

**UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ - UVA
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA - ESMEC
Especialização de Direito Constitucional.**

**DANO MORAL: INDENIZAÇÃO COM CARÁTER
COMPENSATÓRIO OU DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO?**

Mirele da Costa Serpa

Fortaleza - Ceará
Julho - 2009

MIRELE DA COSTA SERPA

**DANO MORAL: INDENIZAÇÃO COM CARÁTER COMPENSATORIO
OU DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO?**

Monografia apresentada, como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional, sob a orientação de conteúdo da Professora Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques e a orientação metodológica do Professor.

Fortaleza - Ceará
Julho - 2009

MIRELE DA COSTA SERPA

**DANO MORAL: INDENIZAÇÃO COM CARATER
COMPENSATORIO OU DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO?**

Monografia apresentada à banca examinadora e a Coordenação do Curso de Especialização, da Escola Superior da Magistratura do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional.

Fortaleza (CE), 29 de julho de 2009

Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques, Ms.
Prof. Orientadora da Esmec

Alexander Perazo Nunes de Carvalho, Ms.
Prof. Examinador

Francisco Humberto Cunha Filho, Dr.
Prof. Examinador

Aos meus pais, José Milton e Anilde, pelo esforço que fizeram para que eu pudesse chegar até aqui, sempre me apoiando em todos os passos da minha caminhada, aos meus irmãos Daniele, Grazielle e Kenderson pelo apoio e pela confiança que sempre depositaram em mim, aos meus sobrinhos para que acreditem sempre nos seus sonhos.

E em especial a DEUS, pois sem ele jamais teria conseguido dar esse grande passo da minha história, já que tudo posso naquele que me fortalece.

Muito obrigado meu DEUS.

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente aos meus pais, que souberam educar-me, mostrando que a maior herança que poderiam deixar seria a educação e o conhecimento, bens que levarei por toda a minha vida, agradeço também, por terem me proporcionado, momentos tão felizes, cercado-me de muito amor, por serem os pais mais maravilhosos desse mundo e que nunca mediram esforços para verem a felicidade dos filhos.

Aos meus irmãos Daniele, Grazielle e Kenderson, pela força e pelo incentivo que sempre me deram e por terem acreditado sempre no meu potencial.

Aos meus sobrinhos, que apesar de serem crianças me ensinaram que a felicidade se encontra nas pequenas coisas.

Às minhas avós e tios, pelo amor e pelas constantes orações pela minha realização profissional.

Aos meus amigos pela amizade verdadeira e desinteressada, e pelas respostas nos momentos de dúvidas.

À professora Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques, meus agradecimentos especiais, pela sua constante paciência, por sua competência e pela ajuda fundamental neste trabalho que requer tanto empenho.

A Deus por ter me dado a oportunidade de concluir mais uma etapa tão importante em minha vida, e por ter me dado forças para seguir até o fim, carregando-me nos braços nos momentos mais difíceis por quais passei. Muito obrigado Senhor!!!

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar o caráter da reparação do dano moral. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que prevê em seu artigo 5º, inciso V, a indenização do dano moral, restou pacificada à possibilidade de reparação de tal dano. No entanto, ainda existem desafios a serem superados, quais sejam o da impossibilidade de se mensurar efetivamente a dor moral e o da possibilidade de enriquecimento ilícito por parte do ofendido. Embora persistam essas dificuldades, não se justifica sua irreparabilidade, devendo o mesmo ser indenizado. A reparação pecuniária do dano moral, sendo arbitrada pelo juiz com moderação e espírito de justiça, terá caráter compensatório, amenizando a dor sofrida pela vítima, representando, também, uma forma de desestímulo e punição pela prática de novos atos ilícitos. Vale, ainda, ressaltar sua função educativa para o indivíduo que praticou o ato ilícito e para a sociedade em geral.

Palavras-chave: Dano Moral. Compensação do dano moral. Enriquecimento Ilícito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. RESPONSABILIDADE CIVIL	9
1.1 A Evolução da Responsabilidade Civil	9
1.2 Conceito	10
1.3 Pressupostos	12
1.3.1 Ação ou omissão do agente	12
1.3.2 Ocorrência de dano	14
1.3.3 Nexo de causalidade	14
1.4 Culpa	15
1.5 Dolo	17
1.6 Excludentes da responsabilidade civil	18
1.6.1 Legítima defesa e exercício regular de Direito	18
1.6.2 Culpa exclusiva da vítima	18
1.6.3 Culpa concorrente da vítima	19
1.6.4 Culpa de terceiro	19
1.6.5 Caso fortuito ou de força maior	20
1.6.6 Cláusula de não indenizar	20
1.7 Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor.....	22
2. DANO MORAL	24
2.1 A Evolução do Dano Moral	24
2.2 Definição de Dano Moral	27
2.3 A importância da compensação do dano moral	31
3. O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E O DESAFIO NA FIXAÇÃO DO	
QUANTUM INDENIZATÓRIO	34
3.1 Definição de Enriquecimento Ilícito	34
3.2 O desafio na fixação do quantum indenizatório na reparação do dano moral	36
3.3 Compensação x Enriquecimento Ilícito	41
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	46
APÊNDICE.....	49

INTRODUÇÃO

Nos tempos primitivos, no início da civilização humana, predominava a vingança coletiva. Assim, quando um grupo ou algum indivíduo desse grupo era atingido de alguma forma havia uma manifestação logo após a agressão com o fito de defender seus direitos, cuja defesa não seguia nenhum regramento ou lei, imperando a força bruta. Em seguida, surgiu a vingança privada, sendo regida pela Lei de Talião que tinha como princípio básico o chamado "olho por olho, dente por dente". Após essa fase, surgiu a composição, na qual as partes entravam em um acordo para a reparação do dano.

No entanto, esta reparação englobava apenas os danos materiais, pois não havia uma consciência de que poderia haver um dano à moral ao homem. Surgiu, então, ao longo dos anos, uma evolução no sentido de que os bens não patrimoniais poderiam sofrer uma lesão, sendo, portanto, reparados.

Daí surgiu o instituto do dano moral, que é um dano à personalidade do indivíduo, atingindo seu patrimônio ideal, o qual se constitui da paz interior, da honra, da tranqüilidade, da reputação do ser humano.

Muitas foram as controvérsias em torno da reparabilidade do dano moral. Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, a matéria tornou-se pacífica, sendo admitida pela doutrina e jurisprudência pátria.

No entanto, apesar de não haver mais discussão acerca da indenização do dano moral, a problemática gira em torno do caráter da indenização, se esta será compensatória ou se será fonte de enriquecimento ilícito por parte do ofendido, bem como no desafio encontrado pelo juiz na fixação do adequado quantum indenizatório.

A função da indenização deverá ser a de compensação, tentando proporcionar à vítima uma certa sensação de retorno ao estado anterior à agressão, não devendo, portanto, gerar-lhe enriquecimento ilícito. Assim, como também, o juiz deverá observar, no caso concreto, alguns aspectos importantes, tais como o grau de culpa do agente, a extensão do prejuízo causado e a capacidade econômica das partes, utilizando-se do bom senso e do sentimento de justiça, para então fixar uma indenização justa e razoável para ambas as partes.

Diante do exposto, baseado na doutrina e na jurisprudência, o presente trabalho pretende demonstrar a evolução da responsabilidade civil, a importância da compensação do dano moral, o caráter da indenização, bem como o desafio na fixação do quantum indenizatório.

Esta monografia apresenta três capítulos, sendo o primeiro sobre a responsabilidade civil enfocando sua evolução, conceito, pressupostos, culpa, dolo e excludentes da responsabilidade civil.

O segundo capítulo trata sobre o dano moral ressaltando sua evolução, definição e a importância da compensação do dano moral.

O terceiro capítulo aborda a definição de enriquecimento ilícito e o desafio na fixação do quantum indenizatório do dano moral, no sentido de impedi-lo, mostrando o desafio na fixação do quantum indenizatório para que haja compensação do dano sofrido sem que ocorra enriquecimento ilícito.

E, após a abordagem do tema, chegou-se à conclusão que a indenização do dano moral busca compensar, de certa forma, a dor sofrida pelo ofendido, não podendo, entretanto, haver uma indenização que cause enriquecimento ilícito da parte agredida.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1. A Evolução da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil é de grande importância nos dias atuais, no entanto, ela nem sempre teve a relevância que possui no ordenamento jurídico atual, tendo passado por inúmeras fases até ganhar um disciplinamento sistemático.

Segundo Maria Helena Diniz (2003), a responsabilidade civil sofreu uma evolução pluridimensional, visto que sua expansão se deu quanto à sua história, a seus fundamentos, a sua área de incidência e a sua profundidade.

Fazendo-se uma análise da evolução do dano moral, verifica-se que, no início da civilização humana, predominava a vingança coletiva, na qual os componentes de um grupo reagiam coletivamente contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.

Em seguida, surgiu a vingança privada, "fazendo-se justiça com as próprias mãos", sendo regidas pela Lei de Talião, em que se reparava um mal com outro mal, o chamado "olho por olho, dente por dente". A responsabilidade nessa época era objetiva, não se considerando se o ofensor havia agido com culpa ou não.

Após a fase da justiça privada, surgiu a composição, na qual as partes entravam em um acordo e o autor da ofensa repararia o dano mediante pagamento de determinada quantia em dinheiro, ficando a critério da autoridade pública, se o delito fosse público, e do lesado se fosse um delito privado.

Surgiu então, a *Lex Aquilia de Damno* em Roma, que tinha como fundamento a reparação do dano através do patrimônio do ofensor, na qual a indenização seria pecuniária e levando-se em consideração se houve culpa do agente. Ela tinha um caráter compensatório, reconstituindo ao estado anterior o ofendido. O Estado fixava o valor da indenização e obrigava a vítima a renunciar a vingança e a aceitar a composição da lide.

Como pondera Maria Helena Diniz (2003, p. 10), "o jurista francês Domat é responsável pelo princípio geral da responsabilidade civil, a qual influenciou grande parte de todas as legislações que tiveram como fundamento a culpa."

A responsabilidade civil evoluiu também em outro aspecto, agora em relação ao fundamento, estabelecendo a razão pela qual uma pessoa deve indenizar um dano, não se

levando em consideração apenas a culpa, mas sim, também o risco da atividade, cuja responsabilidade será objetiva.

A culpa e o risco passaram a existir concomitantemente, devendo o ofensor indenizar o dano quando tiver agido com culpa ou quando a natureza da sua atividade implicar risco.

A responsabilidade civil expandiu-se, também, em relação a sua extensão, na qual as relações entre os ofendidos, ofensores e os fatos que originam a responsabilidade aumentaram consideravelmente. Aqui, o responsável poderá ser tanto uma pessoa física como jurídica, e as pessoas beneficiadas poderão ser o lesado, seus herdeiros, bem como aqueles que estejam sob sua dependência econômica.

Atualmente, a legislação brasileira admite a reparação ao dano patrimonial ou moral, sendo responsável à pessoa física ou jurídica, por fato próprio ou de terceiro que esteja sob a sua responsabilidade, respondendo por culpa, quando agir com imprudência, imperícia ou negligência, ou objetivamente, quando a natureza da sua atividade gerar risco.

1.2 Conceito

A responsabilidade civil pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano patrimonial ou moral causado a outra pessoa em razão de ato do próprio ofensor, bem como pelos atos praticados por terceiros que estejam sob sua responsabilidade e domínio.

A responsabilidade civil, no que diz respeito à densidade ou profundidade da indenização, tem como princípio a responsabilidade patrimonial, na qual o patrimônio do ofensor irá responder pelos prejuízos, patrimoniais ou morais, causados ao ofendido. A indenização terá que ressarcir o dano completamente, tentando trazer o ofendido de volta ao estado anterior ao dano.

Quando a obrigação de reparar um dano decorrer de culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva, surge o instituto da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil é a obrigação que tem uma pessoa de ressarcir o prejuízo causado a outrem, por ato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. Ela existe quando ocorre a infração a um dever por parte do agente, seja um dever legal, contratual ou social.

No ilícito civil, o interesse lesado é o privado, devendo o mesmo ser indenizado pelo causador do dano. Como o interesse é particular, se o ofendido permanecer inerte não haverá nenhuma consequência para o causador do dano.

Segundo Rodrigues (2002, p. 4), "o Código Civil de 1916 não deu um disciplinamento sistemático à responsabilidade civil, introduzindo na Parte Geral, nos artigos 159 e 160, a regra geral da responsabilidade aquiliana e algumas excludentes, e, na Parte Especial, em dois capítulos diversos, outros dispositivos sobre o tema sem muita ordem."

O atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, 10-01-2002) disciplinou a matéria em seus artigos 186 e 187, que rezam *in verbis*:

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.

Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O mesmo diploma legal também reservou um Título especial à Responsabilidade Civil, no qual seu Capítulo I trata da obrigação de indenizar e das pessoas responsáveis pela indenização, e o Capítulo II trata da própria indenização.

A palavra "responsabilidade", conforme o vocabulário jurídico, vem do vocábulo "responsável", do verbo responder, oriundo verbo latino "respondere", que significa garantir, assegurar e assumir o pagamento do que se obrigou, ou do ato que praticou.

As funções da responsabilidade civil são a de restaurar um equilíbrio moral e patrimonial desfeito, seguindo o princípio da *restitutio in integrum* que é a reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição ao estado anterior, repondo a vítima a uma situação material correspondente ou de indenização que represente de modo mais próximo possível o valor do prejuízo no momento do seu ressarcimento. Assim, garante o direito à segurança, bem como tem a função de sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima.

Para surgir a obrigação de indenizar, é necessário a existência de requisitos essenciais, como ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente causador do dano e o nexo de causalidade existente entre o ato praticado e o prejuízo dele decorrente.

1.3 Pressupostos

O princípio geral do direito impõe a quem cause dano à alguém o dever de reparar. Entretanto, para que a responsabilidade civil ocorra, é necessária a existência de alguns pressupostos, dentre os quais se tem a ação ou omissão do agente, a culpa ou dolo, o nexo de causalidade entre o dano e ação e a ocorrência de um dano experimentado pela vítima.

Dentre os pressupostos apontados, tem-se:

1.3.1 Ação ou omissão do agente

A ação, um dos elementos essenciais da responsabilidade, é o ato comissivo ou omissivo, voluntário e objetivamente imputável, lícito ou ilícito, praticado pelo próprio agente ou por terceiro, que esteja sob a sua responsabilidade, ou fato de animal ou coisa inanimada, como no caso de queda de objetos colocados em locais indevido, numa casa, causando dano a outrem, tendo como consequência o dever de indenizar os direitos do lesado.

A ação poderá ser comissiva ou omissiva. A comissão é a prática de um ato que não deveria ocorrer, enquanto a omissão é a ausência de um dever de agir ou da prática de um ato que deveria se realizar. A omissão ocorre mais no campo contratual, no âmbito da inexecução das obrigações contratuais.

A ação do agente também poderá ser lícita ou ilícita. A responsabilidade oriunda de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa ou dolo do agente que causou o prejuízo. Para a existência da responsabilidade, é necessário que se comprove que o comportamento do agente tenha sido doloso ou culposo. No entanto, a responsabilidade poderá advir de ato lícito, quando o agente procede de acordo com a lei, mas a natureza da sua atividade está baseada na idéia do risco, deslocando-se então, a ressarcimento do dano da idéia de culpa, para a responsabilidade fundada no risco.

O ato deverá ser voluntário e objetivamente imputável, devendo a ação ser controlável, dependendo da vontade do agente, estando excluídos os atos praticados sob coação absoluta, em estado de inconsciência, sob efeito de hipnose, ou por fatos que estejam fora do domínio do agente como tempestades, incêndios gerados por raios, terremotos, etc.

A responsabilidade do agente pode advir de ato próprio, ou pelos danos causados por coisa ou animal que estejam sob sua guarda, bem como por ato de terceiro que esteja sob sua responsabilidade.

A responsabilidade por ato próprio é justificada pelo princípio informador da teoria da reparação, na qual uma pessoa é obrigada a ressarcir o prejuízo causado a outrem, quando tenha infringido dever legal ou social, prejudicando-o.

O agente responderá por seus atos não só quando praticar ato contra o direito de outra pessoa, mas também quando seu ato fugir da finalidade social a que ela se destina, como os atos praticados com abuso de direito que causem dano a outrem, surgindo a obrigação de reparar.

O ato praticado por terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, causando dano a outrem, deverá ser ressarcido por este, respondendo os pais pelos atos dos filhos menores que estejam em seu poder, os empregadores pelos atos de seus prepostos, dentre outros exemplos. Reza o artigo 932 do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

- I. os pais, pelos filhos menores que estiverem sob a sua autoridade e em sua companhia;
- II. o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III. o empregador e o comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou razão dele.

O fato de animal ou coisa inanimada, como objetos colocados na janela de um apartamento que venha a cair em alguém que passe no meio da rua, que esteja sob a responsabilidade do agente, será fonte geradora da responsabilidade civil, devendo o dono da coisa ou animal indenizar o ofendido pelos danos causados por àqueles. É o que diz o artigo 936 do Código Civil *in verbis*: "O dono, ou detentor, do animal, ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior".

A responsabilidade do agente não se restringe apenas a seus próprios atos, visto que irá responder pelos atos de terceiros que estejam sob a sua responsabilidade, bem como pelo fato de animal ou coisa inanimada, da qual seja dono ou detentor.

1.3.2 Ocorrência de dano

A existência de um dano é um requisito essencial para o surgimento da responsabilidade civil, visto que ninguém terá obrigação de indenizar se não houver causado dano a outrem. O que será reparado se o bem estiver em suas condições normais de uso?

Segundo Maria Helena Diniz (2003, p. 61): "O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral".

Assim, se não ocorrer um dano a um bem jurídico não caberá ação de indenização, sendo necessária a prova concreta dessa lesão.

Para que o dano seja indenizável é necessária a existência de alguns requisitos, dentre os quais a diminuição ou destruição de um bem jurídico, seja ele patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa física ou jurídica. O dano precisa diminuir ou destruir um bem, causando-lhe prejuízo, visto que se nada lhe acontecer, ou mesmo que haja uma destruição de um objeto, se este não pertencer a ninguém não haverá um prejuízo juridicamente relevante, pois não haverá vítima do dano. A vítima poderá ser direta quando atingir o próprio lesado, ou indireta quando os atingidos forem seus familiares ou pessoas próximas.

Outro requisito necessário é a efetividade do dano ou certeza de que ele ocorreu. É necessária a demonstração do dano.

A causalidade também precisa ocorrer, já que o dano deverá ter relação com a causa produzida pelo lesante. No que diz respeito ao fato gerador, o dano também poderá ser classificado como direto ou indireto. Será direto quando for consequência imediata da ação ou omissão do lesante, e indireta quando for resultante da perda mediatamente sofrida pelo lesado, sendo consequência da sua ação ou omissão.

Outros requisitos necessários à indenização do dano é a subsistência do mesmo no momento da reclamação, a legitimidade para pleitear a indenização que poderá ser da vítima e seus familiares e a ausência de causas excludentes de responsabilidade.

1.3.3 Nexo de causalidade

O nexos de causalidade é outro pressuposto da responsabilidade civil, pois o agente só será responsável pelo dano se houver um nexos de causalidade entre sua ação e o dano. No

caso da vítima experimentar um dano, mas não comprovar que o mesmo originou-se do comportamento do réu, o pedido de indenização será julgado improcedente.

É necessário o vínculo entre o prejuízo e a conduta do lesante, o qual chamado de "nexo causal". Deverá existir essa relação entre o dano e a ação que o produziu. Basta a prova de que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido para ficar caracterizado o liame de causalidade. Sem essa relação não caberá a obrigação de indenizar.

Havendo a existência de uma das excludentes de responsabilidade, não haverá liame de causalidade entre o dano e o fato do agente.

O nexo de causalidade deverá ser provado, cujo ônus *probandi* caberá ao autor da ação. Assim, se não ficar provada a relação de causalidade entre o dano e a ação ou omissão que o provocou, não há que se falar em responsabilidade civil.

1.4 Culpa

A regra geral no ordenamento jurídico brasileiro diz que, para ocorrer o surgimento da obrigação de indenizar pela prática de atos ilícitos, é necessário a existência da culpa, que é a reprovabilidade da conduta do agente. O ato ilícito é qualificado pela culpa, ocorrendo quando o agente poderia ter agido de uma outra maneira e não o fez.

Em regra, se não houver culpa, não há que se falar em responsabilidade.

Porém, casos existem em que o ofensor irá responder objetivamente, tendo o dever de reparar o dano mesmo que não tenha agido com culpa. São os casos expressamente previstos em lei. É a responsabilidade objetiva que é fundada no risco. As pessoas que exercem determinadas atividades que criam riscos ou danos para as demais irão responder objetivamente, independentemente de culpa.

A culpa é um elemento fundamental para o dever de reparar o prejuízo gerado pelo ato ilícito, de maneira que só o fato lesivo intencional ou imputável ao agente, autoriza a responsabilidade civil.

No ato culposo não existe a intenção de causar dano, mas o agente tem um comportamento negligente ou imprudente, não tendo a atenção necessária que um homem "bem avisado" teria. A culpa nem sempre será suficiente para levar o ofensor à responsabilidade penal, sendo suficiente apenas para produzi-la na seara cível.

Assim ensina José de Aguiar Dias (1979, p. 136):

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.

Para Maria Helena Diniz (2003, p. 41) "o ato ilícito é aquele praticado culposamente, sendo contrário à norma jurídica destinada a proteger interesses alheios, é o ato que viola direito subjetivo individual, gerando prejuízo a vítima e conseqüentemente o dever de reparar tal dano". Para a configuração do ilícito, é necessário a ocorrência de um dano gerado pela atividade culposa. A prática do ato ilícito, que viole preceito normativo de tutela de interesse privado, produzindo dano a um bem patrimonial ou extrapatrimonial, dá origem a reparação do dano. É de ordem pública a obrigação do agente do ato ilícito responder pelo prejuízo que causou, através da indenização.

É necessário que o autor tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo conscientemente, seja com dolo, se teve a intenção de causar dano, ou com culpa, se tendo consciência dos prejuízos oriundos de seu ato assume o risco de provocar o dano. A imputabilidade é um elemento constitutivo da culpa, consistindo na possibilidade de se agir livre e conscientemente.

A culpa caracteriza-se pela imperícia, imprudência e negligência. O ato danoso não é desejado pelo autor, que não tem a intenção de lesar, muito embora, continue responsável pelo prejuízo que causou por não ter agido com a cautela devida.

A imperícia caracteriza-se pela inaptidão ou falta de habilidade para praticar um determinado ato; a negligência ocorre quando não se observam as normas que ordenam as pessoas a agir com atenção, capacidade e discernimento; e a imprudência ocorre quando se age sem a devida cautela, com precipitação e sem as devidas precauções necessárias.

Quanto à natureza, duas são as modalidades de culpa: a culpa contratual e a extracontratual ou aquiliana. Existindo um contrato entre as partes, que gere direitos e obrigações para ambas, e quando um dos contratantes descumpre alguma obrigação, há a culpa contratual. Nesta, o ofendido não precisa prová-la, bastando constituir o devedor em mora. Quando a culpa nascer da transgressão de preceito geral de direito, que ordena respeitar a pessoa e os bens alheios, surge a culpa extracontratual ou aquiliana. Aqui, o ofendido precisará prová-la, cabendo a ele o ônus da prova, já que não existe um liame entre as partes nem presunção de culpa como na relação contratual.

Em relação a sua graduação a culpa será grave, leve ou levíssima. A culpa será grave quando, agindo com dolo, o agente agir com negligência extrema, não prevenindo aquilo que qualquer homem comum poderia prever; a culpa leve ocorrerá quando a lesão de direito puder ser evitada com uma atenção ordinária; e a levíssima, quando a lesão for evitada com uma atenção extraordinária, fora do comum.

O Código Civil, em seu artigo 944 caput, e parágrafo único, trata da proporcionalidade do dano em relação à gravidade da culpa, podendo o juiz reduzir, equitativamente, a indenização se entre a gravidade da culpa e o dano houver grande desproporção.

Quanto aos modos de sua apreciação, a culpa será *in concreto* quando se leva em consideração a imprudência ou negligência do agente; e, *in abstracto*, quando se compara a conduta do ofensor com a de um homem normal.

Em relação ao conteúdo da conduta culposa, haverá algumas situações, tais como: a culpa *in committendo* ou *in faciendo* quando o autor do dano praticar um ato positivo, como a imprudência; a culpa *in omittendo*, quando se comete uma abstenção no caso a negligência; a culpa *in eligendo*, decorrente da má escolha de preposto ou mandatário; a culpa *in vigilando*, advinda da falta de atenção com o procedimento de outrem; e a culpa *in custodiendo*, sendo a ausência de cautela ou atenção em relação a um animal ou objeto que esteja sob a responsabilidade do agente.

1.5 Dolo

É no Direito Penal que se encontra melhor caracterizado a figura do dolo. Existem três teorias que estabelecem seu conteúdo: a teoria da vontade, a da representação e a do assentimento.

Júlio Fabbrini Mirabete (2001, p. 139) assim classifica:

Para a teoria da vontade, age dolosamente quem pratica a ação consciente e voluntariamente. É necessário para a sua existência, portanto, a consciência da conduta e do resultado e que o agente a pratique voluntariamente. Para a teoria da representação, o dolo é a simples previsão do resultado. Embora não se negue a existência da vontade na ação, o que importa para essa posição é a consciência de que a conduta provocará o resultado... Para a teoria do assentimento (ou do consentimento) faz parte do dolo a previsão do resultado a que o agente adere, não sendo necessário que ele o queira.

O Código Penal Brasileiro adotou a teoria da vontade em relação ao dolo direto e a do assentimento quanto ao dolo eventual.

O dolo é a consciência e a intenção de provocar um resultado danoso, sendo seus elementos a consciência e a vontade. Incluem-se também, os meios empregados e as conseqüências de sua atuação.

Assim reza o artigo 18, inciso I, do Código Penal: "Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo".

Vê-se então, que o agente quer o resultado, tem a intenção de produzi-lo, ou assume com a sua conduta o risco de que ele aconteça.

Igualmente à culpa, o dolo é um pressuposto da responsabilidade civil, pois se o que age sem intenção é punido, aquele que quis o resultado também deverá ser penalizado. Se a lei pune o fato menos grave, deverá, portanto, punir o de maior gravidade.

1.6 Excludentes da responsabilidade civil

Em regra, o autor do ato irá responder pelos danos causados à vítima, desde que exista um nexo de causalidade entre seu ato e o dano ocorrido. Porém, existem alguns fatos que podem excluir total ou parcialmente a responsabilidade do autor. São as excludentes da responsabilidade, dentre os quais se tem a legítima defesa, exercício regular de Direito, culpa exclusiva da vítima, a culpa concorrente, a culpa de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar.

1.6.1 Legítima defesa e exercício regular de Direito

Quando o agente age em legítima defesa ou no exercício regular de um direito, não pratica ato ilícito, não havendo, portanto, dever de indenizar.

1.6.2 Culpa exclusiva da vítima

Nesse caso, exclui-se totalmente a responsabilidade do autor, visto que a vítima agiu com culpa exclusiva, devendo arcar com todos os prejuízos advindos de sua conduta, desaparecendo o nexo de causalidade entre o ato do agente e o prejuízo experimentado pela

vítima. O agente que causa o dano é apenas um instrumento do acidente, não havendo liame de causalidade entre sua ação e a lesão. Se uma pessoa com a intenção de se suicidar, lança-se sob as rodas de um veículo, não há que se falar em responsabilidade do motorista, pois a culpa é exclusivamente sua.

1.6.3 Culpa concorrente da vítima

Aqui existe a culpa tanto do agente quanto da vítima. Ambos concorreram para o acontecimento do evento danoso. Havendo prejuízo a ressarcir, a indenização deverá ser repartida entre os dois, proporcionalmente à culpa de cada um. O liame de causalidade continua a existir, porém haverá uma atenuação da responsabilidade.

No geral, em caso de concorrência de culpa, o magistrado divide a indenização pela metade, impondo ao agente causador do dano que repare metade do prejuízo, devendo a vítima arcar com a outra metade. No entanto, a divisão da indenização nem sempre será feita por igual, sendo variável de acordo com o grau de culpabilidade das partes.

Cunha Gonçalves apud Silvio Rodrigues (2002, p. 167) assim explica:

A melhor doutrina é a que propõe a partilha dos prejuízos: em partes iguais, se forem iguais as culpas ou não for possível provar o grau de culpabilidade de cada um dos co-autores, em partes proporcionais aos graus das culpas, quando estas forem desiguais. Note-se que a gravidade da culpa deve ser apreciada objectivamente, isto é, segundo o grau de causalidade do acto de cada um. Tem-se objectado contra esta solução que de cada culpa podem resultar efeitos mui diversos, razão por que não se deve atender à diversa gravidade das culpas; mas, é evidente que a reparação não pode ser dividida com justiça sem se ponderar essa diversidade.

Assim, mister fixar o grau de culpa de cada envolvido para que se possa dividir o prejuízo justamente e proporcionalmente entre as partes.

1.6.4 Culpa de terceiro

Terceiro é todo aquele que não seja a vítima, nem o agente e nem as pessoas por quem este é responsável. O fato de terceiro poderá ocasionar o dano, devendo ser responsabilizado pelos prejuízos causados ao ofendido.

Caso a ação do terceiro tenha causado dano, ele será o único responsável pelo ressarcimento do prejuízo, excluindo-se a responsabilidade do autor. Porém, para que o fato de terceiro tenha força exoneratória, será necessário a existência do nexo de causalidade entre o ato de terceiro e o dano causado, que o fato de terceiro não tenha sido provocado pelo ofensor, que o ato praticado pelo terceiro seja ilícito e que o acontecimento seja normalmente imprevisível e inevitável.

Nesse caso, caberá ao autor do dano ação regressiva contra o terceiro para reaver o valor que tiver indenizado à vítima, o que, num caso concreto, nem sempre é possível diante da dificuldade de se identificar este terceiro.

1.6.5 Caso fortuito ou de força maior

O caso fortuito e a força maior ocorrem quando determinado fato gera efeitos que não podem ser evitados ou impedidos.

Com efeito preceitua o artigo 393 do Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

O caso fortuito ou força maior tem o condão de quebrar o nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano causado à vítima, eximindo o autor do dano da responsabilidade de indenizar o ofendido.

Perfilha tal entendimento a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. Nas relações de consumo, a ocorrência de força maior ou de caso fortuito exclui a responsabilidade do fornecedor de serviços. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 996.833/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 04.12.2007, DJ 01.02.2008, p. 1)

1.6.6 Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar é uma estipulação, na qual uma das partes contratantes, em comum acordo com a outra, declara que não será responsável pelo prejuízo por esta experimentado, resultante da inexecução ou da execução inadequada de um contrato, cujo dano deveria ser ressarcido pelo estipulante não fosse a existência dessa cláusula.

No dizer de Silvio de Salvo Venosa (2002, p. 48), ao comentar a cláusula de não indenizar lê-se:

Trata-se da cláusula pela qual uma das partes contratantes declara que não será responsável por danos emergentes do contrato, seu inadimplemento total ou parcial. Essa cláusula tem por função alterar o sistema de riscos no contrato. Trata-se da exoneração convencional de reparar o dano. Nessa situação, os riscos são contratualmente transferidos para a vítima.

Nesse tipo de contrato, há uma transferência da responsabilidade, o risco é transferido para a vítima. Portanto, para que ela seja válida é necessária à bilateralidade do consentimento, sendo inválida a declaração unilateral de vontade sem a concordância da outra parte. É preciso também que esta cláusula não fira a ordem pública, nem os bons costumes.

A cláusula de não indenizar não pode eximir de responsabilidade de ressarcir o dano, o dolo do estipulante, sendo este o entendimento unânime da doutrina.

Assim, a cláusula de não indenizar deverá obedecer a esses requisitos para que seja válida, excluindo a responsabilidade do estipulante não pelo fato de desaparecer o nexo de causalidade, mas em virtude da própria convenção.

No entanto, vale salientar que, nas relações de consumo tais cláusulas de não indenizar são nulas de pleno direito, de acordo com o disposto no artigo 51, inciso I do CDC e do entendimento da jurisprudência do STJ:

SEGURADO EM OPERAÇÃO DE CARGA E DESCARGA. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DA COBERTURA. ATIVIDADE INERENTE À NATUREZA DO CONTRATO. CAMINHÃO DE TRANSPORTE. RESTRIÇÃO ABUSIVA. CDC, ART. 51, IV, E § 10, II. INCIDÊNCIA. CC, ART. 1.435. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA DA AVENÇA E REEXAME FÁTICO. RECURSO ESPECIAL. SÚMULAS NS. 5 E 7-STJ.

I. Írrita é a cláusula que, em contrato de seguro de veículo de transporte, exclui da cobertura os acidentes ocorridos em situações de carga e descarga, porquanto incompatíveis com a própria natureza da avença, já que tais operações são inerentes à atividade do bem sinistrado.

II. Caso, ademais, em que o Tribunal estadual, na análise dos fatos e na interpretação das condições pactuadas, entendeu ter ocorrido "capotamento", que tem expressa previsão contratual, questão que não tem como ser revista na instância especial ante os óbices sumulares.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 247.203/GO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 19/10/2000, DJ 12/02/2001 p. 122)

1.7) RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil ganhou grande relevância nas relações de consumo, para as quais foram criados instrumentos que facilitaram a responsabilização do agente causador do dano, tendo como exemplo a responsabilidade objetiva, que independe de culpa, bem como a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Assim preceitua o artigo 14 do CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Aludida responsabilidade objetiva do fornecedor está baseada na teoria do risco proveito, já que quem ganha com a atividade deve responder pelos danos que possa causar a terceiros, pois deve aceitar além dos bônus o ônus de sua atividade lucrativa.

No entanto, o § 4º do artigo 14 do CDC determina uma exceção à responsabilidade objetiva em relação à responsabilidade pessoal dos profissionais liberais que respondem somente se verificada a culpa.

Quanto ao assunto, faz-se oportuna a lição de Felipe Peixoto Braga Netto (2009, p.102-103):

No que toca, especificamente, à responsabilidade civil, o Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor. Pelos danos que cause no mercado de consumo, o fornecedor – cujo conceito é amplo o bastante para compreender todos que disponibilizam produtos ou serviços com habitualidade mediante remuneração – responde, sem culpa, pelos danos sofridos pelos consumidores.

A única exceção é relativa aos profissionais liberais, que apenas respondem se lhes for apurada a culpa (art. 14, § 4º), cuja responsabilidade adiante examinaremos.

No contrato de transporte, por exemplo, o transportador assume, diante do passageiro, uma obrigação de resultado, qual seja: transportá-lo até o seu destino com segurança. Assim, ocorrendo um acidente que cause danos ao passageiro, não será necessária a prova de culpa da empresa, bastando que se prova o dano sofrido e o vínculo com o transporte.

Vale ressaltar que, mesmo que o evento danoso seja causado por culpa de terceiro, se o dano estiver relacionado com o transporte, ainda assim a empresa responderá, podendo, no

entanto, ajuizar ação regressiva contra o terceiro, nos termos da Súmula 187 do STF: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

Por outro lado, se o dano causado por terceiro não possuir nenhuma relação com o transporte a empresa não será responsabilizada, já que a culpa de terceiro deve guardar relação com o serviço prestado.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. CONTRATO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. FATO DE TERCEIRO CONEXO AOS RISCOS DO TRANSPORTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA NÃO AFASTADA. SÚMULA 187/STF. INTERESSE PROCESSUAL. SÚMULA 07.AGRAVO IMPROVIDO.

1. Esta Corte tem entendimento sólido segundo o qual, em se tratando de contrato de transporte oneroso, o fato de terceiro apto a afastar a responsabilidade objetiva da empresa transportadora é somente aquele totalmente divorciado dos riscos inerentes ao transporte.

2. O delineamento fático reconhecido pela justiça de origem sinaliza que os óbitos foram ocasionados por abaloamento no qual se envolveu o veículo pertencente à recorrente, circunstância que não tem o condão de afastar o enunciado sumular n. 187 do STF: a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

3. A indigitada falta de interesse processual, decorrente de suposta transação extrajudicial, o Tribunal a quo a afastou à luz de recibos exaustivamente analisados. Incidência da Súmula 07/STJ.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1083789/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/04/2009, DJe 27/04/2009)

Dando seguimento ao estudo em tela, será abordado no próximo capítulo o dano moral, no qual será ressaltado sua evolução, definição e a importância da compensação do dano moral.

2 DANO MORAL

2.1 A Evolução do Dano Moral

No século XIX, a idéia que predominava era a de um homem apenas como produtor de bens materiais, importando apenas o seu patrimônio. Difícil era imaginar que pudesse ocorrer um dano psíquico, moral, visto que os avanços na psicanálise se deram posteriormente.

Como falar em dano moral em uma época na qual não se respeitava a opinião das mulheres, nem havia a preocupação com a saúde mental das crianças? Em que operários trabalhavam em torno de 16 horas diárias e em condições miseráveis?

Com o surgimento da consciência de uma nova compreensão do conceito de pessoa, o ser humano passou a ser o centro do sistema de princípios e garantias fundamentais.

Neste sentido, explica Judith Martins-Costa (2002, p. 412):

A barbárie do século XX - O totalitarismo estatal, econômico, ou científico-teve em contrapartida a afirmação do valor da pessoa como titular da sua própria esfera de personalidade, que, antes de ser vista como mero suposto do conceito técnico de capacidade, fundamenta-se no reconhecimento da dignidade própria à pessoa humana. Essa é a novidade que tem, para o Direito, o princípio da dignidade da pessoa.

O homem começou a ser visto como um ser que possui sentimentos, havendo uma humanização do indivíduo, possuidor de valores inerentes a sua personalidade e capaz de sofrer danos à sua moral.

Nessa senda, houve uma grande evolução histórica em relação aos danos morais, passando por diversas fases.

Assim, com a mudança de mentalidade em relação à humanização do homem, que foi se modificando em razão das revoluções ocorridas na história, como a revolução francesa, os direitos individuais foram evoluindo e, com o decorrer do tempo, foram consolidados direitos que eram desrespeitados pelos detentores do poder.

Os direitos individuais são divididos em três gerações. Os de Primeira Geração, surgiram após o declínio da monarquia na França em 1789 e da independência dos Estados

Unidos. Aqui surge o direito do homem com o intuito de preservar-se diante do Estado para proteger sua liberdade pública e os direitos políticos.

Dentre os documentos históricos de grande relevância para a configuração dos direitos de primeira geração, podem ser citados a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra, Paz de Westfália, *Habeas Corpus Act*, *Bill of Rights*.

Após a Primeira Guerra Mundial, surgem os direitos sociais de Segunda Geração. Nesta fase os trabalhadores ganharam espaço através de lutas para alcançar referidos direitos sociais, tais como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, dentre outros. Nesse período, foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho brasileira, Decreto-Lei nº 5.452, de 01.05.1943, sendo um exemplo forte dessa fase, tendo em vista que restaram garantidos diversos direitos sociais dos trabalhadores, havendo um grande avanço para a classe trabalhadora.

Numa Terceira Fase surgem, então, os direitos personalíssimos de Terceira Geração, ocorridos após a Segunda Guerra Mundial, cuja finalidade era assegurar a dignidade do homem como à integridade física, ao corpo, ao nome, à privacidade, à intimidade, à imagem. Nesse período, o homem começou a ter consciência de seus direitos personalíssimos.

Assim leciona Pedro Lenza (2009, p. 670):

Direitos Humanos de primeira geração: alguns documentos históricos são marcantes para a configuração e emergência do que os autores chamam de direitos humanos de primeira geração (séculos XVII, XVIII e XIX): (1) Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; (2) Paz de Westfália (1648); (3) *Habeas Corpus Act* (1679); (4) *Bill of Rights* (1688); (5) Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789). Mencionados direitos dizem respeito às **liberdades públicas e aos direitos políticos**, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de **liberdade**.

Direitos Humanos de segunda geração: o momento histórico que os inspira e impulsiona é a Revolução Industrial européia, a partir do século XIX. Nesse sentido, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o **cartista – Inglaterra e a Comuna de Paris (1848)**, na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de **direitos sociais**. Isso fica evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT). Portanto, os direitos humanos ditos de segunda geração privilegiam os **direitos sociais, culturais e econômicos**, correspondendo aos direitos de **igualdade**.

Direitos Humanos de terceira geração: marcadas pela alteração da sociedade, por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), as relações econômico-sociais se alteram profundamente. Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de **preservacionismo ambiental e as dificuldades para a proteção dos consumidores**, só para lembrar aqui dois candentes temas. **O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade.** (grifos originais)

O homem, portanto, está no centro do ordenamento jurídico, pois este só existe em razão da existência do homem, visto que as leis e o Direito nasceram para proteger as diversas relações entre os homens.

Segundo Judith Martins-Costa (2002, p. 416), "os interesses como a vida privada, a intimidade, a dor e o afeto, a imagem social e a auto-estima e os interesses constitucionalmente garantidos integram a dignidade humana, no campo da responsabilidade civil".

Como se vê, os danos à pessoa são os danos incidentes sobre qualquer aspecto na integridade psicossomática e existencial do homem, estando amparados nos ordenamentos jurídicos de diversos países.

A Itália foi o primeiro país a introduzir no Código Civil os direitos de personalidade.

No Brasil, o dano moral é tido como sinônimo do dano não-patrimonial, estando os danos à pessoa compreendidas entre as espécies de dano moral. No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil extrapatrimonial é resguardada no artigo 1º, inciso III, e artigo 5º, incisos V e X da Carta Magna de 1988, no Código de Defesa do Consumidor, pela Lei nº 8.078, de 11.09.1990 em seu artigo 6º, incisos VI e VII, no artigo 17, combinado com o artigo 201, incisos V, VIII e IX da Lei 8.069 de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

O Código Civil brasileiro de 1916 previa raras hipóteses de indenizações de dano extrapatrimonial, tais como homicídio (artigo 1.537), ofensa à saúde ou integridade física (artigo 1.538), injúria ou calúnia (artigo 1.547) e desonra sexual da mulher (artigo 1.548).

Para Judith Martins-Costa (2002, p. 420), "importante foi a conjugação dos artigos 159 e 1533, ambos do Código Civil de 1916, já que o primeiro dá as condições para o surgimento do dever de indenizar e o segundo dita que, nos casos não previstos em lei, a indenização será fixada por arbitramento."

Apesar da existência dessa prerrogativa, a jurisprudência brasileira não evoluiu muito nesse sentido, ficando bastante retraída. A reparação do dano moral encontrou muitas resistências dos Tribunais brasileiros, os quais só admitiam as hipóteses previstas em lei, havendo somente decisões isoladas reconhecendo a autonomia do dano moral. A evolução só se deu após a vigência da Constituição Federal de 1988, devido ao artigo 5º, incisos V e X e ao nascimento do Código de Defesa do Consumidor.

"O argumento mais utilizado nessa discussão era a dificuldade para a quantificação e a liquidação do dano" (KARAM, apud WAMBIER, 1997, p. 95).

O dano moral, segundo Christino Almeida do Valle (1996, p. 16), "comporta três teorias, quais sejam: o sistema negativo, que nega a reparação de modo absoluto; a do sistema restritivo que o admite em algumas hipóteses; e a do sistema afirmativo que admite a reparação plena e integral do dano."

A doutrina e a jurisprudência, no entanto, já são pacíficas nesse assunto, sendo admitida a reparação ao dano moral. Não se pode fazer distinção entre bens materiais, em que podem ser facilmente calculados os prejuízos, e os bens morais, atributos da personalidade. Falar que a honra e outros bens morais não são objetos de reparação é incidir em erro, visto que o dano moral é suscetível de compensação econômica, como posteriormente será demonstrado.

2.2 Definição de Dano Moral

A moral é um patrimônio ideal, inerente ao ser humano. É um bem inestimável que não possui valor econômico, estando diretamente ligada ao Direito, já que este, através de suas normas, protege as diversas relações existentes entre os indivíduos da sociedade. Assim, o Direito protege também, um dos bens mais importantes do homem, um bem não patrimonial que é a moral.

A responsabilidade civil poderá ser patrimonial quando atingir os bens materiais de uma pessoa, ou extrapatrimonial, quando o bem atingido for sua moral, sua dignidade, ou sua honra.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso V e X nesse sentido, prevê:

Art. 5º: [...]

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 de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O dano moral é a lesão de interesses não patrimoniais sofridas pela pessoa física ou jurídica em seu patrimônio ideal, sendo este o conjunto de valores, sentimentos, princípios, ou seja, tudo aquilo que não se possa atribuir valor econômico. Como explica Diniz (2003, p.

84): "O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo".

O dano moral vincula-se à dor, à angústia, ocorrendo quando uma pessoa é atingida no mais íntimo de seu ser. Ele tem um campo muito extenso, já que tudo aquilo que não é suscetível de valor econômico, poderá compreender a categoria do dano moral.

De acordo com Wilson Melo da Silva apud Silvio Rodrigues (2002, p. 189), danos morais "são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico."

O dano moral é algo muito subjetivo, visto que não se trata de uma lesão a um bem palpável, que seja comercializado e que tenha um preço fixo como qualquer outro produto. Trata-se de um bem intrínseco a todo ser humano, pois qualquer pessoa é suscetível a ter vergonha, constrangimento, angústia e em graus diferenciados, dependendo da situação e dos valores que cada um possui.

Silvio de Salvo Venosa (2002, p. 31) por sua vez, assim conceitua: "Dano Moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima."

É importante ter como parâmetro o homem normal, não se levando em conta o psiquismo do homem extremamente sensível, tampouco aquele de pouca sensibilidade.

O dano moral terá diferentes repercussões, tendo valores diversos, pois irá depender de muitos fatores como o local, o tempo e a pessoa atingida, já que a causa de um grande constrangimento para uma pessoa pode não significar nada para outra, porque cada indivíduo possui uma escala de valores bem diferentes, tendo por base sua cultura, educação e seus princípios.

O dano moral abrange os direitos de personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade e mesmo ao próprio corpo. Venosa assim define (2002, p. 31-32): "Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso."

Assim, existirá o dano sempre que a integridade moral do indivíduo, a honra, o nome, a intimidade, a liberdade de ação, o direito moral do autor for afetado.

O dano moral poderá ser direto e indireto, dependendo do interesse lesado. O direto é aquele que lesiona um interesse que tem como finalidade a satisfação de um bem jurídico extrapatrimonial inserido nos direitos da personalidade, dentre os quais a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, a intimidade, os sentimentos afetivos e a própria imagem, ou nos atributos da pessoa como o nome, a capacidade, o estado de família.

O dano moral indireto é a lesão a um interesse que tem como finalidade a satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, provocando prejuízo a um interesse não patrimonial, devido a uma lesão em um bem patrimonial do ofendido, como, por exemplo, a perda de uma jóia de família de valor afetivo.

O dano psíquico também está inserido na esfera dos danos morais. O dano psicológico ocasiona uma mudança na personalidade do ofendido, cujos sintomas são visíveis, como inibições e depressões. O dano moral não abrange apenas os danos psicológicos, mas também a dor ou padecimento moral.

Dentre os bens personalíssimos atingidos pelo dano moral, encontra-se a honra, que é o sentimento que dá estima à própria pessoa, um patrimônio moral do indivíduo, de conteúdo abrangente, levando em consideração a estima dos outros, o bom nome, a boa fama. Havendo ofensa à reputação e a honra da pessoa, esta deverá ser protegida pela lei.

A honra é algo inerente ao ser humano, é algo subjetivo, sendo uma essência do mesmo. Seus elementos consistem na reputação e no decoro. Sobre o assunto, Aparecida Amarante (1996, p. 60-61) assim explica:

Reputação: é a valorização que os demais fazem da personalidade moral e social do indivíduo.

Decoro é decência, respeitabilidade e consideração que merecemos e que é lesado, por exemplo, quando se diz ignorante, estúpido.

A honra é um bem tão precioso que pode ser equiparado à própria vida, fazendo parte da essência moral da pessoa, sendo uma projeção do bem moral no mundo material. É um bem interno e ao mesmo tempo externo. A lesão poderá ocasionar alterações psíquicas ou orgânicas, interferindo na atividade econômica, insegurança e perda de confiança.

O dano moral atinge o complexo anímico ou psíquico do indivíduo, o que leva a discutir-se a possibilidade ou não da pessoa jurídica ser vítima dessa modalidade de dano.

A esse respeito preleciona Venosa (2002, p. 33):

Em princípio, toda ofensa ao nome ou renome de uma pessoa jurídica representa-lhe um abalo econômico. Não há como admitir dor psíquica da pessoa jurídica, senão abalo financeiro da entidade e moral dos membros que a compõem.... Nem por isso, porém, deixará de ser reparado um dano de natureza moral contra a pessoa jurídica: apenas que, a nosso ver, esse dano moral sempre terá reflexo patrimonial.

Como se vê, tratando-se de pessoa jurídica como lesionada, o que será levado em consideração é o ataque a honra objetiva, dentre os quais a reputação e o renome, não sendo aplicáveis a mesma os princípios dos direitos personalíssimos.

A Quarta Turma do STJ, em recente julgado, assim manifestou-se sobre o tema:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PESSOA JURÍDICA. PROVA DO DANO. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. VALOR REPARATÓRIO. REDUÇÃO.

1. As instâncias ordinárias, com base nos elementos fático-probatórios trazidos aos autos, concluíram pela responsabilidade do banco-recorrente na devolução indevida do cheque emitido pelo autor.

2. Tanto a sentença (fls.149/150), quanto o acórdão (fls.208), julgaram comprovados, a partir dos fatos narrados e das provas testemunhais, o abalo de crédito sofrido pela empresa-autora (durante oito meses), bem como o desfazimento de negócio junto à firma em favor da qual fora emitido o cheque devolvido (fls.31/32,89,99,101).

3. A indevida devolução de cheque acarreta prejuízo à reputação da pessoa jurídica, sendo presumível o dano extrapatrimonial que resulta deste ato. Incidência da Súmula 227 desta Corte: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

4. Restando demonstrada a indevida devolução do título, cabível a indenização, posto que, como assentado nesta Corte e anotado no Acórdão recorrido, "não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que o gerou".

5. Inobstante a efetiva ocorrência do dano e o dever de indenizar, o quantum fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 28.690,00 (vinte e oito mil e seiscentos e noventa reais), montante este correspondente a 150 vezes o valor do cheque restituído (R\$ 191,27) - afigura-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso. Assim, para assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, reduzo o valor indenizatório para fixá-lo na quantia certa de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

6. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp 564.981/BA, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 08/05/2006 p. 216)

EMENTA: DIREITO CIVIL. PESSOA JURÍDICA. TALONÁRIOS DE CHEQUES. EXTRAVIO. EMISSÃO INDEVIDA DANOS MORAIS. REPARAÇÃO. SÚMULA 227/ STJ.

1. A responsabilidade pelo extravio de talonários de cheques é do banco que deve indenizar a pessoa jurídica titular da conta (súmula 227/STJ), sendo desnecessário provar reflexo patrimonial em concreto. Precedentes da Terceira e Quarta Turma.

2. Recurso especial conhecido e, com aplicação do direito à espécie, parcialmente provido, para restabelecer a condenação por danos morais, porém, em valor limitado a R\$ 20.000,00. (REsp nº 537713/PB, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgamento 16.08.2005)

O dano moral é um dano à personalidade do indivíduo, no qual estão envolvidos diferentes tipos de sentimentos que transformam a alegria em dor, paz em transtorno, levando o ser humano a sentir uma profunda angústia, havendo, ainda, a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral, uma vez que, apesar de não ter sentimentos, possui uma reputação, um nome a zelar, razão pela qual deve ter protegida sua boa fama, cujo entendimento já restou pacificado no Superior Tribunal de Justiça na súmula nº 227, a qual dispõe que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

2.3 A importância da compensação do dano moral

O dano moral é um dano que atinge o que há de mais íntimo no ser humano, não sendo mensurável devido a sua subjetividade.

Por causar um dano, embora extrapatrimonial e de difícil medida, o causador deverá repará-lo, compensando o ofendido pela dor sofrida.

A reparação tem por finalidade tentar restabelecer a vítima ao estado anterior ao evento danoso, consistindo na reposição natural ou sanção direta e reparação pelo equivalente pecuniário ou sanção indireta.

A reparação natural é uma reparação de verdade, sendo ela integral, oferecendo ao prejudicado uma maior satisfação, restaurando a honra do ofendido, como no caso da eliminação ou destruição do objeto causador do dano, de desenhos, fotografias, publicações, dentre outras coisas.

Neste caso, nem sempre a reparação natural consegue restituir a vítima ao estado anterior, não havendo uma reposição completa. Como se trata da boa fama, da honra, muitas vezes a repercussão negativa é bem maior que o ato reparatório, podendo a retratação não atingir todas as pessoas que tomaram conhecimento do fato lesivo.

A reparação por meio do ressarcimento comporta três finalidades: a compensação, a satisfação e a punição. Quando o foco for o dano moral terá a função satisfativa e compensatória.

A indenização, através do dinheiro, embora de forma atenuante, teria a função de satisfazer a perda sofrida. Quando a reparação tem esse caráter de satisfação, deve-se considerar o grau de culpa do ofensor, a situação econômica das partes e as circunstâncias do fato, o que será estudado mais adiante.

Alguns estudiosos repudiam a reparabilidade do dano moral devido à impossibilidade de estimação, ausência de unidade de medida, por acharem imoral a compensação da dor, pelo ilimitado poder que se confere ao juiz. Porém, esta corrente já foi superada pela maioria da doutrina, jurisprudência dos Tribunais Superiores e pela Constituição de 1988.

Existe também, grande dificuldade em se determinar o número e quais as pessoas terão direito à reparação do dano moral, se apenas a pessoa ofendida diretamente, ou se seus parentes e aqueles que têm uma estreita relação com a vítima são partes legítimas para receber a indenização. Isto deverá ser apreciado pelo juiz no caso concreto.

Outro empecilho trazido pela doutrina é a de haver uma rigorosa avaliação em dinheiro para compensar a dor, visto que os bens morais não têm preço econômico. Daí, a inviabilidade material de se encontrar um denominador comum para valorar os danos morais.

Rodrigues (2002, p. 191) nesse sentido, assim expressa sua opinião:

Uma idéia que tem alcançado êxito é a de que o dinheiro provocará na vítima uma sensação de prazer, de desafogo, que visa compensar a dor, provocada pelo ato ilícito. Isso ainda é mais verdadeiro quando se tem em conta que esse dinheiro, provindo do agente causador do dano, que dele fica privado, incentiva aquele sentimento de vingança que, quer queira, quer não, ainda remanesce no coração dos homens.

Existe quem defenda que o dano moral não é propriamente indenizável e o que se busca não é o ressarcimento, mas a compensação do prejuízo. A reparação teria duas funções: a compensatória em relação ao ofendido e a punitiva em relação ao ofensor.

Nesta corrente, Aparecida Amarante (1996, p.248) tem o seguinte posicionamento:

Aclarando as idéias compreendidas, destacamos que, restringindo-nos à lesão da honra, quando esta caracterizar-se unicamente como dano extrapatrimonial, o ressarcimento tem conotação meramente satisfatória, já que não existe equivalência pecuniária, da mesma forma que terá caráter satisfatório a reparação específica. Quando, porém, a ofensa repercute no campo econômico, haverá aí caráter compensatório, concomitantemente com o de satisfação, pelo dano moral, pois, ao mesmo tempo ocorre o dano extrapatrimonial.

Antes da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência brasileira negava a admissibilidade do ressarcimento do dano moral, a qual proclamava ser o mesmo irressarcível. Com a evolução dos direitos à personalidade acolheu-se a tese do ressarcimento dos prejuízos não patrimoniais.

O Código Civil atual, em seu artigo 186, admitiu claramente a reparação do dano moral ao determinar: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Com a Constituição de 1988, a reparação dos danos morais ganhou enorme dimensão, superando as discussões existentes em torno da sua indenização.

Analisando a função da indenização é possível identificar uma função punitiva e satisfatória ou compensatória. A indenização constitui um encargo suportado pelo ofensor, acarretando uma diminuição em seu patrimônio, pois o bem moral tutelado do ofendido não poderá ser atingido, sem que o autor do dano seja punido, trata-se da sua função punitiva. E, como o dano moral causa lesões que não podem ser medidas nem valoradas, a indenização terá uma função satisfatória que amenize a dor sofrida pelo lesado. Ela visa compensar o dano, com o intuito de proporcionar uma certa vantagem à vítima.

No momento da reparação do dano moral, não existe possibilidade de restituir integralmente ao ofendido aquilo que foi danificado, por se tratar de algo abstrato e subjetivo, assim, geralmente a reparação será pecuniária, sendo um lenitivo que facilita a aquisição de bens, que proporciona viagens e experiências que possam atenuar a dor da vítima e compensá-la por seus sofrimentos.

Na reparação do dano moral o dinheiro terá uma finalidade diversa do ressarcimento do dano patrimonial. Aqui, ele terá um caráter satisfatório para o ofendido e punitivo para o ofensor, tendo uma função de justiça corretiva.

Nessa vertente, será tratado no próximo capítulo a questão sobre a definição de enriquecimento ilícito e o desafio na fixação do quantum indenizatório do dano moral.

3 O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E O DESAFIO NA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

3.1 Definição de Enriquecimento Ilícito

O Direito brasileiro admite a reparação do dano moral. A indenização tem a finalidade de restabelecer a vítima ao *status quo ante* mediante uma quantia pecuniária que possa proporcionar-lhe uma sensação de satisfação. Portanto, os danos morais são compensáveis.

No entanto, atualmente, o que tem acontecido é o uso indiscriminado das ações de danos morais, tornando-se uma verdadeira “indústria do dano moral”. Portanto, a função da reparação do dano moral não deverá ser um prêmio, uma "loteria ao ofendido", proporcionando ao indivíduo um enriquecimento ilícito.

O direito de ação não é absoluto, visto que a própria lei impõe-lhe condições, lembrando que ela prevê sanções para o caso de condutas desleais em juízo. Todo indivíduo tem o direito de acesso ao Poder Judiciário para proteção de seus direitos, no entanto, vem acontecendo uma crescente demanda de ações, muitas postulando pedidos absurdos, nas quais a relação entre o dano causado e o valor da indenização chega a ser irreal ou mesmo ridículo.

A indenização do dano moral deve compensar a dor da vítima. Sílvio Rodrigues (2002, p. 185) assim explica: "Indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado. Esta é a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima".

O que se tem em vista com a indenização é restabelecer a vítima ao estado anterior ao ato ilícito que ocasionou o dano. Porém, em muitos casos, como, por exemplo, nos danos morais, tal resultado é inatingível, haja vista a impossibilidade de se devolver o bem lesionado ao ofendido. Assim, surge o pagamento de uma indenização em dinheiro.

Essa indenização tem o condão de satisfazer o ofendido, porém ela não pode dar azo ao enriquecimento ilícito ou enriquecimento sem causa.

Entende-se por enriquecimento ilícito aquilo que possa aumentar o patrimônio de alguém, sem que para isso tenha havido uma justa causa, uma razão de ser, como o trabalho honesto, o sorteio em uma loteria, ou mesmo uma indenização por danos morais com um valor justo e devido.

O enriquecimento ilícito é a apropriação indevida de um bem pertencente a outrem. Segundo a Teoria do Desestímulo citada por Roldenyr Cravo (2004, p. 30), "o valor da indenização por danos morais não pode enriquecer ilicitamente o ofendido, todavia, deverá servir de desestímulo a futuras agressões". De acordo com esta teoria, a indenização só será considerada como enriquecimento ilícito quando for arbitrada excessivamente.

O enriquecimento ilícito é o acréscimo pecuniário ao patrimônio de alguém proveniente de fonte ilícita. O valor arbitrado para reparação do dano, nunca poderá ser caracterizado como fonte de enriquecimento ilícito, sendo vedada pela própria lei.

A reparação serve como desestímulo ao lesante, embora não seja esta sua principal finalidade. Não se pode, também, proporcionar à vítima um locupletamento indevido às custas do autor do dano, ofendendo os princípios da reparação, que têm como objetivo satisfazer o ofendido, não sendo normas autorizadoras de proventos ilícitos. A indenização não deverá ser tão grande que se transforme em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que seja irrisória.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que o dano moral é passível de indenização, porém, defende que a indenização deverá ser limitada, não sendo fonte de enriquecimento ilícito. Veja-se sua jurisprudência:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADA. JULGADO ESTADUAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. EXTRAVIO DE TALONÁRIOS DE CHEQUES ENTREGUES VIA CORREIO. DANO MORAL. FIXAÇÃO. CRITÉRIO. REDUÇÃO, CONSIDERANDO O APONTAMENTOS POR OUTROS CREDORES. JUROS DE MORA. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL. SÚMULA N. 54-STJ.

I. Constatada a suficiente fundamentação do aresto estadual, não se vislumbra violação aos arts. 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC, nem a suposta nulidade alegada pela parte, que apenas teve seus interesses contrariados.

II. A indevida inscrição em cadastro de inadimplentes gera direito à indenização por dano moral, gerando direito a ressarcimento que deve, de outro lado, ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito, com a fixação em valor que considera a existência de cadastramentos promovidos por outros credores.

III. "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual" (Súmula 54-STJ).

IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 592.220/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 02/10/2007, DJ 05/11/2007 p. 269)

Portanto, os Tribunais têm um entendimento de que o dano moral deve sim ser indenizado, mas que o valor da mesma seja arbitrada justamente, sem gerar enriquecimento ilícito do ofendido.

3.2 O desafio na fixação do quantum indenizatório na reparação do dano moral

Durante muitos anos, grandes foram as polêmicas e controvérsias, tanto doutrinárias como jurisprudenciais, em torno da discussão da reparação do dano moral. No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, erigiu-se em mandamento constitucional, em seu artigo 5º, inciso V, superando qualquer dúvida quanto a sua admissibilidade.

Contudo, ainda persistem controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais na fixação do quantum indenizatório para ressarcimento dos danos morais, devido à ausência de dispositivos legais específicos e critérios uniformes e determinados para arbitramento de um valor adequado que satisfaça adequadamente à vítima do ato ilícito.

Fazendo uma análise estrita, o dano não patrimonial é irreparável, não havendo avaliação pecuniária por ser incomensurável. A condenação em dinheiro tem a função de amenizar a dor, tendo um caráter mais satisfatório do que propriamente de reparação, bem como de punição ao ofensor. A indenização não poderá ser tão exorbitante que ocasione o empobrecimento do autor do dano, nem de valor ínfimo que não compense a dor sofrida pelo lesado.

A prova do dano moral terá pressupostos diferentes para ser avaliado. Não existe possibilidade de se mensurar por perícia ou testemunhas a dor moral, por isso, no caso concreto, o juiz deverá utilizar-se do bom senso. A razão da indenização do dano moral está no próprio ato ilícito. Alguns pontos devem ser considerados para o estabelecimento do valor da indenização, como a condição social e econômica dos envolvidos, visto que a mesma deverá fazer sentido tanto para o causador do dano como para o ofendido, não podendo aquela ter característica nem de “esmola” nem de “premiação”. Apesar do arbitramento do dano ser bastante complexo, não é justificativa para sua não apreciação.

Nesse sentido, preleciona Aparecida Amarante (1996, p. 260): "Há ausência de uma medida adequada ou um critério aferidor do valor, levando-se a questão e reduzindo-a ao puro arbítrio do julgador."

Uma das objeções levantadas contra o ressarcimento do dano moral é este poder conferido ao juiz de avaliar o montante compensador do dano. Porém, o poder dado ao juiz na fixação do quantum indenizatório não é concedido a sua pessoa física, mas ao Poder

Judiciário. No entanto, deverá se colocar no lugar de um homem comum para ponderar os danos causados, como explica Aparecida Amarante (1996, p. 261):

O papel do juiz é de relevância fundamental na apreciação das ofensas à honra, tanto na comprovação da existência do prejuízo, ou seja, se se trata efetivamente da existência do ilícito, quanto na estimação do seu quantum. A ele cabe, com ponderação e sentimento de justiça, colocar-se como homem comum e determinar se o fato contém pressupostos do ilícito e, conseqüentemente, o dano e o valor da reparação.

O ofendido deverá ter motivos relevantes capazes de gerar presunção de prejuízo para acessar o Poder Judiciário em busca de uma reparação.

O juiz, para avaliar a extensão do dano, deverá considerar a culpa do agente, a extensão do prejuízo causado e a capacidade econômica das partes. A esse respeito ensina Maria Helena Diniz (2003, p. 93): "Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por se impossível tal equivalência."

Como a lei não estabelece uma escala de valores para a fixação do quantum indenizatório, o juiz deverá utilizar, no caso concreto, todos os elementos que dispuser para alcançar um valor justo e adequado.

Perfilha tal entendimento a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Direito empresarial. Dano moral. Divulgação ao mercado, por pessoa jurídica, de informações desabonadoras a respeito de sua concorrente. Comprovados danos de imagem causados à empresa lesada. Dano moral configurado. Fixação em patamar adequado pelo Tribunal a quo. Manutenção.

- Para estabelecer a indenização por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa do autor da ofensa; efeitos do dano, inclusive no que diz respeito às repercussões do fato.

- Na hipótese em que se divulga ao mercado informação desabonadora a respeito de empresa-concorrente, gerando-se desconfiança geral da clientela, agrava-se a culpa do causador do dano, que resta beneficiado pela lesão que ele próprio provocou. Isso justifica o aumento da indenização fixada, de modo a incrementar o seu caráter pedagógico, prevenindo-se a repetição da conduta.

- O montante fixado pelo Tribunal 'a quo', em R\$ 400.000,00, mostra-se adequado e não merece revisão.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 883.630/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe 18/02/2009)

No entanto, essa é a grande dificuldade. Qual a reparação justa para um dano moral? Como avaliar a dor de uma pessoa? Como aferir um valor determinado para algo abstrato, se o que causa uma profunda dor à alguém poderá não atingir outra da mesma forma, visto que

cada indivíduo tem uma escala de valores que dependerá dos princípios, cultura e meio social em que vivem? Para Sílvio Rodrigues (2002, p. 191): "O mais sério argumento contra a reparação do dano moral é, ao meu ver, o que diz respeito à impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro."

Como se percebe, o grande desafio enfrentado pelos magistrados na reparação do dano moral é a fixação do quantum indenizatório. Alguns autores defendem que o mais correto seria uma indenização tarifada em salários mínimos, fixando um teto mínimo e máximo para o estabelecimento da indenização.

Pode-se citar como exemplo, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 09/02/1967) que determinou a responsabilidade tarifada, fixando um teto máximo para indenizar as vítimas de jornalistas profissionais que causarem danos por negligência, imprudência ou imperícia.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal declarou como não recepcionada referida Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988, restando, por via de consequência, afastada a possibilidade de responsabilidade tarifada.

Donnini (2002, p. 123), que acolheu semelhante posição, explica:

A Lei de Imprensa, ao limitar o valor da indenização, não é apropriada, não exigível e tampouco mensura o dano de maneira justa. Não há justa medida. É inaceitável que o texto constitucional, ao convalidar a indenização proveniente de dano moral e à imagem, possibilitasse a sua limitação, amparada em lei ordinária anterior. Em verdade, esse entendimento estaria a confirmar evidente tratamento discriminatório.

Diante do exposto, havendo uma prévia e abstrata limitação do valor da indenização, esta seria inconstitucional, pois a Carta Magna não acolheu referido tarifamento. Assim, o tarifamento da indenização do dano moral, não é a melhor forma de se realizar a justiça, por não haver possibilidade de tabelamento da dor moral, isto porque, cada indivíduo possui sua própria escala de valores.

Outra dificuldade encontrada é a de se definir se a indenização terá um valor exarcebado ou um valor moderado, já que não existem parâmetros para seu estabelecimento.

Alguns autores defendem o agravamento da sanção pecuniária prestigiando a teoria do desestímulo. A esse respeito diz Bittar (1999, p. 233):

Ora, num momento em que crises de valores e de perspectivas assolam a humanidade, fazendo recrudescer as diferentes formas de violência, esse posicionamento, o da condenação em quantia significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante, constitui sólida barreira jurídica a atitudes e condutas incondizentes com os padrões éticos médios na sociedade. De fato, a exarcebação da sanção pecuniária é fórmula que atende às graves conseqüências que atentados à moralidade individual ou social possam advir. Mister se faz que imperem o respeito humano e a consideração social, como elementos necessários para a vida em comunidade.

Muitos defendem a exarcebação da sanção pecuniária como forma de inibir condutas ilícitas, como desestímulo às práticas de atos contrários à ética e aos padrões sociais.

Porém, outros defendem a aplicação de valores moderados para que não haja um enriquecimento ilícito por parte do ofendido, devendo o Superior Tribunal de Justiça realizar um controle, buscando uma fixação justa da indenização, evitando qualquer injustiça para as partes litigantes. Nesse sentido, manifestou-se a Quarta Turma do STJ sobre o tema:

(...) O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio econômico do autor e, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso(...) (Resp 264515/RJ, Quarta Turma, Rei. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 13.09.00)

Assim, o juiz deverá observar o princípio da razoabilidade na fixação da indenização para estabelecer o valor mais adequado possível à realidade de cada caso concreto.

Todo ser humano tem sua própria escala de valores, sendo variável pela sua composição, tais como o nível intelectual, econômico, as bases religiosas e o meio social em que vive, que irão influenciar bastante as regras de moralidade de cada indivíduo.

Desse modo, a fixação do quantum indenizatório deverá satisfazer à vítima, considerando esses aspectos de sua vida social, para lhe dar uma sensação de conformismo, sem, no entanto, causar-lhe um enriquecimento ilícito e um empobrecimento do ofensor, devendo ser considerado também a culpa do agente, a extensão do prejuízo causado e a capacidade econômica do responsável. A esse respeito preleciona Donnini (2002, p. 157):

Da mesma forma, seria descabida a fixação da importância que não confortasse a vítima pelo sofrimento, pela dor suportada. No que concerne à situação econômica do ofensor, não há razão para se condenar uma empresa jornalística ou jornalista em valores que os reduzem à insolvência ou mesmo inviabilizem a sua atividade. Por outro lado, não pode ser tão módica a indenização a ponto de tornar o ato

ofensivo sem qualquer reparação efetiva. A indenização deve guardar relação com a situação econômica das partes.

Assim, a punição ao ofensor deverá levar em consideração sua capacidade patrimonial, bem como a situação do ofendido, para haver um contrabalanceamento, chegando-se a uma justa indenização, pois, se esta não tem o objetivo de enriquecê-lo, terá o propósito de proporcionar-lhe uma certa compensação pela dor que sofreu.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA EM RAZÃO DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO CAUSADO POR "BURACO" EM RODOVIA EM MAU ESTADO DE CONSERVAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO APURADA E RECONHECIDA, PELA SENTENÇA E PELO ACÓRDÃO, A PARTIR DE FARTO E ROBUSTO MATERIAL PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE PENSIONAMENTO VITALÍCIO E DANOS MORAIS. ALEGADA EXORBITÂNCIA DO VALOR INDENIZATÓRIO (DE R\$ 30.000,00) E DE HONORÁRIOS (R\$ 5.000,00). DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO ÓBICE INSCRITO NA SÚMULA 7/STJ. MANIFESTA LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO, ORA RECORRENTE. RECURSO ESPECIAL NÃO-CONHECIDO.

1. Trata-se de recurso especial (fls. 626/634) interposto pelo Estado do Espírito Santo em autos de ação indenizatória de responsabilidade civil e de danos morais, com fulcro no art. 105, III, "a", do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Justiça do Estado do Espírito Santo que, em síntese, condenou o Estado recorrente ao pagamento de danos morais e pensão vitalícia à parte ora recorrida.

2. Conforme registram os autos, diversos familiares do autor, inclusive sua filha e esposa, faleceram em razão de acidente automobilístico causado, consoante se constatou na instrução processual, pelo mau estado de conservação da rodovia em que trafegavam, na qual um buraco de grande proporção levou ao acidente fatal ora referido. Essa evidência está consignada na sentença, que de forma minudente realizou exemplar análise das provas coligidas, notadamente do laudo pericial 3. Em recurso especial duas questões centrais são alegadas pelo Estado do Espírito Santo: a - exorbitância do valor fixado a título de danos morais, estabelecido em R\$ 30.000,00; b - inadequação do valor determinado para os honorários (R\$ 5.000,00).

4. Todavia, no que se refere à adequação da importância indenizatória indicada, de R\$ 30.000,00, uma vez que não se caracteriza como ínfima ou exorbitante, refoge por completo à discussão no âmbito do recurso especial, ante o óbice inscrito na Súmula 7/STJ, que impede a simples revisão de prova já apreciada pela instância a quo, que assim dispôs: O valor fixado pra o dano moral está dentro dos parâmetros legais, pois há equidade e razoabilidade no quantum fixado. A boa doutrina vem conferindo a esse valor um caráter duplice, tanto punitivo do agente quanto compensatório em relação à vítima.

5. Quanto ao valor de honorários, semelhante juízo se aplica, uma vez que decorrente exclusivamente da apreciação dos elementos fáticos presentes no processo. Confira-se (fl. 606): Em relação aos honorários de sucumbência, estes são reconhecidos como um direito do advogado da parte que venceu a demanda, devendo a parte vencida, neste caso o apelante ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, arcar com o ônus sucumbencial. Entendo que, em se tratando do caso concreto, o valor dos honorários advocatícios foi fixado de forma equilibrada e justa.

6. A alegada ilegitimidade passiva do Estado querelante se encontra determinadamente afastada, haja vista o exposto liame causal estabelecido nos autos, com amparo em elementos probatórios fartos e robustos, demonstrados à saciedade no curso da instrução processual.

7. Recurso especial conhecido em parte e não-provido.

(REsp 965.500/ES, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 18/12/2007, DJ 25/02/2008 p. 1)

O juiz, no caso concreto, para arbitrar o quantum indenizatório do dano moral deverá evitar uma indenização simbólica, assim como também, um valor que cause enriquecimento ilícito da vítima. Não deverá o magistrado submeter-se ao tarifamento, por ser algo abstrato e não avaliar o caso concreto. Deverá levar em consideração a gravidade, a extensão do dano e a repercussão pública causada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas.

Também, deverá tentar avaliar o prejuízo sofrido pelo ofendido, averiguar a intensidade do dolo ou grau de culpa do lesante, observar o caso concreto, considerando o estado social e econômico do ofendido, bem como pesquisar o valor da indenização em casos semelhantes.

Diante do exposto, conclui-se que o juiz exerce um papel de grande relevância na fixação do quantum indenizatório do dano moral, devendo o arbitramento do mesmo ser feito com bom senso e moderação. O magistrado deverá valer-se de critérios de razoabilidade e proporcionalidade para que o valor da indenização tenha caráter eminentemente compensatório, servindo como desestímulo de condutas ilícitas e impossibilitando que o instituto se transforme em fonte de enriquecimento ilícito.

3.3 Compensação x Enriquecimento Ilícito

O Direito brasileiro, principalmente a partir da segunda metade do século passado, passou por uma grande evolução no que diz respeito ao dano moral, havendo uma plena aceitação por parte da doutrina e da jurisprudência.

O dano moral é a dor resultante da lesão de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial, sendo o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima.

Com o advento da atual Constituição Federal, consagrando a reparação do dano moral em seu artigo 5º, incisos V e X, ficou sem base a tese negatória da existência do dano moral.

O Superior Tribunal de Justiça, também já pacificou o entendimento de que o dano moral é passível de indenização, como se pode observar no julgado a seguir elencado:

Dano moral puro. Caracterização. Sobrevindo em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma

peessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização. (REsp nº 8768, Quarta Turma, Rei. Ministro Barros Monteiro, 18.02.92).

Assim, não há como se negar a reparabilidade do dano moral, sendo um assunto já superado.

Na violação do dano moral, como o prejuízo não pode ser mensurado, por ser algo abstrato e subjetivo, não há possibilidade de se restabelecer a vítima ao estado anterior à lesão. Deverá, portanto, haver uma tentativa de uma aproximação do estado ideal. Como no dano moral não é possível a reposição da coisa subtraída, deverá existir uma compensação, através de uma indenização que satisfaça à vítima.

A reparação pecuniária do dano moral terá um caráter compensatório. A indenização tem o condão de compensar a vítima pela lesão sofrida, embora o dinheiro jamais irá apagar o constrangimento, a angústia e a dor sofrida pelo ofendido.

No entanto, como a indenização é confiada ao prudente arbítrio do juiz, este deverá estar sempre atento para que não proporcione um enriquecimento ilícito da vítima às custas do ofensor. Não poderá ser tão exorbitante a ponto de estimular o ofendido e outras pessoas que dela tomarem conhecimento, a explorar esse possível rendoso negócio.

O valor da indenização deverá ser o mais justo possível para ambas as partes, não devendo haver o locupletamento indevido nem do ofensor com sua conduta ilícita, nem do ofendido com o recebimento de uma indenização milionária.

A indenização do dano moral tem por finalidade proporcionar à vítima uma certa sensação de prazer e de alívio e não de enriquecê-la sem justa causa.

Portanto, o juiz, no caso concreto, deverá utilizar-se do bom senso e de sua experiência, agindo com ponderação e sentimento de justiça, determinando um valor justo e capaz de reparar o dano.

Vale salientar que, a indenização tem caráter educativo para o ofensor e para a sociedade em geral, tendo caráter também preventivo, no sentido de evitar outros danos, uma vez que, ao ser aplicada a justa indenização, tanto o agressor como a população aprenderão com a sanção e evitarão praticar atos ilícitos, pois já terão em mente que, acaso pratiquem danos à terceiros serão responsabilizados civilmente.

Diante do exposto, conclui-se que, a indenização do dano moral, sendo arbitrada com justiça e consciência por parte do magistrado, terá caráter compensatório, devendo ser afastada a possibilidade de enriquecimento ilícito da vítima.

CONCLUSÃO

A evolução do dano moral revela que durante muitos anos houve muitas resistências, por parte da doutrina e dos Tribunais, em aceitar sua reparabilidade, existindo diversos posicionamentos e interpretações contrárias.

Os indivíduos aceitavam que apenas os danos aos bens materiais poderiam ser objeto de reparação, sendo imoral a indenização aos danos morais, alegando diversos empecilhos, tais como a impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano, o enriquecimento sem causa do ofendido, a imoralidade da compensação da dor em dinheiro, dentre outras.

No entanto, com a evolução da consciência dos direitos personalíssimos do homem, assegurando sua dignidade, e devido à inconsistência dessas objeções, iniciou-se uma mudança de postura da jurisprudência e da doutrina, que começou a admitir a reparação dos danos morais.

Contudo, foi com o advento da atual Constituição Federal que se tornou pacífico o entendimento que os danos morais devem ser reparados, afastando qualquer dúvida sobre a matéria, bem como também com a vigência do atual Código Civil, consagrando a tese da indenização do dano moral em seu artigo 186.

A moral é algo intrínseco ao ser humano, fazendo parte de seu patrimônio ideal e de sua personalidade. Assim, qualquer dano que cause lesão ao psíquico do indivíduo será definido como dano moral.

Como o dano moral trata-se de algo subjetivo, existe uma grande dificuldade encontrada pelo juiz para fixar o montante indenizatório, visto não existir uma tabela que mensure a dor sofrida pela vítima, por isso o magistrado deverá se basear em alguns critérios, tais como o grau de culpa do agente, a extensão do prejuízo causado e a capacidade econômica das partes, buscando sempre o arbitramento de um valor moderado e capaz de realizar justiça.

O juiz, no caso concreto, para arbitrar o quantum indenizatório do dano moral deverá evitar uma indenização simbólica, assim como também, um valor que cause enriquecimento ilícito da vítima. Não deverá o magistrado submeter-se ao tarifamento, por ser algo abstrato e não avaliar o caso concreto. Deverá levar em consideração a gravidade, a extensão do dano, a repercussão pública causada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas.

Outro ponto que merece ressalva diz respeito ao caráter educativo da indenização para o ofensor e para a sociedade em geral, tendo caráter, também, preventivo, no sentido de evitar outros danos, já que, ao ser aplicada a justa indenização, tanto o agressor como a população aprenderão com a sanção e evitarão praticar atos ilícitos, pois já terão em mente que, acaso pratiquem danos à terceiros serão responsabilizados civilmente.

Em conclusão, acerca do caráter da indenização do dano moral, entende-se que a mesma terá caráter compensatório, buscando de alguma forma amenizar a dor, a angústia e o constrangimento sofrido pelo ofendido, devendo, porém, o juiz agir com cautela e moderação, evitando proporcionar à vítima um enriquecimento ilícito com a fixação de uma indenização exorbitante.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Aparecida - **Responsabilidade Civil por Dano à Honra**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. Volume único.

ANGHER, Anne Joyce (organizadora) **Vade Mecum Acadêmico de Direito - Código Civil**. São Paulo: Rideel, 2009.

ANGHER, Anne Joyce (organizadora) **Vade Mecum Acadêmico de Direito - Código Penal**. São Paulo: Rideel, 2009.

ANGHER, Anne Joyce (organizadora) **Vade Mecum Acadêmico de Direito - Constituição Federal**. São Paulo: Rideel, 2009.

BASTOS, Núbia Maria Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. 2. ed. Fortaleza: Nacional, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 3. ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 564.981, Quarta Turma. Civil. Processual Civil. Recurso Especial. Ação de indenização. Danos morais e Materiais. Pessoa Jurídica. Prova do Dano. Devolução indevida de cheque. Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Responsabilidade da instituição financeira. Valor reparatório. Redução. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 15 dez. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 537713**, Quarta Turma. Direito Civil. Pessoa Jurídica. Talonários de cheques. Extravio. Emissão Indevida. Danos Morais. Reparação. Súmula 2277 STJ. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 15 dez. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 592220**. Quarta Turma. Civil e Processual. Ação de indenização. Embargos de Declaração. Contradição não configurada. Julgado estadual. Fundamentação suficiente. Extravio de talonários de cheques entregues via correio. Dano moral. Fixação. Critério. Redução, considerando o apontamentos por outros credores. Juros de mora. Responsabilidade extracontratual. Súmula n. 54-STJ. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 15 dez. 2008.

_____. **Lei nº 5.250**, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <<http://www.igutenberg.org/leiatual.html>> Acesso em: 15 dez. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 264515**, Quarta Turma. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Lei de imprensa. Notícia jornalística. Médico ofendido. Abuso do direito de narrar. Prazo decadencial. Inaplicabilidade. Não-recepção pela constituição de 1988. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Dano moral.

Quantum indenizatório. Controle pelo Superior Tribunal de Justiça. Valor razoável. Precedentes. Recurso desacolhido. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 15 dez. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n° 8768**, Quarta Turma. Dano moral puro. Caracterização. Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> acesso em: 15 dez. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n° 996.833**, Terceira Turma. Consumidor. Responsabilidade Civil. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> acesso em: 02 ago. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n° 247.203**, Quarta Turma. Segurado em operação de carga e descarga. Cláusula de exclusão da cobertura. Atividade inerente à natureza do contrato. Caminhão de transporte. Restrição abusiva. CDC, art. 51, IV, e § 1o, II. Incidência. CC, art. 1.435. Violação não configurada. Interpretação de cláusula da avença e reexame fático. Recurso especial. Súmulas ns. 5 e 7-stj. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> acesso em: 02 ago. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo n° 1083789**, Quarta Turma. Agravo regimental. Responsabilidade civil por acidente automobilístico. Contrato de transporte de passageiros. Fato de terceiro conexo aos ricos do transporte. Responsabilidade objetiva não afastada. Súmula 187/STF. Interesse processual. Súmula 07. Agravo improvido. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> acesso em: 02 ago. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n° 883.630**, Terceira Turma. Direito empresarial. Dano moral. Divulgação ao mercado, por pessoa jurídica, de informações desabonadoras a respeito de sua concorrente. Comprovados danos de imagem causados à empresa lesada. Dano moral configurado. Fixação em patamar adequado pelo Tribunal a quo. Manutenção. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> acesso em: 02 ago. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n° 965.500**, Primeira Turma. Administrativo. Recurso especial. Ação de indenização movida em razão de acidente automobilístico causado por "buraco" em rodovia em mau estado de conservação. Responsabilidade do estado apurada e reconhecida, pela sentença e pelo acórdão, a partir de farto e robusto material probatório. Condenação do estado ao pagamento de pensionamento vitalício e danos morais. Alegada exorbitância do valor indenizatório (de R\$ 30.000,00) e de honorários (R\$ 5.000,00). Descabimento. Aplicação do óbice inscrito na súmula 7/STJ. Manifesta legitimidade passiva do estado, ora recorrente. Recurso especial não-conhecido. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> acesso em: 02 ago. 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. V. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 7.

DONNINI, Oduvaldo. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo código civil**. São Paulo: Método, 2002.

GONÇALVES JÚNIOR, Mário. Falta Grave em Juízo. **Consulex**, Brasília, n. 189 ,p. 24/26, nov., 2004.

KARAM, Munir. Da liquidação em ação de dano moral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repertório de Jurisprudência e Doutrina - Atualidades sobre liquidação de sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. V. 1
RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil - Responsabilidade Civil. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 4.

THEODORO JÚNIOR, Humberto - **Responsabilidade Civil- Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed.. 2. impressão. Rio de Janeiro: Aide, 1993. V. 2.

VALLE, Christino Almeida. **Dano Moral - Doutrina, modelos e Jurisprudência**. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1996. Volume único.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. V. 4.

APÊNDICE
(Projeto de pesquisa)

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA – ESMEC
Especialização de Direito Constitucional

PROJETO DE MONOGRAFIA

DANO MORAL: INDENIZAÇÃO COM CARÁTER
COMPENSATÓRIO OU DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO?

Mirele da Costa Serpa

Orientadores: Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques (conteúdo)

Fortaleza-Ceará
2009

1. DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

A moral é um patrimônio ideal, inerente ao ser humano, intrínseco a sua personalidade. É um bem inestimável, que não possui valor econômico. Ela está diretamente ligada ao Direito, pois este protege, através de suas normas, as diversas relações existentes entre os seres humanos. O Direito prevê quase todos os tipos de situações, protegendo os interesses de diferentes pessoas, criando sanções para aqueles que transgredirem essas leis. Assim, o Direito protege também, um dos bens mais importantes do homem, um bem não patrimonial que é a moral.

Através das sanções, o Direito impõe ao transgressor da lei que cumpra a sua obrigação, seja pessoalmente, no caso das sanções penais, seja com seu patrimônio, nas sanções civis, bem como responsabiliza penalmente ou civilmente o ofensor, tanto nas relações contratuais como nas relações extracontratuais. As obrigações oriundas de um contrato devem ser respeitadas devido ao pactuado entre as partes e as que nascem de uma relação extracontratual nascem de princípios morais que o homem deve seguir.

O que pode afetar a moral de uma pessoa pode não significar nada para outra, pois tudo irá depender do tipo de educação, dos princípios e valores que cada cidadão possui. Assim, havendo um dano à moral, este deverá ser compensado, através de uma indenização pecuniária, tornando-se de difícil medida, pois como se trata de algo subjetivo, não existe um quantum fixado legalmente, uma escala de medida para a fixação da pena. Difícil também é saber até que ponto essa indenização terá caráter compensatório ou ocasionará um enriquecimento ilícito por parte do ofendido.

Atualmente existe uma grande demanda de pessoas que acionam o Poder Judiciário em busca de uma compensação ao dano moral que sofreram.

Portanto, procurar - se - á durante a pesquisa verificar os seguintes questionamentos:

1. O que se entende por Dano Moral?
2. Quando a indenização pelo Dano Moral terá característica de enriquecimento ilícito e não reparadora?
3. Quais os parâmetros podem ser utilizados para a fixação do quantum na indenização pelo dano moral?

2. JUSTIFICATIVA

O homem, em regra, é responsável pelos seus atos, respondendo diretamente pelos prejuízos que causar a terceiros. Entretanto, em alguns casos previstos em lei, ele também responderá pelos atos de terceiros, daqueles que estejam sob a sua dependência e responsabilidade.

A responsabilidade civil poderá ser patrimonial, quando atingir os bens materiais de uma pessoa, ou extrapatrimonial, quando o bem atingido for a sua moral, a sua dignidade, ou a sua honra.

O dano moral é um dano à personalidade do indivíduo, na qual estão envolvidos diferentes tipos de sentimentos, que transformam a alegria em dor, a paz em transtorno, levando o ser a sentir uma profunda angústia.

Casos existem, em que a pessoa realmente se sente prejudicada, constrangida, com a moral danificada, com sua honra ferida. Porém, existem também, certas situações que são intencionalmente provocadas para que gerem uma indenização por dano moral.

O dano moral quando ocorrido de fato, deve sim ser ressarcido. Portanto, deve-se haver uma atenção minuciosa por parte do julgador para saber se a situação foi criada ou forjada, para assim se evitar uma fraude. Aqui se defende a busca da verdade, em cada caso concreto, para análise do fato verídico, observando se este ocorreu ao acaso ou foi intencional.

O tema tem grande relevância para toda a sociedade, visto que uma das principais funções do Direito é a paz social. E só se pode falar em paz social, se cada indivíduo estiver bem consigo mesmo. Desta forma, o Direito prevê a compensação ao dano moral, que vem compor as lides, as relações conflituosas para deixar o homem feliz e satisfeito.

3. REFERENCIAL TEÓRICO

As opiniões dos autores citados abaixo tiveram grande importância e serviram de base para a formulação das hipóteses bem como para a busca da solução dos problemas aqui levantados.

Segundo Maria Helena Diniz (2003, p. 84): "O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo." Mais adiante, explica a finalidade do Dano Moral (2003, p. 128): " A reparação do dano moral tem, sob uma perspectiva funcional, um caráter satisfatório para a vítima e lesados, e punitivo para o ofensor."

Para Judith Martins-Costa (2002, p.408), "A idéia do dano está no centro do instituto da responsabilidade civil, ligando-se muito proximamente ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida."

Argumenta Sílvio Rodrigues (2002, 191), que é difícil analisar se os danos puramente morais, que não se revestem de caráter patrimonial, são ou não indenizáveis. Para este autor, é impossível uma rigorosa avaliação em dinheiro para o ressarcimento do dano.

4. OBJETIVOS

4.1. GERAL

Analisar a importância da indenização do dano moral com caráter compensatório, e observar as situações que possam gerar um enriquecimento ilícito por parte do ofendido, buscando vencer os desafios encontrados na fixação do quantum indenizatório.

4.2. ESPECÍFICOS

1. Traçar a evolução e conceito da responsabilidade civil;
2. Analisar a importância da compensação do dano moral;
3. Examinar a problemática do enriquecimento ilícito por parte do ofendido;
4. Discutir os desafios encontrados pelo juiz na fixação do quantum indenizatório.

5. HIPÓTESES

1. A moral é algo intrínseco ao ser humano, é o conjunto de valores e princípios que uma pessoa possui e está intimamente ligada ao Direito, visto que ambos disciplinam as relações entre os indivíduos cujas condutas devem se pautar na ética. A moral é um bem extrapatrimonial protegido pelo Direito. Assim, entende-se por dano moral tudo aquilo que possa ocasionar um transtorno ao ser humano, devendo este ser compensado através de uma indenização pecuniária.

2. Atualmente, o número de casos de danos morais cresce em índices elevados. Constata-se uma ausência de ética, de moral e de princípios básicos que devem nortear as diversas relações, em diferentes setores da sociedade. A função da indenização por dano moral é compensar o dano causado ao ofendido, visando compensar a dor sofrida pela vítima.

3. Grande é a discussão em torno do caráter do dano moral, visto que em alguns casos o ofendido poderá acionar o Judiciário, litigando de má fé, em busca de uma indenização exorbitante, que ocasionará um enriquecimento ilícito por parte do mesmo. Portanto, caberá ao juiz, no caso concreto, analisar a situação para que a indenização tenha caráter compensatório, não levando ao empobrecimento nem enriquecimento de nenhuma das partes.

6. POSSÍVEL SUMARIO

INTRODUÇÃO

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1. A evolução da responsabilidade civil

1.2. Conceito de responsabilidade civil

1.3 Pressupostos

1.4 Culpa

1.5. Dolo

1.6. Excludentes da Responsabilidade Civil

2. DANO MORAL

2.1 A evolução do dano moral

2.2 Definição de dano moral

2.3 A importância da compensação do dano moral

3. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

3.1 Definição do enriquecimento ilícito

3.2 Diferenças entre reparação e enriquecimento ilícito

3.3 A problemática do enriquecimento ilícito

4. O DESAFIO NA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATORIO

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

APÊNDICE

ANEXOS

7. ASPECTOS METODOLÓGICOS

7.1. Tipos de Pesquisa

- As hipóteses do trabalho monográfico serão investigadas através de pesquisa do tipo: Bibliográfica, procurando explicar o problema através da análise doutrinária já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, que envolva o tema em análise.
- Documental, através de projetos, leis, normas, resoluções, pesquisas on-line, dentre outros que tratam sobre o tema, sempre procurando fazer uso de material que ainda não sofreu tratamento analítico.

7.2. Tipologia da pesquisa

- Segundo à utilização dos resultados: pura, tendo por finalidade aumentar o conhecimento do pesquisador para uma nova tomada de posição.
- Segundo à abordagem: qualitativa - apuração de opiniões, observação de comportamento, descrição de situações, tendo-se uma preocupação maior com o aprofundamento e abrangências da compreensão das ações e relações humanas.

7.3. Pesquisa quanto aos objetivos

Quanto aos objetivos, a pesquisa será:

- Descritiva, buscando descrever fenômenos, descobrir a frequência que um fato acontece, sua natureza e suas características. Classifica, explica e interpreta os fatos.
- Exploratória, procurando definir e buscar maiores informações sobre o tema, classificando, explicando e interpretando os fatos sem interferências.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.