, tem-se que quatro são os pressupostos da responsabilidade civil: conduta (ação ou omissão), dano, nexo causal e culpa, havendo a presença de tais pressupostos, tem-se a obrigação da reparação do dano causado, tal obrigação não recai apenas aos danos materiais, mas também aos danos extrapatrimoniais, ou seja, o resultado deste dano não é de cunho pecuniário, é um dano não passível de valoração e incapaz de ser recomposto na sua integralidade, chamado de dano moral, que é a ofensa ao patrimônio espiritual ou da personalidade da pessoa onde, em geral, o indivíduo ofendido experimenta qualquer sensação dolorosa, seja ela física ou espiritual, como humilhação, constrangimento, tristeza, depressão, angústia, produzindo reflexos psicológicos no ser humano.

Portanto, o valor da indenização por dano moral tem a função de compensação e não de reparação, visto que não é possível valorar a dor, o sofrimento, e ainda, diferentemente da responsabilização por dano material, é impossível restabelecer ao *status quo ante*, assim, a indenização tem a função de compensar o dano suportado pela vítima, possui caráter punitivo, objetivando punir ao agente com a diminuição de seu patrimônio, desestimulando-o a voltar a praticar atos lesivos e dispõe ainda do caráter socioeducativo, pois mostrará aos outros indivíduos da sociedade que tais condutas serão punidas.

Assim, o que se tem é um grande número de ações propostas sem fundamento jurídico que as embasem, sem presença de pressupostos essenciais para a caracterização da existência do direito pretendido, levando ao judiciário situações que demonstram sensibilidade exacerbada e ainda meros dissabores e aborrecimentos comuns do cotidiano de uma vida em sociedade. Tais demandas podem ser classificadas como oportunistas, onde o único objetivo é obter alguma vantagem pecuniária, não raras as vezes, com valor substancial, ou ainda, classificadas como mera ignorância acerca de quando se tem realmente o direito adquirido, ou seja, o proponente sabe que existe o direito mas não está apto a reconhecer quando ele de fato ocorre (pressupostos) e quando trata-se apenas de adventos normais do dia a dia perfeitamente suportáveis. Em resumo, o conhecimento que chega a população à respeito do dano moral é superficial, cabendo aos operadores do direito a tarefa de rechaçar qualquer demanda descabida.

Desse modo, a propositura desenfreada desse tipo de ação vem a banalizar o instituto em questão. Neste sentido, a questão que norteia o presente estudo é: Dano Moral, banalização desse instituto ou exercício de um direito garantido?

Assim sendo, presente estudo tem por objetivo fazer uma análise acerca do crescente aumento das ações de indenização por dano moral, trazendo a questão da banalização do instituto à discussão. A pesquisa empregará métodos bibliográficos, fazendo uso de pesquisas nas legislações pertinentes, doutrinas e jurisprudências, além de artigos de revista.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

É importante fazer algumas considerações acerca da responsabilidade civil antes de adentrar no tema desta monografia, vale lembrar que não aprofundaremos a cerca do devido tema, pois não se trata do tema central do presente trabalho, servindo apenas como caráter informativo, para melhor entender o tema central do presente trabalho desta monografia.

CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 CONCEITO

O conceito de responsabilidade civil é delineado por diversos autores, sendo o fato de alguém se constituir garantidor de algo, por ato seu praticado contra outra pessoa. Essa garantia consiste, na maioria das vezes, no dever de indenizar. Maria Helena Diniz, nesse sentido, conceitua:

O vocábulo “responsabilidade” tem origem no latim *respondere*, significando o fato de alguém ter se constituído garantidor de algo. Tal termo contém, portanto, a raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais ¹.

Nas palavras de Venosa:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar ².

Em uma definição esclarecedora, Rui Stoco conceitua também o ato ilícito:

Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato) ³.

De forma a sintetizar o que foi explanado anteriormente o Código Civil (CC) define em seu artigo (art.) 927, *in verbis*:

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 ⁴.

Em regra geral, a responsabilidade civil é o dever de indenizar o lesado decorrente de um ato ilícito do agente, nascendo assim, o dever de reparar o prejuízo causado a vítima, seja dano material (patrimonial) seja o dano moral (personalidade). Constata-se que o direito almeja a reparação do dano à vítima, o retorno do prejudicado ao status anterior ao da produção do dano. Ocorre que tal não acontece com o dano moral, uma vez que não é possível apagar um sofrimento, um vexame ou um constrangimento e nem demonstrar concretamente referido dano, pois este está intimamente ligado à dignidade da pessoa, no seu interior, na sua intimidade. É inviável reverter uma situação já ocorrida ao que existia antes. Contudo, não é por isso que não se pode compensar a angústia impingida a alguém, e sim porque é impossível reconstituir o patrimônio violado de um bem imensurável, a exemplo da honra.

1.2 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS

O art. 186 do CC traz: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” ⁵.

Em análise ao dispositivo acima, é possível extrair os seguintes elementos da responsabilidade civil: conduta humana, dano, nexos causal e culpa como elementos acidentais, não sendo dessa forma, esses um elemento essencial.

³ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 53.

⁴ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 outubro 2017.

⁵ Ibidem.

Assim, a conduta humana é o elemento fundamental para a caracterização da responsabilidade civil, seja esta uma ação ou omissão, somada à vontade do agente que causa dano ou prejuízo a outrem. Nessa ocasião, é imprescindível verificar em quais condições o agente se encontrava, devendo-se levar em conta a consciência do mesmo quando da prática do ato ilícito, pois, se não há o dolo consciente do agente, não há que se falar em responsabilidade civil.

O legislador constituinte recepcionou somente a ideia da pessoa que, por ação ou omissão, causar danos a alguém tem o dever de repará-lo. Porém, temos claramente que a responsabilidade pode resultar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e mais, estragos causados por coisas e animais que lhe pertençam, conforme presumem os arts. 932 e 933 do CC/2002. Nesse caso, a ilicitude é aspecto necessário da ação humana voluntária e prende-se ao conceito de imputabilidade, uma vez que a voluntariedade desaparece quando o agente é inimputável.

Desse modo, a responsabilidade civil remete à ideia de que o agente praticou um ato lesivo ilícito, pois houve a violação de uma obrigação que conseqüentemente gerou o dever de indenizar. Assim, ter-se-á o ato ilícito caso a ação contrariar o dever geral previsto no ordenamento jurídico (responsabilidade extracontratual) ou se não cumprir obrigação assumida (responsabilidade contratual). Todavia, alguém somente poderá ser responsabilizado se houver ligação entre a ação praticada e a lesão sofrida por alguém. Trata-se do nexo de causalidade entre o fato e o dano.

O nexo causal liga o resultado danoso ao agente, ou seja, trata-se da relação causa/efeito entre a conduta humana, seja esta positiva ou negativa, e o dano caracterizado. Torna-se um elemento essencial, pois, a partir deste, é que se verifica se há ou não nexo de causalidade entre o dano sofrido e o agressor.

Dessa forma, o CC, de forma clara e objetiva, entende que, para se apontar quem quer que seja como causador do dano deve ser observado o seguinte pressuposto: o resultado danoso ter ocorrido em consequência direta e mediante a causa que lhe deu origem.

Entretanto, não é tarefa fácil perceber a configuração do nexo de causalidade, pois se trata de algo complexo, em que deverá ser analisado em evento concreto. Salienta-se que o caso fortuito e a força maior excluem o nexo causal, bem como se o dano ocorrer por culpa exclusiva da vítima.

No campo da responsabilidade civil, a culpabilidade abrange a noção de culpa

(imprudência, negligência e imperícia) e dolo (agente que procura intencionalmente o resultado). Considera-se negligente aquele que não age com a atenção devida em determinada conduta, que age com omissão. Na imprudência, o agente age precipitadamente, sem prever as consequências, ou seja, age sem cautela. É imperito aquele que não possui aptidão técnica para determinada situação.

Destacam-se, ainda, outras modalidades de culpa, entre elas a culpa *in eligendo*, decorrente da má escolha de um preposto, a culpa *in vigilando* oriunda da falta de fiscalização do patrão com relação aos seus empregados e a culpa *in custodiendo*, utilizada para caracterizar a culpa pela guarda de coisas ou animais sobre custódia. Esses são casos em que o agente responde por ato de terceiro a quem está legalmente ligado.

Saliente-se que a culpa é o elemento fundamental da responsabilidade civil subjetiva, a qual é a regra geral no direito brasileiro. Por isso, a ideia de que a culpa não é um elemento essencial, mas accidental, uma vez que a ideia de responsabilidade está calcada na atividade de risco. E, ainda, entende-se que a culpa não está inserida no rol dos elementos da responsabilidade civil por não ter a característica da generalidade.

CAPÍTULO II – DO DANO MORAL

O objetivo deste capítulo é inserir o leitor ao assunto da reparação por danos morais no contexto do direito brasileiro. Propõe-se a análise dos obstáculos que a teoria da reparabilidade dos danos morais viu-se obrigada a enfrentar para ganhar o enorme respaldo que possui nos dias de hoje.

Para não deixar margem à dúvida quando se ouve sobre o dano moral de forma genérica, cumprirá de se apresentar a evolução do instituto no Brasil, o conceito de dano moral, fazendo uma breve análise do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto do dano moral e que tipo de funções ele deve cumprir.

2.1 EVOLUÇÃO DO DANO MORAL NO BRASIL

Deve-se traçar um breve panorama acerca de como se comportou o instituto

ao longo dos anos e de que maneira evoluíram as teorias a respeito da possibilidade de indenização do dano moral no direito nacional. Pode-se separar em três fases distintas o fenômeno do dano moral no direito brasileiro: negativista; reparabilidade restrita; e reparabilidade plena.

Embora os adeptos da reparabilidade do dano moral fossem aumentando com o passar do tempo e a tese ganhando espaço na doutrina, inicialmente, o entendimento majoritário na jurisprudência era negativista, no sentido da impossibilidade da reparação do dano moral, e com respaldo moderado de alguns autores, com base forte nos argumentos principais de que não se poderia reparar o dano moral porque seria inviável atribuir preço à dor humana e a inexistência de previsão legal geral, sendo taxativo o CC/1916 quanto às exceções em que seria possível a reparação de ordem moral.

Yussef Said Cahali discordando a respeito da taxatividade do CC de 1916 em relação à reparabilidade dos danos morais, assinala que “se é certo que o antigo Código Civil se omitira quanto a inserir uma regra geral de reparação do dano moral, não era menos certo que se referia a diversas hipóteses em que o dano moral seria reparável (arts. 1.537, 1.538, 1.543, 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550, todos do CC/1916); tais hipóteses assim referidas estavam longe de constituir simples exceção à regra de que só os danos patrimoniais deveriam ser ressarcidos; antes, pelo contrário, visando apenas disciplinar a ‘forma de liquidação do dano’, prestavam-se para confirmar que estava ínsita na lei civil a ideia da reparabilidade do dano moral”⁶.

Observa-se que, a existência de críticas direcionadas à liquidação do dano, é uma preocupação que se mantém nos dias de hoje, e não apresenta solução de fácil aplicação, sendo inclusive objeto deste trabalho, não defendiam os autores que o dano à pessoa não merecesse reparação, atendo-se à questão formalista de impossibilidade de estabelecimento de um *pretium doloris*.

Aos poucos a teoria positivista foi ganhando espaço dentro dos tribunais, a ponto de que anteriormente à Constituição Federal (CF) de 1988, já se admitia a indenização por danos morais, entretanto, de forma tímida, sendo considerado pela jurisprudência da época indispensável para que se cogitasse a indenização por danos morais sendo necessário que ocorresse juntamente a lesão de algum bem patrimonial.

⁶ CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 41.

Assim era a fase da reparabilidade restrita, não se admitindo expressamente a possibilidade do dano moral puro. Apesar de representar um avanço em relação ao momento negativista anterior, fazia-se ainda necessária a alusão ao dano patrimonial indireto para que atingisse o objetivo de se reparar o dano moral.

Até a promulgação da CF/88, era grande a discussão acerca da indenização ou não para a compensação do dano moral, desde então, tal instituto encontrou-se amparado por texto legal, descritos no artigo 5º, incisos V e X da CF, e posteriormente no CC, em seu artigo 186, os clamores pela segurança jurídica da reparabilidade do dano moral foram atendidos pela CF 88. Dispõem os referidos incisos:

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 ⁷.

Assim sendo, a promulgação da CF/88 colocou fim a controvérsia acerca da reparação do dano moral, passando a admitir de forma ampla e irrestrita, uma vez que está inserido na categoria de princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, sendo eles a proteção aos direitos da personalidade, o direito a vida, liberdade, privacidade, honra, imagem e a dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico, transformando seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídico. A lei maior criou um direito subjetivo constitucional à dignidade, fazendo do dano moral a essência de todos os direitos personalíssimos, com isso, ao proteger a dignidade humana, a CF/88, alargou os horizontes de proteção do indivíduo, adicionando-lhe um conteúdo ético. Em uma análise dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, podem-se observar diversos dispositivos que consagram o princípio da dignidade humana, tal como a proibição de tortura, a inviolabilidade do domicílio e correspondência à liberdade de locomoção, dentre outros.

Nesse ponto Rui Stoco ensina que “avançando além de regras de intenção ou normas meramente programáticas, foi com o advento da CF/88 que a aceitação plena da reparação por dano moral se consagrou e a inviolabilidade dos bens

⁷ BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30 de Outubro de 2017.

inerente à personalidade foi afirmada e efetivamente protegida. A declaração expressa no sentido de proteção e resguardo dos valores morais pela Constituição Federal não é propriamente um direito novo, mas apenas nova roupagem constitucional vestindo o velho e discutido direito”⁸.

Sobre o advento da CF/88 e as garantias asseguradas, Maria Celina Bodin de Moraes se manifesta no sentido de que “não há lugar, atualmente, para controvérsias quanto à ressarcibilidade do dano moral, em face do que consta da CF/88, em seu artigo 5º, incisos V e X, no qual se lê claramente que é assegurado o direito à indenização por danos morais. Todas as objeções quanto à ressarcibilidade do dano moral, portanto, parecem hoje interessantes somente do ponto de vista de sua evolução histórica, pois a reparabilidade dos danos morais não somente é matéria constitucionalmente prevista, mas configura-se ali através de cláusula pétrea”⁹.

Garantida então constitucionalmente a plena reparabilidade do dano moral puro, o CC/2002 reproduziu, também de maneira genérica, novamente no artigo 186 que “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”¹⁰.

Quanto a essa ausência de regulamentação aprofundada acerca do tema dano moral no CC/2002, Rui Stoco critica o legislador ao argumentar que “lamentavelmente o Código Civil de 2002, nesta quadra, postou-se na contramão da história, pois é extremamente tímido com relação ao dano moral, tanto que fez menção a ele uma única vez (no art. 186), apenas de passagem, nada mais estabelecendo acerca da proteção fundamental como que revelando a aversão que o legislador nutria acerca desse aspecto da responsabilidade civil”¹¹.

Percebe-se que a Constituição cidadã não deixou dúvida acerca da proteção, pelo direito da dignidade da pessoa humana, destacando a indenizabilidade dos danos morais, e dessa forma, não encontrou mais chão a teoria negativista.

Enfim, se encontra vencida a hipótese de irreparabilidade do dano moral na doutrina, quanto na jurisprudência e na Lei Maior, conforme mencionada passagem

⁸ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 p. 1663.

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009 p. 155.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹¹ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1664.

de Maria Celina Bodin de Moraes, a análise desse background da reparação por danos morais cumpre apenas caráter informativo histórico, a fim de facilitar a compreensão do estado atual desse dispositivo tão dinâmico que é o dano moral.

2.2 CONCEITO

Para Miguel Reale “moral é um conjunto de regras criadas pela sociedade ao longo dos tempos que inseridas no grupo valem como parâmetro para o comportamento socialmente aceitável para determinada comunidade”¹².

A incorporação dos valores morais ao ordenamento pátrio e principalmente a consagração dos direitos da personalidade, fez com que a moderna doutrina ampliasse o conceito de dano no sentido de não se restringir a lesão, aos danos patrimoniais, mais sim a uma diminuição ou subtração de um bem jurídico, incluindo não só o dano patrimonial, mas também os bens extrapatrimoniais, tais como a honra, a saúde e a vida¹³.

Sintetizando os diversos conceitos de dano, a professora Maria Helena Diniz, o definiu de forma ampla, como sendo a “lesão (diminuição ou destruição) devido a certo evento que sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”¹⁴.

A moral para o direito consiste na valoração ínsita no sentimento da cada ser humano enquanto indivíduo, abrangendo critérios pessoais que fogem ao domínio exclusivo da/ razão. O dano moral constitui-se de diversas vertentes, tais como os danos que afetam a parte social do indivíduo, referente a honra e a reputação, a esfera afetiva do patrimônio moral, como dor, tristeza, angústia, saudade, e até mesmo os reflexos dos danos patrimoniais experimentados pelos indivíduos.

Observando tais perspectivas, Yussef Said conceitua o dano moral como a “privação ou diminuição daqueles bens que possuem um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”¹⁵.

O doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, afirma que “o dano moral consiste em

¹² REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 42.

¹³ CAHALI, Yussef Said. Enciclopédia saraiva do direito. V.22. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 205.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10- 1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58.

¹⁵ CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 3. ed. ver., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.22

lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, a dignidade, enfim, se traduz nos modernos direitos da personalidade”¹⁶.

A natureza da personalidade é baseada nos direitos públicos subjetivos que desempenham uma função de instrumento jurídico voltado à confirmação primordial do direito privado, pois são direitos fundamentais com princípios e raízes constitucionais.

Dessa maneira, mesmo não existindo um consenso doutrinário a respeito do conceito dos danos morais, observa-se, no entanto, que estes convergem no ponto em que assinalam a observância do princípio do *neminem laedere* e a reparabilidade dos danos que atingem o âmbito espiritual do indivíduo.

Lembra-se que o dano não se confunde com seus efeitos, ou seja, não se reduz o dano à dor, humilhação, angústia, desgosto, ou outra forma de sentimento negativo, sendo tais sensações reflexos da lesão percebida de maneira diferenciada por cada ser humano e, portanto, temeroso de se exigir, para que se configurasse o dano. Vale ressaltar que, por ter sua motivação nas ofensas capazes de gerar prejuízo ao patrimônio ideal do ser, é regra geral não se exigir demonstração de sofrimento do ofendido, não será todo e qualquer aborrecimento da pessoa capaz de caracterizar o dano moral.

Cabe acrescentar que, diante da evolução dos conceitos, embora criticada por muitos autores a terminologia “dano moral” ainda será usada, no presente trabalho, de tal nomenclatura, tendo em vista sua utilização em larga escala em todo o território nacional, tanto na mídia, quanto na jurisprudência e também na própria tradição doutrinária, ressalvado não estar se referindo propriamente à moral como conjunto de valores éticos e bons costumes, mas o conceito de “dano moral” conforme analisado.

2.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DANO MORAL

No estudo do dano moral é imprescindível a análise do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a Carta Magna de 1988, em seu art. 1º, III, traz em seu enunciado que “o Estado democrático de direito tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, bem como em seu art. 5º, X, garante o

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 249.

direito à indenização por danos morais e materiais, decorrentes de violação do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas”¹⁷.

Assim, é importante mencionar que, a partir da promulgação da referida Constituição, o Estado Brasileiro reassumia o status de Estado democrático de direito, tendo por bem o legislador constituinte elevado à dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental do mesmo, sendo certo que, o Estado existe em função das pessoas, e não estas em função do mesmo.

Não obstante, para reforçar mais ainda a ideia de que a pessoa humana é essencial à organização do Estado, o legislador colocou à frente da organização deste um capítulo sobre os direitos fundamentais. Contudo, toda e qualquer atitude do Estado deve ser avaliada sobre o prisma da dignidade de pessoa humana, sobre pena de ser considerada inconstitucional.

Nos ensinamentos de Azevedo:

A utilização da expressão dignidade da pessoa humana no mundo do direito é fato histórico recente. Evidentemente, muitas civilizações, graças especialmente a seus heróis e santos, tiveram consideração pela dignidade da pessoa humana, mas juridicamente a tomada de consciência com a verbalização da expressão foi um passo notável dos tempos mais próximos. ‘Da dignidade da pessoa humana tornam-se os homens do nosso tempo sempre mais conscientes’ (Declaração *Dignitatis Humanae* sobre a Liberdade Religiosa de Paulo VI e do Concílio Vaticano II, em 07 de dezembro de 1965). Tomada em si, a expressão é um conceito jurídico indeterminado; utilizado em norma, especialmente constitucional, é princípio jurídico¹⁸.

Contudo, tem-se como princípio jurídico elencado na CF/88, mais precisamente no art. 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana. Impossível seria depositar uma definição imutável do que seria a dignidade da pessoa humana, tendo em vista a complexidade e a amplitude de sua conceituação, seja no campo religioso, filosófico, histórico ou jurídico. A dignidade da pessoa humana é um valor soberano que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem.

Entretanto, a dignidade da pessoa humana se torna uma diretriz para as demais regras e princípios do ordenamento jurídico. Dessa feita, a aplicação do referido princípio à luz do bom direito, seria melhor utilizada quando aplicada a um caso concreto, quando então ganharia forma e conteúdo, ou seja, por meio da atividade interpretativa judicial. Se de um lado o princípio da dignidade da pessoa

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.

¹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, ano 2, v. 9, jan./mar. 2002. p. 3-4

humana se compõe no núcleo referencial valorativo ou unificador dos direitos da personalidade (e dos direitos fundamentais em geral), por outro pode também converter--se em parâmetro, ou também em limite, de materialização e efetividade desses direitos, sobrepondo-se sobre eles, quando a sua expressão esbarrar nesse valor supostamente soberano que ele concebe.

Doutrinariamente, a CF/88 traz, em seu art. 5º, o direito à vida. Sendo assim, nosso ordenamento jurídico protege veemente o direito à vida, o que se percebe claramente, uma vez que ampara desde a concepção do feto até o último sinal vital do ser humano, fato que se extrai das proibições legais impostas, como: proibição legal ao aborto, infanticídio, homicídio e participação em suicídio, dentre outros tipos penais. Tradicionalmente, o direito à vida resume-se em nascer dignamente e manter-se vivo, tornando-se, assim, inviolável, conforme garantia constitucional. A CF/88, por sua vez, alocou o direito à vida dentre as garantias fundamentais, como um direito subjetivo público passível de exigência perante os Estados.

Todavia, alguns direitos inerentes às pessoas jamais se esgotarão. São eles: direitos à vida, a nascer, a manter-se vivo e a lutar pela continuação da vida. Trata-se de criar possibilidades para que os cidadãos realmente partam de uma situação de igualdade e que se permita, dessa forma, que eles possam explorar plenamente seus potenciais como pessoa humana. Assim, em análise detida ao contexto citado, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce uma grande influência nos direitos fundamentais, que, por sua vez, incidem no desdobramento da personalidade. Faz-se tão verdade que o centro do ordenamento é a pessoa humana e suas relações, sendo que, nesse condão, sua importância se traduz no princípio da dignidade da pessoa humana, já que se situa no cume do mesmo. Agora, o estudo de tais direitos se faz necessário sobre a ótica constitucional, não abordada no presente trabalho.

Por fim, torna-se imprescindível admitir a dimensão que o princípio da dignidade da pessoa humana possui no ordenamento jurídico vigente, haja vista ser esse o princípio ético-jurídico hábil a conceber ao direito civil unidade valorativa e sistemática, restringindo, assim, a desigualdade e possibilitando o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo dentro da coletividade.

2.4 FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL

Visto o conceito do dano moral indenizável e a aplicação da dignidade da pessoa humana neste instituto, cumpre-se então, verificar suas funções, pelo que se faz imperioso destacar, em primeira análise, que, tratando-se de indenização por dano moral, não há de se falar propriamente em ressarcimento, como são familiares no dano patrimonial e na responsabilidade civil em geral, sendo que reparabilidade do dano moral tem seu berço, institutos que se orientam pelo princípio do *restitutio in integrum*.

Clayton Reis afirma que “a teoria da responsabilidade civil se encontra edificada sobre o princípio da integralidade ou da *restitutio in integrum*, ou seja, amparada no pressuposto de que todo dano deve ser objeto de plena reparação ou reposição ao *status quo ante*”¹⁹.

Entretanto, quando se fala em dano moral, não é possível a restituição ao *status quo* anterior, pelo que se mostra equivocada a utilização do termo ressarcimento, dando espaço à ideia de reparação ou compensação, e, desse modo, a pecúnia atribuída a título de compensação por dano moral é utilizada como remédio imperfeito para acalmar a alma do ofendido e tentar neutralizar o dano através das mais variadas oportunidades que o dinheiro pode proporcionar a critério do ofendido. No dano patrimonial, procura-se a restituição em espécie ou dinheiro de forma equivalente, a se reconduzir seu patrimônio como se não estivesse ocorrido tal fato. No dano moral não é possível eliminar o prejuízo com uma reparação monetária, visto que este se trata de um dano imensurável a personalidade²⁰.

Também, segundo Maria Celina Bodin de Moraes:

Aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; “indenizar” é palavra que provém do latim, “*in dene*”, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à indenização do dano moral²¹.

Diferenciada a questão básica entre o dano moral e o dano patrimonial, no que tange à reparação efetiva da coisa lesada e a restituição ao *status quo ante*, cabe

¹⁹ REIS, Clayton. Dano moral. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 170.

²⁰ CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38.

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 145.

identificar quais as funções dessa compensação do dano moral, verificando-se que são três os objetivos elementares da aplicação do instituto do dano moral, quais sejam: compensatória; punitiva; e preventiva.

2.5 FUNÇÃO COMPENSATÓRIA

A função compensatória da indenização por danos morais aqui, igualmente como se fez em relação à nomenclatura “dano moral”, se fará no que tange à expressão indenização, sendo a consequência mais lógica que se pode traduzir da reparabilidade do dano moral garantida pela CF/88, lesão ao bem jurídico protegido, no caso, a pessoa humana, deve o ofendido receber a justa compensação.

Referida função tem caráter meramente satisfativo, pois, conforme exposto enquanto se diferenciava a reparação do dano moral e do dano patrimonial, não há como restabelecer o patrimônio intangível do indivíduo ao que era antes, restando apenas à opção de oferecer-lhe alternativa para desfocar o pensamento dos efeitos causados pelo dano sofrido.

O artigo 944 do Código Civil dispõe que “a indenização mede-se pela extensão do dano”²².

Pautado nesse dispositivo, em que pese não se possa especificamente fazer a mensuração do dano, percebe-se que é necessário que a pecúnia aplicada a título de indenização cumpra a tarefa de atuar ao menos como lenitivo razoável para o ofendido.

Atualmente não encontra nenhuma resistência tanto na doutrina quanto na jurisprudência a tese de que o dano moral deve ser reparado e, assim sendo, deve ser na forma de compensação, tendo em vista a já analisada impossibilidade de se devolver propriamente porção de espírito diminuída pelo dano.

Portanto, não se mostra necessária maior digressão a respeito dessa função, pois é simplesmente um raciocínio lógico traçada até o momento.

²² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

2.6 FUNÇÃO PUNITIVA

Quanto à função punitiva da indenização por dano moral, tem-se posição doutrinária controversa, e alguns autores agrupam como um só, outro como ambas as funções punitiva e preventiva.

No presente trabalho, é defendido a corrente que propõe separação entre as referidas funções, caracterizando a função punitiva como efeito sancionatório intrínseco à indenização, pois, juntamente com a função compensatória, na transferência de patrimônio do ofensor ao ofendido, ao mesmo tempo em que o indivíduo que recebe a indenização, percebe-se soma destinada a acalentá-lo em seu âmago, automaticamente a quantia representa uma diminuição no patrimônio do ofensor, de modo que provoca nele efeito negativo, como punição ao dano causado ao lesado.

Assim, estaria correlacionada a punição ao dano causado, na forma como ele ocorreu, podendo então ser consideradas para a fixação da indenização as circunstâncias sob as quais este foi praticado, conjuntamente ao dano efetivamente sofrido.

Contrários à função punitiva encontram-se argumentos no sentido de que a admissibilidade de caráter punitivo nas indenizações por dano moral desvirtuaria a função específica de reparação, princípio basilar da responsabilidade civil, conforme visto anteriormente, e inerente ao direito civil, de modo que tal caráter adentraria sobre a área na qual não cumpre a este legislar.

Restringindo a indenização por danos morais ao caráter compensatório está o posicionamento de Wilson Melo da Silva que sustenta “para que haja pena, mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique, ou seja, *‘nulla poena sine lege’*. Para que haja dano basta a simples infringência da ampla regra do *‘neminem laedere’*. O delito, no dano, é apenas o fato gerador, a circunstância determinante dele. E o que o juízo cível se busca ressarcir é apenas a consequência do delito, ou seja, o dano [...]. Mira-se, na responsabilidade civil, a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para a

graduação do quantum reparador, e não a culpa do autor”²³.

Maria Celina Bodin de Moraes sustenta que:

A teoria da responsabilidade pela reparação dos danos não há que se basear no propósito de sancionar, de punir, as culpas, a despeito de se não atribuir direito à indenização por parte da vítima culpada. O fundamento, no direito contemporâneo, está no princípio de que o dano sofrido tem que ser reparado, se possível. A restituição é que se tem por fito, afastando qualquer antigo elemento de vingança. Em sentido amplo, indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial, ou, por incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que estaria se não se houvesse produzido o fato ilícito (*lato sensu*) de que se irradiou o dever de indenizar [...] Ora, o pagamento indenizatório a título punitivo seria claramente uma afronta ao princípio do enriquecimento ilícito [...]”²⁴.

Segundo a referida autora:

Enfim, se o objetivo é reparar o dano moral sofrido injustamente, não há como se ater a qualquer conceito de dano causado. Assim fazendo, utiliza-se a responsabilidade civil para atingir finalidades outras que não a única que lhe compete, isto é, a tutela civil em face de prejuízos injusta e efetivamente sentidos. Daí porque não se reconhecer função punitiva à reparação do dano moral. Não se poderá, através da responsabilidade civil, abranger uma pluralidade – ou sequer a duplicidade – de objetivos, tais como punir, inibir, desestimular ações contra *ius*. De outro lado, incumbe à responsabilidade civil buscar todos os meios para reparar, da maneira a mais completa possível, o dano (moral) sofrido, com o fim restabelecer o equilíbrio rompido²⁵.

Fazendo alusão à vontade do legislador, separando a ideia de que caberia ao direito penal legislar a respeito de punição do ofensor, “ao adotar os princípios de satisfação, bem como os da compensação dos danos morais, o legislador não inseriu no texto legal a pretensão punitiva; a contrario sensu, separou de forma precisa a responsabilidade civil da penal, como se deduz da leitura do artigo 935 do Código Civil”²⁶.

Segundo Humberto Theodoro Júnior:

O que, por outro lado, precisa ser ressaltado é que essas exceções em que a reparação civil assume feição punitiva só existem porque a própria lei as instituiu. Não são produto de vontade discricionária dos tribunais, mas resultado da vontade expressa do legislador. Assim, está cumprido o

²³ W. MELO DA SILVA. O dano moral e sua reparação. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 573, Sobre este aspecto. v. infra. Cap. 5.5.

²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 183.

²⁵ Ibidem. p. 304-305.

²⁶ REIS, Clayton. Dano moral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 165.

mandamento constitucional do *nulla poena sine lege*, mesmo que a lei *in casu* seja civil e não penal. O que importa é respeitar o sistema da Carta Magna, sendo indiferente saber se a lei punitiva veio com o rótulo civil ou penal. O que não pode faltar é a fonte legal e esta existirá sempre nas exceções já lembradas ²⁷.

Dessa forma, nesse entendimento formalista, como a Constituição não faz nenhuma previsão de punição do dano moral, atendendo-se à necessidade de repará-lo, pelo caráter punitivo ser eminentemente excepcional à responsabilidade civil, devem as circunstâncias encontrar devida previsão legal para tal, como é o caso das astreintes, da cláusula penal nos contratos, ou da prisão civil em caso de alimentos, sobre pena de se ferir o princípio da legalidade, estampado na Constituição no inciso XXXIX do artigo 5º se lê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” ²⁸.

Admitindo a aplicação com cautela da função punitiva, assinala Humberto Theodoro Júnior:

Há nisso, razão de ordem ética, que, todavia, deve ser acolhida com adequação e moderação no campo da responsabilidade civil, que é geneticamente de direito privado, e não de direito público, como se dá com o direito penal. A este, e não ao direito privado, compete reprimir as condutas que, na ordem geral, se tornam nocivas ao interesse coletivo. Urge, pois, respeitar-se a esfera de atuação de cada segmento do direito positivo, sob pena de sujeitar-se o indivíduo a sofrer sanções repetidas e cumuladas por uma única infração. Um dos princípios fundamentais da repressão pública aos delitos é justamente o que repele o *bis in idem*, isto é, a imposição de duas condenações, em processos diferentes, pela mesma conduta ilícita. Daí que o caráter repressivo da indenização por dano moral deve ser levado em conta pelo juiz *cum grano salis*. A ele se deve recorrer apenas a título de critério secundário ou subsidiário, e nunca como dado principal ou determinante do cálculo do arbitramento, sob pena de desvirtuar-se a responsabilidade civil e de impregná-la de um cunho repressivo exorbitante e incompatível com sua natureza privada e reparativa apenas da lesão individual ²⁹.

Com a afirmação da prevalência do entendimento pela existência de um caráter não apenas compensatório verificou-se que houve uma preponderância sobre o entendimento de que o ressarcimento pecuniário do dano moral tem duplo caráter, sendo este compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Dessa forma, ao mesmo tempo em que este serve alívio da dor, atuando como consolo e como forma

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano Moral. 7. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.p. 84.

²⁸ BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano Moral. 7. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 46.

de compensação para diminuição do sofrimento causado, atua também como sanção ao lesante, de modo a levar ao desestímulo a fim de que o ofensor não volte a cometer atos lesivos à personalidade de outrem ³⁰.

Assim, extrai-se dos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PLANO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA. MAJORAÇÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 20, § 3º DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 282 DE SÚMULA DO STF. 1."Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido." Precedente REsp 138.059/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 11.06.01); 2. O critério que vem sendo adotado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo, contudo, o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades e aos fatos de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. 3. A majoração do "quantum" indenizatório a título de dano moral é medida excepcional e sujeita a casos específicos, tal como verificado no caso em exame. 4. In casu, tendo em vista o valor fixado no acórdão recorrido a título de indenização por dano moral em R\$(cinquenta mil reais), em razão das particularidades do caso e à luz da gravidade dos fatos descritos no acórdão recorrido, impõe-se o ajuste da indenização aos parâmetros adotados por este Tribunal no valor de R\$ 120.000,00, de modo a garantir à lesada a justa reparação, afastando-se, contudo, a possibilidade de enriquecimento indevido, corrigido monetariamente a partir desta decisão e dos juros moratórios nos termos da Súmula 54 desta Corte. 5. A ausência de prequestionamento inviabiliza o conhecimento da questão federal suscitada. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido ³¹.

Também, de acordo com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS - MAJORAÇÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - GASTOS COM CERTIDÕES - RESTITUIÇÃO EM DOBRO - DESCABIMENTO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - RESTITUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.

- A fixação do quantum indenizatório a título de danos morais deve obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, observados o caráter pedagógico, punitivo e reparatório.

- Verificada a desproporcionalidade no caso concreto, a quantia deve ser majorada. - Somente é cabível a restituição em dobro, daqueles valores indevidamente cobrados e pagos pelo consumidor.

- O fato de o autor ter optado pela contratação de advogado, mediante remuneração, para a defesa de seus interesses, não obriga a parte contrária, ainda que sucumbente, a arcar com os honorários contratuais ³².

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 11. ed. rer. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 635.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1133386 RS 2009/0065181-7.

³² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AC: 10095130012313001 MG.

Assim, a tese que encontra maior respaldo no Brasil é de admitir essa função punitiva do dano moral, com cautela, como medida não só de compensar o dano sofrido, mas apresentar punição ao dano causado, principalmente como forma função preventiva para que o ato ilícito não seja praticado novamente.

2.7 FUNÇÃO PREVENTIVA

Forte no âmbito nacional a tese de punição juntamente com o caráter compensatório da indenização, se faz necessária juntamente com a análise do ponto mais contestado em relação às funções da indenização por danos morais, sendo assim denominado caráter preventivo pedagógico.

Dessa forma, a função preventiva pedagógica da indenização por danos morais assume duplo papel, semelhantes às penas no direito penal: a prevenção especial, no sentido de evitar com que o ofensor pratique novamente o mesmo tipo de lesão; e a prevenção genérica, para que desestimule outras pessoas ou empresas de praticarem tal ato ilícito semelhante.

Clayton Reis, posicionando-se em favor da função preventiva, moldando novo entendimento à responsabilidade civil, com base no princípio geral da Constituição referente à proteção à dignidade da pessoa humana, afirmando que:

Divisa-se na responsabilidade por dano moral uma função preventiva, com caráter pedagógico, de sorte que o agente e os demais membros da comunidade se sintam desencorajados ou desestimulados a praticarem conduta atentatória a direitos alheios. Assim, ao se definir o tipo de montante da reparação devida no caso prático, há que se ter em conta a pífia ou insignificante, não haver resistência séria por parte do sistema jurídico para que a conduta lesiva não seja reiterada ³³.

Pontua Antônio Jeová Santos:

A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, deve servir como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas. Conjuga-se, assim, a teoria da sanção exemplar à do caráter ressarcitório, para que se tenha o esboço do quantum na fixação do dano moral ³⁴.

³³ REIS, Clayton. Dano moral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.163.

³⁴ SANTOS, Antônio Jeová. Dano Moral Indenizável. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. op. cit. p. 162.

Assim, fugindo da concepção clássica da responsabilidade civil, a função preventiva estaria ligada à proteção da dignidade da pessoa humana de forma geral em atinência ao *neminem laedere*, num sentido de que seria mais vantajoso o desestímulo, geral e especial, as práticas de ilícito no âmbito espiritual, à simples reparação do dano sofrido toda vez que houvesse o ato ilícito de consequências extrapatrimoniais.

Maria Celina Bodin de Moraes declara que:

De fato, não são poucos os que hoje afirmam que a satisfação do dano moral visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo. Diz-se, então, que a reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima – ajudando-a a sublimar as aflições e tristezas decorrentes do dano injusto –, e de um caráter punitivo, cujo objetivo, em suma, é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima ³⁵.

Entretanto, existem também as críticas a essa função preventiva, sendo as principais, embasadas na ausência de previsão legal para sua aplicação e a ofensa ao caráter fundamental da responsabilidade, ambas previamente debatidas quando se falava na função punitiva; e a configuração do enriquecimento sem causa, pois se elevaria injustamente o *quantum* indenizatório em favor da vítima com fim único de apresentar repressão à conduta do ofensor.

CAPÍTULO III - PARÂMETROS DE FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

O número de demandas indenizatórias tramitando atualmente nos tribunais só vem aumentando. Dessa forma, o Judiciário vem enfrentando grande dificuldade no que se refere à quantificação do *quantum* indenizatório na seara moral, tendo em vista que não há fórmula precisa para sua quantificação ou até mesmo parâmetros

³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 219.

seguros para essa, como há no dano material, o qual segue a aplicação da fórmula de “danos emergentes x lucros cessantes”, que visa à reparação do patrimônio da vítima, de forma que a mesma retorne ao estado anterior aos prejuízos.

Tendo em vista que a tarefa de quantificar o valor da indenização por danos morais não é das mais fáceis, uma vez que não se dispõe de parâmetros legais para a sua quantificação, até mesmo porque não seria possível tal tabelamento de valores, uma vez que, no dano extrapatrimonial, onde a indenização tem caráter puramente compensatório, seria difícil estabelecer valores para o constrangimento, a dor, entre outros experimentados pelo ofendido. No caso de tabelamento fechado criaria certas situações, principalmente relacionadas a empresas ou pessoas voltadas para práticas ilícitas que ao visualizar esses valores pré-tabelados constataria se seria viável ou não prática de determinado ato ilícito, observando o custo benefício total entre prática do ato ilícito e a reparação do mesmo, podendo assim, tornar viável essa prática no dano moral visando o lucro.

Assim, os juízes, ao se depararem com uma demanda, com pleito indenizatório extrapatrimonial, enfrentam grande problemática, referente à perplexidade em face da inexistência de critérios uniformes e definidos em lei para arbitrar um valor adequado.

Deste modo, como não há em nosso ordenamento jurídico qualquer previsão legal para fixação do dano moral, nos deparamos com diversas decisões, com justificativas divergentes, injustiças e, principalmente, diferentes valores para um dano moral de mesma espécie sofrido por pessoas desiguais. Entretanto, é preciso lembrar sempre que a reparação pecuniária do dano moral não indeniza de maneira satisfatória, e nem poderia, a agressão íntima sofrida pelo ofendido, pois a mesma é imensurável. Em um primeiro momento chegou a se negar tal indenização ao dano moral sobre justificativa de ser ele inestimável, chegou a se declarar imoral estabelecer preso a dor e sofrimento de outrem. Pouco a pouco, foi sendo observado que essas alegações eram evasivas visto que não se tratava de preço da dor, mas sim compensação pelo dano sofrido ³⁶.

Desta maneira, hoje, a fixação do *quantum* indenizatório é atribuição exclusiva do magistrado, cabendo a ele escolher os critérios que considera adequado para avaliar o valor indenizatório suficiente à vítima. De acordo com Wesley de Oliveira:

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. op. cit. p. 113-114.

Em verdade, é o arbitramento judicial o melhor sistema para a fixação da reparação de dano moral. O juiz, aquele que tem contato direto com as partes, que lhes ouve os depoimentos, determina as provas a serem produzidas no processo e acompanha tal produção, é destinatário dos argumentos de ambas as partes, é o sujeito mais indicado para valorar a indenização. Isto após haver reconhecido encontrarem-se presentes seus pressupostos ³⁷.

Cavaliere também segue o mesmo referido entendimento, ao afirmar que:

Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral ³⁸.

Com o objetivo de auxiliar os magistrados nessa tarefa de fixar o valor indenizatório do dano extrapatrimonial, a doutrina e a própria jurisprudência criaram parâmetros gerais, aplicáveis a cada caso em espécie, os quais podem ser acrescidos de outros critérios específicos em virtude da situação concreta.

Os critérios relacionados a seguir foram selecionados previamente com o objetivo de analisar apenas aqueles mais freqüentemente mencionados nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e na doutrina.

Os parâmetros foram separados em dois grupos: subjetivos e objetivos. A valoração pecuniária do dano extrapatrimonial é por si só, extremamente subjetiva, porém, há critérios que, em sua essência, podem ser analisados objetivamente, em razão de suas próprias peculiaridades, como a reincidência da conduta ilícita por exemplo. A subjetividade sempre estará presente em todos os parâmetros e consiste na relevância que o magistrado atribui a cada critério, o que influi diretamente na minoração ou majoração do *quantum* devido. Porém, não é esta subjetividade que caracteriza a classificação a seguir, conforme será analisado.

²⁷ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano Moral: Critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. op. cit. p. 162-163.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. op. cit. p. 113-114.

3.1 CRITÉRIOS SUBJETIVOS

3.1.1 Extensão do Dano

Esse critério tem origem nos preceitos gerais da responsabilidade civil e seu fundamento básico é o dano em si mesmo. O dano é o precursor da responsabilidade civil, pois sem esse não haveria indenização e nem pecúnia ³⁹. Quando alguém danifica ou destrói propriedade de terceiro, o ordenamento jurídico brasileiro prevê basicamente duas possibilidades de reparação: reparação *in natura*, e, caso esta não seja possível, a reparação mediante o pagamento de um equivalente monetário capaz de restaurar a situação anterior ao ato ilícito (*statu quo ante*).

Wesley de Oliveira assevera que “o primeiro parâmetro do arbitramento judicial que se vislumbra da análise das decisões que versam sobre dano moral é aquele que determina deva a indenização corresponder à extensão do dano” ⁴⁰.

O próprio Código Civil de 2002 dispõe em seu Art. 944 que “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, equitativamente, a indenização” ⁴¹.

Referente ao dano material citado no artigo acima, incide a regra de que é necessário restaurar a condição original, de modo que o ressarcimento se mede pela extensão do prejuízo causado ⁴².

O dano quando atinge bens não pertencentes à esfera patrimonial da vítima, a questão apresenta relevo diferenciado. Trata-se de violação de direitos da personalidade, que compõe a própria essência do ser humano. Segundo Antônio Jeová Santos:

A vulneração a direitos fundamentais, a prática de atos que afetam a dignidade humana e que são desaguadouro de perturbação anímica, mortificação espiritual e que causem alteração no bem-estar psicofísico, cometido por autoridade ou particular, causam dano moral. A reparação é

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. op. cit. p. 95.

⁴⁰ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano Moral: Critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. op. cit. p.165.

⁴¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁴² STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. STOCO, Rui. op. cit. p. 1184.

indefectível⁴³.

Nos dizeres de Carlos Alberto Bittar:

De fato, pode o homem sofrer as mais diversas agressões dos entes personalizados, seja em contatos diretos, seja através do vasto aparato de comunicações ora existente, e que lhe podem afetar quaisquer dos componentes citados de sua personalidade, ou de seu patrimônio. [...] Observa-se, então, que ante a lesão provocada contra *ius* à esfera de outrem, tem-se a noção de dano no âmbito jurídico, que pode ser material ou moral, conforme o efeito produzido na vítima, se em seu patrimônio, ou em sua personalidade⁴⁴.

Conforme destacado no presente trabalho, o dano moral, durante décadas, foi considerado inadmissível em virtude da impossibilidade de medir com precisão a sua extensão. Em princípio, parece contraditória a utilização deste critério, que consiste em proceder naquela mensuração dita impossível. Porém, a intenção principal é que o magistrado faça todo o esforço possível para aproximar-se do valor equivalente ao dano, o qual trará efetiva compensação à vítima. Pra realizar uma estimativa referente a quantificação do sofrimento é essencial saber sobre as intimidades do indivíduo, afim de identificar seu perfil sensitivo e estabelecer uma ligação com a agressão vivenciada a seus valores. Portanto, não é difícil ao magistrado definir o *quantum* referente a indenização, de forma que essa seja capaz de compensar as dores vividas pela vítima⁴⁵.

Nos casos onde diversos consumidores sofrem violação dos seus direitos da personalidade em virtude de um mesmo evento lesivo, é necessário levar em consideração essa extensão e magnitude do dano no momento da fixação do valor indenizatório, a fim de majorar o *quantum* devido. O critério da extensão do dano se divide em, pelo menos, dois sub-critérios de grande relevância para o magistrado no momento da fixação do *quantum debeatur*: a intensidade e a duração do sofrimento da vítima.

⁴³ SANTOS, Antônio Jeová. Dano Moral Indenizável. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. op. cit. p. 44.

⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos morais. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. op. cit. p. 254.

⁴⁵ REIS, Clayton. Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. op. cit. p.117-118.

3.1.2 Intensidade do Sofrimento Experimentado pela Vítima

A intensidade do sofrimento experimentado pela vítima é marcante na fixação do *quantum* indenizatório, pois o valor fixado deve cumprir, no mínimo, com a função compensatória, a qual tem por escopo amenizar a dor vivenciada pelo lesado. Partindo dessa premissa, a intensidade do sofrimento de uma mãe referente à perda de um filho num acidente de trânsito é evidentemente maior que a dor vivenciada em virtude da inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito, razão pela qual o valor indenizatório normalmente atribuído pelos magistrados à primeira situação é maior que o da segunda.

A intensidade do sofrimento guarda relação direta com o direito da personalidade violado e com as condições pessoais da vítima. Logo, conclui-se que a simples análise da intensidade do sofrimento em si mesma não é critério suficiente para fixar o valor adequado da indenização. É necessário avaliar as condições particulares da vítima em conjunto para que se verifique qual a importância que o direito da personalidade violado tinha na vida da parte lesada.

Como exemplo, a perda de um dedo de um indivíduo ao rebaixar o banco traseiro de um carro, caso ocorrido com o carro Fox, da empresa Volkswagen, com certeza lhe trará prejuízo e dor psicológica, todavia, se o consumidor for um pianista, comparativamente, a perda do dedo será responsável por sofrimento físico e psicológico muito mais intenso, traduzindo-se também em diminuição da capacidade laboral (dano patrimonial). Trata-se de uma condição pessoal e especial da vítima que acarreta em inevitável majoração do valor indenizatório.

3.1.3 Duração do Sofrimento Experimentado pela Vítima

Em princípio, este sub-critério é objetivo e consiste numa análise cronológica: avalia-se o transcurso de tempo entre o início e o fim da violação do direito da personalidade, ou, dependendo do caso, se o dano acarretou em prejuízo definitivo. O fator cronológico é a parte objetiva presente no critério da duração do sofrimento experimentado pela vítima, que está contido no critério da extensão do dano.

Nesse contexto, quanto maior a duração da ofensa, maior o valor indenizatório

necessário para compensar o sofrimento. Outro aspecto que deve ser levado em consideração ao se medir a proporção do dano é seu tempo de duração ou se esse é definitivo. Na forma definitiva esse deve ser reparado de forma mais ampla que um dano temporário, lesões que são corrigidas dentro de certo período de tempo são menores do que aquelas que permanecem na vítima pelo resto da vida e mesmo que esta seja reparada não se pode apagar todo experimento vivido entre a lesão e sua correção ⁴⁶.

Trazendo este critério para as relações de consumo, há situações em que as ofensas têm curta duração, como por exemplo, nas hipóteses de inscrição indevida no órgão de proteção ao crédito por apenas um dia, com a devida correção após notificação administrativa por parte do ofendido. Por outro lado, há casos em que a vítima de inscrição indevida pode permanecer no rol de devedores durante meses, sem a tomada de nenhuma providência por parte do agente ofensor. Nessa situação, desprezando-se outras circunstâncias, o montante indenizatório merece fixação superior, pois a extensão do dano foi maior.

O TJMG admite a utilização deste critério em seus julgados, *in verbis*:

INDENIZAÇÃO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - DANOS MORAIS - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - QUANTUM - FIXAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PARÂMETROS - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Restando caracterizada a prática de ato ilícito, consubstanciada em negativação irregular do nome do autor, impõe-se a obrigação de indenizar. Para a fixação da verba indenizatória a título de dano moral, necessária uma avaliação por parte do julgador do caso concreto, de quem deverá conceder a indenização, bem como a condição da vítima, graduando-a de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima. Para a aplicação do disposto no § 3º do referido art. 20 do CPC, referente à condenação do vencido em honorários advocatícios, o julgador deve levar em conta o grau do zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, podendo a verba ser fixada no percentual máximo (20%), se somente todos esses fatores operarem em favor do patrono da parte vencedora ⁴⁷.

Portanto, a duração do sofrimento experimentado pela vítima conduz a uma melhor avaliação da extensão do dano sofrido, contribuindo significativamente para a fixação de um valor indenizatório adequado.

⁴⁶ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano Moral: Critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. op. cit. p. 166-167.

⁴⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0035.07.089144-1/001.

3.1.4 Grau de Culpa das Partes

Atualmente segue-se a tendência de desconsiderar a importância da culpa no âmbito da responsabilidade civil e cada vez mais é firmado o entendimento de que a reparação do dano é necessária, mesmo não havendo culpa do agente lesante. Propaga-se com rapidez a idéia da responsabilidade objetiva e aplica-se em grande escala os preceitos formulados pela teoria do risco.

Alvino Lima afirma que:

A teoria da culpa não podia resolver, satisfatoriamente, os casos concretos dos danos; pelas malhas de um princípio de ordem moral consagrado na culpa, embora lógico e elevado, os astutos e afortunados autores do delito civil, à maneira dos que o são no crime, como estuda e proclama Ferrari, passaram a ser os “fazedores de atos”, de atos danosos, cujas conseqüências recaem sobre as vítimas inocentes. [...] a teoria do risco colocou a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham as empresas poderosas ⁴⁸.

Para Antônio Jeová Santos, trata-se do critério que avalia a gravidade da conduta “tendo o ressarcimento uma função ambivalente – satisfatória e punitiva – têm incidência e importância a culpa e o dolo no instante da fixação do montante indenizatório” ⁴⁹.

Assim, em que pese à divergência da nomenclatura utilizada, o critério apontado pelo autor leva para o mesmo caminho ora exposto, ou seja, a avaliação da culpa do agente e do nível de reprovação de sua conduta. Conforme o critério da reincidência da conduta geradora do dano, há situações no direito do consumidor na qual se constata a existência de dolo eventual e até mesmo de dolo direto, razão pela qual a avaliação do grau de culpa das partes, especialmente o grau de culpa do agente lesante, tem grande importância na fixação do *quantum* indenizatório do dano extrapatrimonial.

3.1.5 Condições Pessoais da Vítima

As condições pessoais da vítima são aquelas características particulares que definem a individualidade de cada ser humano. São condições relacionadas ao modo

⁴⁸ LIMA, Alvino. Culpa e Risco.2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.195.

⁴⁹ SANTOS, Antônio Jeová. Dano Moral Indenizável. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. op. cit. p. 186.

de vida da pessoa (ao trabalho, às funções que desempenha no dia-a-dia, suas atividades de lazer, passatempos), características físicas e psicológicas (sexo, idade, eventuais doenças crônicas, problemas mentais, porte físico, etc), enfim, todo e qualquer elemento que distingue, em especial, a vítima e guarda relação com o evento danoso, seja de forma negativa, e, assim, ampliando a extensão do dano, seja de forma positiva, diminuindo a extensão do prejuízo sofrido. Em relação a situação do lesionado é importante se observar o seu modelo de vida, suas relações tanto de caráter objetivo, como subjetivo que o caso ofereça ⁵⁰.

Portanto, percebe-se que as condições pessoais da vítima interferem diretamente na extensão do dano extrapatrimonial, pois são elas que servem para aquilatar a importância do direito personalíssimo violado para o lesado. O juiz, tendo conhecimento dessa condição especial da vítima, terá melhores possibilidades de avaliar a extensão do dano e suas repercussões na vida e rotina do ofendido.

3.1.6 Razoabilidade, Equidade e Prudente Arbítrio do Juiz

A razoabilidade, equidade e prudente arbítrio do juiz são critérios subjetivos muito semelhantes entre si, que, necessariamente, devem estar acompanhados de outros parâmetros na avaliação do dano extrapatrimonial. Essa particularidade ocorre porque o que é razoável para a vítima, pode ser completamente irracional e desproporcional para o agente lesante, e, por sua vez, o juiz pode discordar de ambos. A capacidade para definir o razoável é particular de cada ser humano, de cada sociedade e de cada contexto ou momento histórico vivenciado.

É comum a utilização do termo “razoável” em diversos julgados, como fundamento para minorar, majorar ou manter o valor indenizatório fixado, levando-se em consideração os precedentes de cada tribunal, que servem como parâmetro de razoabilidade. Wesley de Oliveira corrobora a afirmação retro ao relatar que:

Numerosos são os acórdãos que citam a razoabilidade e a proporcionalidade como parâmetros de fixação da reparação. Entretanto, de uma análise mais detalhada, vê-se que a razoabilidade é utilizada, na maioria das vezes, como mera desculpa, como a “lógica do mais ou menos certo”, já que os julgados se utilizam do mesmo princípio apresentam, por vezes, resultados em muito destoantes [...] ⁵¹.

⁵⁰ SANTOS, Antônio Jeová. Dano Moral Indenizável. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. op. cit. p. 186.

⁵¹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano Moral: Critérios de fixação de valor. Rio de

Assim, a utilização desse critério isoladamente evidencia a insegurança do magistrado ao prolatar a sentença. Além disso, por repetidas vezes o desconhecimento a respeito dos critérios aplicáveis ao caso faz com que o juiz apele para parâmetros amplos e por demais abstratos, que não revelam com clareza o seu entendimento a respeito do caso em análise. Com relação à equidade, assim assevera Antônio Jeová Santos:

A equidade, tal como a boa-fé, são institutos largamente utilizados no direito. A apreensão de tais conceitos se dá por intuição. Todos sabemos o que é a equidade e a boa-fé. Porém, no momento de defini-los há uma dificuldade básica que é a de encontrar os verdadeiros lineamentos dos institutos ⁵².

O prudente arbítrio do juiz, semelhantemente à razoabilidade e à equidade, possui conceito vago e subjetivo. O prudente arbítrio é forjado ao longo de anos de experiência do magistrado, que, ao julgar diversos casos concretos, compreende com maior amplitude os interesses da vítima e as possibilidades do réu em arcar com a indenização. Carlos Alberto Bittar, já em 1999, anunciava:

Nota-se, a propósito, que leis mais recentes vêm se abstendo de formular critérios ou parâmetros para a atuação do juiz em tema de responsabilidade civil, deixando a seu prudente arbítrio a decisão sobre a matéria. Aliás, a prevalência desse standart no processo civil tem possibilitado à jurisprudência desempenhar relevante papel na defesa dos valores em causa, como já acentuado na ocasião própria ⁵³.

Nos dizeres de Clayton Reis “o prudente arbítrio do juiz, em questões que ainda se encontram em fase de construção jurisprudencial e legislativa, é de extremo valor, já que serão remetidos à sua exclusiva opção os critérios valorativos a serem adotados” ⁵⁴.

Em resumo, razoabilidade, equidade e prudente arbítrio do juiz são termos utilizados pelos magistrados quando estes, na ausência de parâmetros claros e objetivos discriminados em lei, aplicam o que entendem por justiça e equilíbrio ao caso concreto apresentado pelas partes. Em sede de danos extrapatrimoniais, que são marcados pela sua subjetividade, a utilização desses critérios é ainda maior, o

Janeiro: Editora Renovar, 2005. op. cit. p. 186.

⁵² SANTOS, Antônio Jeová. Dano Moral Indenizável. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. op. cit. p. 194.

⁵³ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos morais. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. op. cit. p. 219.

⁵⁴ REIS, Clayton. Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. op. cit. p. 153.

que de certa forma contribui para o clima de insegurança jurídica no valor indenizatório a ser fixado.

A utilização destes critérios em si não é prejudicial, porém, o que constitui um retrocesso na jurisprudência, é o fato de não haver subsunção dos demais critérios aplicados pelo magistrado ao caso concreto em análise. É comum a existência de sentenças que não discriminam os demais parâmetros utilizados para fixação do valor indenizatório do dano moral, sob o pretexto de utilização tão somente da razoabilidade, equidade, ou mesmo o prudente arbítrio do juiz. Estes critérios jamais poderão ser os únicos na avaliação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial, sobre pena de arbitrariedade do órgão julgador e de quebra do princípio da motivação da sentença. O convencimento do magistrado é livre, porém, motivado, conforme prevê o artigo 131 do Código de Processo Civil. A falta de motivação torna a sentença desprovida de fundamento, e, portanto, nula.

O procedimento correto é a discriminação de cada critério utilizado para mensuração do valor reparatório, com a devida subsunção ao caso em análise. O magistrado deve, à luz do princípio do livre convencimento motivado, demonstrar na sentença os critérios relevantes para a emissão do seu juízo de valor, correlacionando-os ao caso concreto proposto pela vítima.

No mais, razoabilidade, equidade e prudente arbítrio do juiz são parâmetros que, de uma forma ou de outra, sempre se encontram presentes em qualquer sentença, são parte da rotina de qualquer magistrado interessado na efetiva aplicação da justiça. Portanto, torna-se completamente desnecessário e inócuo mencionar a utilização desses critérios numa sentença referente a danos extrapatrimoniais. Nas palavras de Wesley de Oliveira:

O que se conclui é que razoabilidade e proporcionalidade não são, em nosso contexto jurisprudencial, verificáveis na sentença, servindo como verdadeira “excludente de responsabilidade” do magistrado ao fixar ou reformar a sentença. Ora se diz fundado no citado princípio para fixar o montante, sem qualquer fundamentação; ora se diz que o princípio foi ofendido, a fim de modificar o valor, sem demonstrar, entretanto, onde se situa a ofensa. Deveria a razoabilidade incidir sim, em todas as sentenças que envolvem dano moral, como ferramenta à ponderação dos interesses envolvidos, a fim de servir como mais um parâmetro na busca da justa indenização, o que, infelizmente, não se verifica na prática ⁵⁵.

⁵⁵ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano Moral: Critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. op. cit. p. 187.

3.2 CRITÉRIOS OBJETIVOS

3.2.1 Reincidência da Conduta Geradora do Dano

A reincidência da conduta geradora do dano é um dos critérios mais relevantes na fixação do montante indenizatório. É objetivo, pois, após algumas pesquisas jurisprudenciais, em notícias veiculadas na imprensa, ou, ainda, por meio da apuração das reclamações no Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), pode-se verificar o número de vezes em que aquele evento danoso ocorreu em circunstâncias semelhantes com outras vítimas, tendo como responsável o mesmo agente.

A prova da reincidência serve para demonstrar que o agente lesante deixou de tomar as providências necessárias para evitar a repetição do dano. Essa displicência do agente lesante faz com que a função punitiva e a função dissuasora assumam especial relevância, a fim de fazer cessar a ocorrência dos mesmos danos à esfera personalíssima de outras possíveis vítimas. Antônio Jeová Santos demonstra entendimento semelhante ao afirmar:

[...] se existe recidiva naquela conduta, como, por exemplo, instituições financeiras que, alheias aos prejuízos causados a terceiros, insistem em encaminhar títulos de crédito a Cartório de Protesto mesmo quando exista pagamento, o valor da indenização deverá ser aumentado ⁵⁶.

A persistência do agente lesante em não tomar as providências necessárias para evitar a ocorrência de danos demonstra que o resultado é previsível, todavia, nada é feito para evitá-lo. Fazendo uma analogia com o direito penal, trata-se da hipótese de dolo eventual. O agente assume as consequências do seu ato ou omissão, ciente de que o dano pode ocorrer e prejudicar outrem. O dever moral expresso pelo princípio *neminem laedere* é simplesmente ignorado, pois, mesmo sendo eventualmente processado e condenado, o agente lesante considera que prejuízo da condenação não é relevante. Nos dizeres do professor Damásio E. de Jesus:

⁵⁶ SANTOS, Antônio Jeová. Dano Moral Indenizável. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. op. cit. p. 189.

Ocorre dolo eventual quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois, se assim fosse, haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele. Percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere que este se produza⁵⁷.

Há situações, principalmente no direito do consumidor, em que há dolo direto em causar dano, pois o agente lesante tem consciência da repercussão de sua conduta, ao mesmo tempo em que se satisfaz em obter lucro com a prática do evento danoso. Ainda segundo Damásio:

Se o sujeito mentaliza o evento e pensa “para mim é indiferente que ocorra, tanto faz, dane-se a vítima, pouco me importa que morra”, não é necessário socorrer-se da forma eventual. Se essa atitude subjetiva passa pela mente do sujeito durante a realização da conduta, trata-se de dolo direto, uma vez que a previsão e o acrescido consentimento concreto, claro e atual, não se tratando de simples indiferença ao bem jurídico, equivalem ao querer direto⁵⁸.

Rizzatto Nunes ilustra a situação com um exemplo interessante:

[...] uma indústria produz e vende certo medicamento. Por falha na composição do remédio, este causa dano aos consumidores. Digamos que a tal “falha” seja a substituição de um produto, que era utilizado na composição original comprovadamente eficaz, por outro que não tem ainda prova de eficiência e que a substituição se deu porque o primeiro ingrediente era mais caro que o segundo. Isto é, aquela indústria farmacêutica produziu medicamento inadequado apenas por obter economia de custo. Esse aspecto caracteriza, no mínimo, culpa e, dependendo da apuração do evento da tomada de decisão para troca do componente, dolo. A indenização deve, então, ser elevada⁵⁹.

Nessas hipóteses, a reprovabilidade da conduta é maior, ensejando valor indenizatório suficiente para cumprir com a tríplice função do dano extrapatrimonial. Somente uma condenação pecuniária expressiva servirá de punição e diminuirá o ânimo do agente lesante em causar dano. É o prejuízo financeiro em decorrência da condenação judicial que transformará a prática reiterada da empresa lesante em procedimentos que respeitam os direitos da personalidade dos consumidores.

⁵⁷ JESUS, Damásio E. Direito Penal: Parte Geral. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 290-291.

⁵⁸ JESUS, Damásio E. Direito Penal: Parte Geral. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 291-292.

⁵⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. op. cit. p. 314.

3.2.2 Capacidade Econômica do Agente Lesante

Esse critério consiste na avaliação econômica do agente causador do dano, com a finalidade de apurar qual o valor indenizatório que servirá para cumprir com as funções punitivas e dissuasoras. Se o montante fixado for irrisório frente à capacidade econômica do agente lesante, por certo não haverá punição nem desestímulo da conduta. A análise desse critério é objetiva, pois a vítima pode produzir provas ao longo da ação que demonstrem a grande capacidade econômica do agente, especialmente no direito do consumidor. Tratando-se de empresa de grande porte, pode-se facilmente demonstrar o seu patrimônio líquido e a rentabilidade anual mediante a análise de índices e rankings de institutos reconhecidos nacionalmente.

Antônio Jeová Santos ensina:

De nada adiantará a fixação de indenização grandiosa se o ofensor não puder ou não tiver bens a pagar. Isso somente concorrerá para o descrédito da Justiça. Boa a situação financeira do vitimador, deverá o mesmo arcar um pouco mais com a indenização por seu gesto que orientou a lesão moral padecida pelo ser humano ⁶⁰.

Na aplicação da função compensatória, em princípio, não há necessidade da avaliação da capacidade econômica do lesante, pois o *quantum* indenizatório deverá, no mínimo, cumprir com o propósito de aplacar a dor sentida pela vítima, ou, mais propriamente, substituir a dor pelo acréscimo de um valor monetário, capaz de proporcionar outros prazeres. Portanto, independentemente da situação financeira do agente lesante, o valor indenizatório deve cumprir sempre com a função compensatória.

É no momento de aplicar a função punitiva e dissuasora que a análise da capacidade econômica do agente lesante torna-se imprescindível, sobre pena de não alcançar os objetivos do instituto do dano extrapatrimonial. Nos dizeres de Rizzatto Nunes:

Evidente que quanto mais poder econômico tiver o ofensor, menos ele sentirá o efeito da indenização que terá de pagar. E, claro, se for o contrário, isto é, se o ofensor não tiver poder econômico algum, o quantum indenizatório será até mesmo inexecutável (o que não significa que não se deve fixá-lo).

⁶⁰ SANTOS, Antônio Jeová. Dano Moral Indenizável. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. op. cit. p. 189.

De modo que é importante lançar um olhar sobre a capacidade econômica do responsável pelo dano. Quanto mais poderoso ele for, mas se justifica a elevação da quantia a ser fixada. Sendo que o inverso é verdadeiro ⁶¹.

3.2.3 Capacidade Econômica ou Condição Financeira da Vítima

A capacidade econômica da vítima é um critério extremamente controverso e tem gerado decisões, no mínimo, injustas. Este parâmetro é normalmente utilizado em conjunto com o critério da impossibilidade de enriquecimento ilícito/sem causa, e consiste na avaliação da capacidade econômica da vítima com a finalidade de apurar se o montante indenizatório concedido poder-lhe-ia causar enriquecimento, ou elevá-la para outra classe social. Caso positivo, o órgão julgador fixa o valor indenizatório de forma a não enriquecer a vítima, preservando sua situação financeira no patamar em que se encontra.

Por outro lado, se a vítima tem condição abastada, desprezando-se outras variáveis, o valor indenizatório poderia atingir valor superior, sem qualquer objeção do magistrado, pois mesmo com o recebimento da indenização sua condição financeira não seria significativamente alterada. Qualquer leigo ao compreender a utilização deste parâmetro percebe com clareza a magnitude da injustiça aplicada. Conforme esse propósito vem o entendimento de que pobres merecem valor indenizatório inferior aos ricos, ainda que seja semelhante o dano causado. Esse posicionamento é evidentemente inconstitucional e fere frontalmente o princípio da igualdade, previsto como cláusula pétrea no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] ⁶².

As decisões nesse sentido não foram poucas, e, sobre a utilização desse critério, o STJ já decidiu:

CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. A condição social da vítima, de pobre, não pode ser valorizada para reduzir o montante da indenização pelo dano moral; a dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida

⁶¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. op. cit. p. 314.

⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.

por pessoas abonadas ao serem privadas de um ente querido. Recurso especial conhecido e provido ⁶³.

A postura adotada pelo Tribunal acima mencionado no julgado demonstra como o critério da avaliação da “capacidade econômica” ou “condição financeira da vítima” (vencimentos mensais, posses, etc.) tem sido refutado, se revelando injusto e incompatível com a ordem constitucional e o sistema de responsabilidade civil brasileiro.

Todavia, em que pese o acórdão supracitado condenarem a utilização desse critério, de forma implícita, ele é repetidas vezes incluído na fixação do montante indenizatório, no momento em que o magistrado busca aplicar o parâmetro da impossibilidade de enriquecimento ilícito ou enriquecimento sem causa da vítima. Rizzatto Nunes afirma de maneira enfática:

Sequer se deve perguntar da capacidade econômica daquele que sofreu o dano, porque não é em função disso que se vai fixar o valor da indenização. Ou seja, quer se trate de uma pessoa humilde e sem posses, que seja uma abastada, isso em nada influi na determinação do *quantum* [...]. Por isso, não têm qualquer validade as alegações, comumente utilizadas, de enriquecimento ilícito da vítima. Quando o magistrado determina um valor expressivo como indenização, ele não está olhando para a condição econômica da vítima e/ou se a paga indenitória irá enriquecê-la, mas, sim, está lançando sua investigação no causador do dano. Enriquecer ou não em função da verba indenizatória é mero acaso, irrelevante para a fixação da quantia a ser paga ⁶⁴.

Por fim, além da evidente inconstitucionalidade, é necessário destacar que a análise da capacidade econômica da vítima se mostra completamente prejudicial ao cumprimento da tríplice função do dano extrapatrimonial.

Apenas a função compensatória está relacionada à vítima, e, portanto, pergunta-se: qual o interesse na análise da capacidade econômica da vítima para o cumprimento da função compensatória? A resposta é simples: não há interesse algum. Rizzatto Nunes afirma ainda que “não se pode olvidar das características da indenização no caso de dano moral: ela é satisfativo-punitiva. O elemento satisfativo deve ser buscado no evento causador do dano, não na condição econômica da vítima” ⁶⁵.

Para cumprir a função compensatória o magistrado utilizará como parâmetro à extensão do dano, o grau de culpa das partes, as condições pessoais da vítima, ou

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 951.777/DF.

⁶⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. op. cit. p. 315.

⁶⁵ Ibidem. p. 315.

outros que se revelarem importantes no caso em concreto, porém, não há necessidade de avaliar a condição financeira da parte lesada. O fato de ser pobre ou rica não diminui nem aumenta a dor moral sofrida pela vítima, razão pela qual esse critério merece ser banido da ordem jurídica nacional. Clayton Reis, tratando da condição econômica da vítima, assevera:

[...] a posição financeira da vítima não é importante no processo de identificação da lesão perpetrada à personalidade do agravado [...]. Acaso diminui a dor e a aflição quando mais humilde é o prejudicado? A humildade é, na maioria das vezes, prova de resignação e profunda compreensão vivenciada pelas pessoas nos momentos difíceis da existência humana. As pessoas humildes são, no geral, aquelas que detêm mais sensibilidade, e é por intermédio delas que ocorrem os maiores exemplos de solidariedade e compaixão. Os pobres e os humildes são as maiores vítimas da sociedade consumista e materialista ⁶⁶.

3.2.4 Impossibilidade de Enriquecimento Sem Causa/ Ilícito/Indevido

Dentre todos os critérios apresentados, a impossibilidade de enriquecimento sem causa, também chamada de impossibilidade de enriquecimento ilícito, ou, ainda, impossibilidade de enriquecimento indevido, é o mais citado, em que pese à progressiva evolução da doutrina e jurisprudência, ao ponto de ser, atualmente, entendimento dominante, quando se fala de danos morais, a aceitação de aplicação de um papel punitivo e preventivo, em adição ao eminentemente compensatório, da indenização, também é ponto de convergência quase que absoluto que a aplicação dessas novas funções deve ser feita com extrema cautela, pois o ordenamento jurídico nacional veda de sobremaneira o enriquecimento sem causa.

Conforme exposto, da leitura do artigo 944 do Código Civil se extrai a ideia de que a indenização deve ser suficiente para reparar o dano sofrido. Entretanto, ao mesmo tempo em que define uma ideia semelhante ao *restitutio in integrum*, de modo que impõe a impossibilidade de se fixar valor pífio a ponto de não cumprir seu escopo primariamente compensatório, com o advento da popularização das funções punitiva e preventiva, a mesma interpretação pode ser feita em relação ao limite máximo da indenização, sendo restritiva à extensão do dano causado.

Dessa forma, extrai-se da lição de Carlos Roberto Gonçalves:

⁶⁶ REIS, Clayton. Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. op. cit. p. 153.

É sabido que o *quantum* indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também ao arbitramento do dano moral. Se este é moderado, a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante. A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages* do direito norte-americano é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo à indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento. Se a vítima já está compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito ⁶⁷.

Constante nas decisões dos Tribunais ao redor do país as ressalvas relativas ao enriquecimento sem causa, quando se busca fixação adequada do *quantum* indenizatório, como se vê no julgado do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DÍVIDA JÁ PAGA. INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. VALOR. EXCESSO. REDUÇÃO.

- I. Reconhecida a responsabilidade da recorrente cabível a indenização, porém em patamar razoável, a fim de evitar enriquecimento sem causa.
- II. Recurso especial conhecido e provido ⁶⁸.

No julgado acima do STJ, o tribunal considerou excessivo o valor de R\$40.000,00 fixado em favor da vítima pelo Tribunal de Alagoas, reduzindo o montante para R\$10.000,00 de acordo com outras decisões em casos semelhantes no STJ. No relatório e no voto não há qualquer menção a outros critérios ou particularidades do caso concreto que ensejaram a fixação do valor indenizatório em R\$40.000,00. Apenas a citação de diversos casos semelhantes, no qual o STJ fixou valor em patamar inferior, minorando o valor indenizatório.

Em suma, considerando o dano moral como diminuição no âmbito espiritual, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa se traduz na impossibilidade de, após a compensação, o indivíduo lesado se encontrar, devido ao acréscimo patrimonial, em posição de espírito superior àquela anterior ao evento danoso.

Diante da impossibilidade de se verificar de maneira concreta a extensão do dano sofrido em sua mais minuciosa exatidão, tem-se como razoável a fixação do *quantum* indenizatório dentro de um espectro de valores que se aproximem do dano

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 643.

⁶⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 994.171/AL.

sofrido e sejam capazes de proporcionar o devido conforto.

Portanto, é possível concluir que, enquanto a indenização estiver dentro do referido espectro será considerada valor suficiente para cumprir a função compensatória, e, acima disso, verificar-se-á a ocorrência de enriquecimento sem causa. Por essa análise, observa-se que, para aplicação mais cautelosa possível de função punitiva sem que se cogite a ideia da ocorrência de enriquecimento sem causa, exige-se do julgador que consiga traçar com habilidade os extremos desse espectro e, ao fixar a indenização, almejar atingir sua porção superior, o mais próxima possível da linha imaginária referente à excessividade. Tarefa essa, sem dúvida, mais facilmente discutida que efetivamente aplicada, pois, além de árdua, demanda muito tempo e estudo aplicado do processo, que, com a presença de grande número de demandas, vai se tornando cada vez mais difícil.

Segundo Wesley de Oliveira:

Fato interessante é a existência de julgados que, ao mesmo tempo em que reconhecem o caráter punitivo do dano moral vedam o enriquecimento por parte do lesado. Ocorre que, nestes casos, o enriquecimento do lesado é consequência inevitável, visto que receberá, além da compensação dos danos sofridos, quantia representativa dos danos punitivos ⁶⁹.

Antônio Jeová Santos, defendendo a utilização do parâmetro, argumenta:

A reparação de um dano moral, seja qual for sua espécie, não deve significar uma mudança de vida para a vítima ou para a sua família. Uma fonte de enriquecimento surgida da indenização. O dano moral não pode servir a que vítimas ou pseudovítimas vejam sempre a possibilidade de ganhar um dinheiro a mais, enriquecendo-se diante de qualquer abespinhamento ⁷⁰.

Essa contradição revela que muitas vezes a função punitiva é citada como mero instrumento de retórica, pois, de fato, é impossível aplicar a função punitiva sem que a vítima enriqueça de alguma forma. Na verdade, em toda ação dano extrapatrimonial puramente anímico na qual há pedido de reparação pecuniária, haverá enriquecimento da vítima, pois o prejuízo foi de ordem não econômica.

Com efeito, frisa-se a todo tempo a vedação ao enriquecimento sem causa, pois caso esse princípio fosse ignorado, poderia dar aval ao efeito da “indústria do dano moral”, ou da “loteria judiciária”, expressões comumente utilizadas quando se

⁶⁹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano Moral: Critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. op. cit. p. 177-178.

⁷⁰ SANTOS, Antônio Jeová. Dano moral indenizável. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 204.

quer fazer referir ao aumento exponencial da quantidade de ações por dano moral diante da possibilidade de se “tirar a sorte grande” e ser agraciado com uma voluptuosa indenização por razão não outra além de se reprimir a conduta danosa do ofensor.

Vê-se amplamente divulgado na mídia a experiência norte-americana com a doutrina dos *punitive damages*, que reforça os valores astronômicos das indenizações, decorrentes de danos aparentemente “bobos”, e, observando os resultados, procura-se não estimular a criação de um mercado de indenizações por dano moral.

Ante o exposto, pode-se concluir que a utilização do parâmetro que visa impossibilitar o enriquecimento da vítima inviabiliza o cumprimento da tríplice função do dano extrapatrimonial, e também se revela um critério inconstitucional, pois, implicitamente, traz consigo a necessidade de avaliar a capacidade financeira da vítima, o que constitui infração grave ao princípio da igualdade, conforme mencionado anteriormente.

3.2.5 A impossibilidade de eficácia de um papel preventivo-pedagógico

Conforme o construído até então, vê-se que o magistrado, ao fixar o quantum das indenizações por danos morais, deve observar uma série de fatores, e o valor final arbitrado deve servir como lenitivo para o ofendido, ao mesmo tempo que cumpre papel punitivo-preventivo, tanto especial como genérico, como fator de desestímulo a práticas semelhantes, e, ainda, deverá ser comedido para que não se caracterize o enriquecimento sem causa.

Entretanto, se considera excessivo, para danos razoavelmente comuns e pouco lesivos, o arbitramento em quantia referente a um ano de trabalho de um indivíduo, cuja média anual do brasileiro perfaz R\$ 16.140,00, dificultaria a aplicação de uma função preventiva com alguma efetividade.

Isso porque, tratando-se de empresas com poderio econômico elevado, quando se admite a necessidade que a indenização cumpra além da simples compensação função preventiva, de modo a evitar que outras pessoas sofram dano semelhante, seja ocasionado pelo mesmo ofensor ou não, far-se-ia necessário um aumento expressivo do quantum.

Acreditando que o objetivo principal das empresas sempre será o lucro, pode-se reduzir a situação a simples cálculo matemático. Por exemplo, as inscrições indevidas em órgão de proteção ao crédito.

Sabe-se que muitos casos ocorrem anualmente em todo o país de pessoas que acabam com o nome negativado em decorrência de situação absolutamente estranha a elas, que pode ter origem em diversas possibilidades, dentre os quais pode citar, entre outros: fraude praticada por terceiro; erro em computar dívida já paga; débito efetuado antes do prazo; e cobrança de valor diferente do acordado.

É notório que, por mais que tenham direito de serem ressarcidas, apenas uma fatia de todos os indivíduos lesados recorrem ao judiciário para fazer valer seus direitos, por não acreditarem na justiça das decisões do judiciário, morosidade no julgamento das demandas, desinformação da reparabilidade daquele tipo de dano, ou quaisquer que sejam as razões.

Também, em todas as ações, entre o julgamento de primeiro e segundo grau, existe um lapso razoável entre o ajuizamento da demanda e o efetivo pagamento de alguma soma em dinheiro, o que permite que a empresa continue capitalizando o valor de uma possível indenização de modo a reduzir efetivamente o valor relativamente gasto.

Dessa forma, analisando as variáveis, é possível estimar com alguma precisão as despesas anuais com ações judiciais, ao passo que cálculo semelhante é feito para averiguar qual seria o custo para modificar o sistema da empresa (tecnologia, treinamento de pessoal, aumento de funcionários, etc.), de modo a conseguir eliminar o problema pela raiz e não mais acontecerem grandes quantidades de casos tratando desse assunto.

Em que pese à procedência mais humana será corrigir os erros que provocam danos aos seus clientes na medida em que vão surgindo, tal política geraria custos elevados os quais as empresas não possuem intenção de sacrificar sua margem de lucro para servir a comunidade com produtos e serviços de melhor qualidade.

Assim, se há previsibilidade no orçamento de qual valor será necessário para o pagamento de indenizações, pode ser considerado simplesmente como custo operacional, e não como algo incorreto que deveria ser modificado, como seria a intenção. Com esse pensamento, visando o maior lucro possível, sempre que o custo total do pagamento das indenizações for inferior ao de remodelagem interna na prestação dos serviços, obviamente que se optará pelo primeiro, ao invés de se

adotar uma postura para solucionar e evitar a prática de novos eventos danosos daquela natureza.

Nessa toada, limitada pela vedação ao enriquecimento sem causa engessada no ordenamento jurídico, a indenização por danos morais nunca conseguiria adquirir força suficiente para atingir um caráter pedagógico, especialmente em relação a empresas multimilionárias, pois, se por um lado a função preventiva sugere o aumento da indenização, a vedação ao enriquecimento, por ser princípio constituído em norma, a força pra baixo.

Pode-se dizer, então, que a área de atuação da função preventiva da forma como é vista atualmente na jurisprudência nacional é limitada à penumbra do enriquecimento sem causa.

Não se vislumbra forma possível em que se aplique com efetividade a ideia de prevenção especial e genérica, causando real impacto financeiro no ofensor e todos os potenciais ofensores que encaram situações semelhantes, concomitante com a vedação ao enriquecimento sem causa, aliada à ideia de que se o ofendido receber quantia que o faça desejar passar por aquela experiência novamente certamente estaria caracterizada que a indenização ultrapassou o real dano sofrido pela vítima.

Nessas circunstâncias, já que apenas o princípio de vedação ao enriquecimento sem causa encontra base legal, sempre ele deverá prevalecer quando em confronto com a tímida função preventivo-pedagógica.

Tratando-se do Brasil país que privilegia o direito positivo, por suas bases principiológicas no sistema jurídico romano-germânico, somente poderia figurar novo vencedor nessa disputa em caso de reforma legislativa que elevasse esse novo papel construído pela doutrina e jurisprudência também ao mesmo patamar ocupado pela vedação ao enriquecimento sem causa.

Assim, diante da impossibilidade prática de se aplicar dois institutos mutuamente conflitantes, não se vê de grande utilidade prática a menção dos tribunais ao papel preventivo da indenização por danos morais, tendo em vista que ele não é e nem pode ser aplicado com a mínima eficiência necessária para refletir positivamente como prevenção geral da dignidade da pessoa humana, que é seu objetivo por excelência.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, como se propôs, traçou um breve panorama histórico evolutivo a respeito da aceitação da teoria da reparabilidade do dano moral no Brasil. Ficou demonstrado que a reparação por danos morais tem previsão legal, na forma de garantia constitucional, inserida na Carta Magna em seu artigo 5º, incisos V e X, fazendo a corrente negativista perder força em um duplo sentido: seus adeptos diminuiriam numericamente; e, qualitativamente, a tese perdeu um de seus principais argumentos, daqueles que defendiam a impossibilidade da reparação por danos morais pela inexistência de previsão legal e taxatividade das hipóteses estabelecidas pelo Código Civil de 1916.

Trabalhado o conceito de dano moral e observando que, ao mesmo tempo em que não encontra consenso entre os doutrinadores, seguem linhas não exatamente semelhantes, mas integrantes entre si, podendo-se implicar que dano moral seria uma espécie de dano não patrimonial (mas que pode ou não estar relacionado a um objeto material) cujos efeitos sejam capazes de provocar diminuição no âmbito espiritual de outro indivíduo.

Conferidas, então, as funções da indenização por danos morais: compensatória; punitiva; e preventiva. Viu-se que a posição majoritária da jurisprudência é no sentido de fazer uso da teoria do desestímulo, na qual se utiliza a condenação por danos morais como forma de cumprir papel semelhante às penas do direito penal, como meio de prevenção geral e especial para proteger a dignidade da pessoa humana e procurar evitar a ocorrência de novos eventos danosos parecidos com aqueles que deram azo à indenização.

É sabido que um dos maiores problemas, quando se fala em indenização por danos morais, é conseguir estabelecer o *quantum* indenizatório, pois tarefa difícil mensurar a diminuição espiritual de outrem.

A fim de tentar facilitar o entendimento de como fazer essa quantificação, foram analisados alguns procedimentos possíveis de se adotar e quais critérios utilizar-se, esclarecendo a preferência pelo arbitramento prudente do magistrado, pois daria liberdade suficiente para a jurisprudência evoluir ao longo dos anos em relação aos valores, entre legislador e magistrado é este último em tese, quem mais condições têm de analisar o caso concreto e produzir decisão com maior equidade.

De forma lógica, fez-se necessária análise da principal ressalva feita tanto em

doutrina quanto em jurisprudência quando se admite aplicação do aspecto preventivo das indenizações por dano moral: a expressa vedação ao enriquecimento sem causa.

Encarou-se o enriquecimento sem causa como a impossibilidade do lesado lucrar com a indenização. Ou seja, conforme interpretação simples do entendimento dominante da doutrina e jurisprudência pode-se dizer que o enriquecimento sem causa restará caracterizado quando o valor arbitrado a título de indenização gere na vítima tamanha aumento em seu estado de espírito a ponto de se encontrar em estado superior àquele antes de sofrer o dano.

Em decorrência dessa vedação, insculpida em legislação no artigo 944 do novo Código Civil, pôde-se teorizar que a atuação da função preventiva da indenização estaria limitada à penumbra do enriquecimento sem causa, podendo o magistrado, para evitar um excesso na quantificação, criar mentalmente um espectro do valor suficiente para reparar o dano sofrido pelo ofendido e modulá-lo ao limite máximo desse espectro como forma de aplicar a tal função preventivo-pedagógica tanto mencionada.

Atentou-se ao perigo causado pela utilização da capacidade econômica das partes como critério para quantificação da indenização, pois, como se viu, aproximadamente três quartos dos brasileiros que exercem atividade remunerada auferem mensalmente quantia de 3 salários mínimos ou menos, enquanto o lucro líquido anual de grandes empresas, como Petrobrás, Banco do Brasil e CEMIG fica em valores astronômicos.

Referiu-se que o principal objetivo de qualquer organização, independente do setor de atuação, da sua razão de existir ou até de direcionamento de públicos é, inquestionavelmente, a obtenção de lucro.

Essa busca pelo lucro vem da necessidade de se manter ativa num mercado cada vez mais competitivo e de clientes muito mais informados e críticos. Nesse contexto surgem teorias de gestão cada vez mais focadas em diminuição dos custos e despesas de produção dos bens e serviços que serão ofertados, visando obtenção de vantagem competitiva e visibilidade perante seus concorrentes.

Com base nessas teorias certamente faz-se um levantamento dos custos totais, nos quais se encontram inclusos na estimativa aqueles relativos às ações judiciais, reservando uma parte do orçamento da empresa para o pagamento de eventuais derrotas na justiça.

Então, diante da possibilidade de se estimar o gasto anual com demandas que visam reparação por dano moral, as indenizações tornam-se possíveis de ser consideradas mero custo operacional e, por isso, enquanto o balanço negativo de pagar as indenizações for menor do que o custo referente à remodelação de toda a estrutura de trabalho da empresa para melhorar o serviço prestado, seja com contratação de pessoal, treinamento, ou investimento em tecnologia, não há motivo real de se considerar sair da inércia e procurar evitar o acontecimento dos eventos danosos.

Pôde-se assimilar que, enquanto limitado o valor das indenizações pela vedação ao enriquecimento sem causa, não se poderá estabelecer quantum indenizatório suficiente para causar abalo de nenhum tipo ao patrimônio dessas pessoas jurídicas para cumprir função preventivo-pedagógica, pois qualquer valor que pudesse se mostrar educativo ao ofensor certamente ao mesmo tempo também se caracterizaria como prêmio ao ofendido, pelas baixíssimas condições econômicas do brasileiro médio.

Enfim, concluiu-se que, com a situação atual do ordenamento jurídico brasileiro, não se vê espaço para que as indenizações por dano moral no âmbito nacional adquiram efetivo caráter preventivo de modo a evitar a ocorrência futura de práticas danosas semelhantes, e por esse motivo, poderia parar de ser mencionado “em vão” nas decisões dos tribunais.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos morais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 352 p. ISBN: 8520314902.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de Outubro de 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 outubro 2017.

BRASILIA. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp: 1133386 RS 2009/0065181-7, Recorrente: Sônia da Costa Lima Pereira. Recorrido: Francisco Stefanelo Cancian. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), Data de Julgamento: 17/06/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2010). Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200900651817.REG.>> Acesso em 18 de Novembro 2017.

BRASILIA. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 951.777/DF, Recorrente: Maria José Nogueira e outro. Recorrido: Verdina Hidroponia LTDA e outros. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 19 de junho de 2007, DJ 27.08.2007. p. 252. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28%28%28%22HUMBERTO+GOMES+DE+BARROS%22%29.min.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.%29+E+%28%22HUMBERTO+GOMES+DE+BARROS%22%29.min.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&ementa=CIVIL+DANO+MORAL+INDENIZACAO&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=17>. Acesso em: 18 de novembro 2017.

BRASILIA. *Superior Tribunal de Justiça*. Recorrente: Telemar Norte Leste S/A. Recorrido: Denise Flores Vergeti de Siqueira e Outros. STJ - REsp: 994171 AL 2007/0234822-8, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 12/02/2008, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2008 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8695907/recurso-especial-resp-994171-al-2007-0234822-8/inteiro-teor-13740330>. Acesso em 18 de Novembro de 2017.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 832 p. ISBN: 8520327265

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAHALI, Yussef Said. *Enciclopédia saraiva do direito*. v. 22. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 584 p. ISBN: 85-7420-652-0.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. 347 p. ISBN: 85-203-1663-8.

MINAS GERAIS. *Tribunas de Justiça de Minas Gerais*. Apelação Cível 1.0035.07.089144-1/001, Apelante: Banco Bradesco Financiamentos S/A e outros. Apelado: Jair Vasconcelos Chaves e outros Relator(a): Des.(a) José Affonso da Costa Côrtes , 15ª Câmara Cível, julgamento em 16/09/2010, publicação da súmula em 14/10/2010). Disponível em:

MINAS GERAIS. *Tribunal de Justiça*. AC: 10095130012313001 MG, Apelante: Joel Aparecido dos Santos. Apelado: Banco Bradesco S/A . Relator: Aparecida Grossi, Data de Julgamento: 17/06/2015, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/06/2015 Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202436599/apelacao-civel-ac-10095130012313001-mg>> Acesso em 18 de Novembro 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 421 p.

REIS, Clayton. *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 2203 p. ISBN: 8520324533

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 543 p.

W. MELO DA SILVA. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 728 p. ISBN: 8530908066.