

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL FACE
AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO**

Rita de Cássia Franco Bôa Sorte

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL FACE
AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO**

Rita de Cássia Franco Bôa Sorte

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Profa. Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes.

Presidente Prudente
2007

DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL FACE AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Monografia aprovada como requisito
parcial para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes

Orientadora

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, de de 2.007.

“Lembre-se dos três ‘erres’: Respeito por si próprio, Respeito ao próximo e Responsabilidade pelas ações.”

Dalai Lama

AGRADECIMENTOS

Manifesto minha gratidão a Jesus, que me concedeu força e sabedoria para concretizar este trabalho e vencer mais uma etapa de minha vida.

Sou grata à meus amados pais Antonio e Maria, pelo incondicional esforço e dedicação despendidos para a minha formação e, especialmente, para que eu venha a ser uma profissional idônea.

Aos meus irmãos Mário e André, meu namorado, minha querida madrinha Silvana, pessoas que auxiliam na concretização de meus sonhos.

Agradeço aos professores que, grandemente, contribuíram para a minha formação acadêmica, especialmente à minha orientadora Gilmara, pelos ensinamentos e imprescindível colaboração.

Não poderia deixar de agradecer aos amigos de sala e aos meus companheiros de estágio, pelas trocas de experiências e, um “obrigado” muito especial à minha grande amiga Andréa, que no transcorrer do curso sempre me auxiliou com seu conhecimento e amizade.

Enfim, agradeço as pessoas queridas, meus pais, namorado, irmãos, familiares, professores e amigos, que com sua dedicação, amor e compreensão não deixaram esmorecer a vontade de alcançar os objetivos traçados. Serei eternamente agradecida a todos vocês!

Rita de Cássia

RESUMO

Na atualidade, a responsabilidade civil é um dos temas de maior interesse no campo do direito civil, especialmente no que concerne à responsabilidade civil decorrente do dano moral. Em nosso arcabouço jurídico a ressarcibilidade do dano moral foi amplamente debatida durante longo período. Até ser superada a questão, o tema dividiu opiniões doutrinárias. Hodiernamente, em razão de seu reconhecimento pela Constituição Federal de 1.988, e pelo atual Código Civil a ressarcibilidade do dano não patrimonial é plena. Contudo, o instituto foi banalizado. É possível observar um volumoso número de ações propostas visando ressarcimentos vultosos e injustificados perante o fugaz acontecimento que causou desgosto à pretensa vítima do dano. Criou-se em nosso sistema judiciário verdadeira “indústria do dano moral”, que está a gerar enriquecimento indevido das “vítimas”. Por essa razão o estudo focaliza o instituto civil “dano moral”, sob o prisma de sua quantificação face ao enriquecimento sem causa. O tema parte da abordagem geral da responsabilidade civil, afinando-se até chegar à responsabilidade civil derivada do dano ao sentimento anímico da pessoa. A pesquisa contém uma análise histórica do instituto em algumas legislações antigas. A pesquisadora avalia o tema na legislação pátria, estudando, inicialmente, os dispositivos legais da Constituição Federal de 1.988 e do Código Civil de 2.002, e, em seguida, as leis especiais que dispunham sobre o assunto. No trabalho há, ainda, disposição sobre os parâmetros utilizados pelo magistrado para decidir o valor da indenização, uma vez que a legislação brasileira é silente quanto a isso. A todo o momento fica demonstrada a necessidade da criação de critérios objetivos destinados a quantificar o dano moral, com o intuito de coibir o enriquecimento sem causa, bem como, tornar as decisões unânimes e coerentes. Ficou demonstrado, ainda, que a forma tarifada de indenização, apesar de objetiva, fere frontalmente o preceito constitucional de compensação integral do dano. O estudo monográfico é embasado em método de pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Ato ilícito. Dano moral. Quantificação. Enriquecimento ilícito.

ABSTRACT

At the present time, the civil responsibility is one of the themes of larger interest in the field of the civil law, especially in what it concerns to the civil responsibility due to the moral damage. In our juridical system the compensation of the moral damage was thoroughly discussed during period. Until the subject, the theme to be overcome divided opinions doctrinaires. Now, in reason of your recognition for the Federal Constitution of 1.988, and for the current Civil Code the compensation of the damage non patrimonial is full. However, the institute was vulgarized. It is possible to observe a voluminous number of proposed actions seeking voluminous and unjustified compensations before the fleeting event that caused displeasure to the assumed victim of the damage. He/she grew up in our system true " judiciary industry of the moral " damage, that is to generate the " victims' " improper enrichment. For that reason the study focalizes the institute civil " moral " damage, under the prism of your quantification face to the causeless enrichment. The theme part of the general approach of the civil responsibility, funnelling until arriving to the derived civil responsibility of the damage to the person's psychic feeling. The research contains a historical analysis of the institute in some old legislations. The researcher evaluates the theme in the legislation homeland, studying, initially, the legal devices of the Federal Constitution of 1.988 and of the Civil Code of 2.002, and, soon after, the special laws that disposed on the subject. In the work there is, still, disposition on the parameters used by the magistrate to decide the value of the compensation, once the Brazilian legislation is omitted with relationship to that. The all the moment the need of the creation of objective criteria is demonstrated destined to quantify the moral damage, with the intention of the causeless enrichment, as well as, to turn the unanimous and coherent decisions. It was demonstrated, still, that the tariffed form of compensation, in spite of lens, it hurts the constitutional precept of integral compensation of the damage directly. The monographic work is based in method of bibliographical research, doctrinaires and jurisprudences.

Keywords: Civil Responsibility. Illicit act. Moral damage. Quantification. Illicit enrichment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. CLASSIFICAÇÃO E ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
1.1 Espécies de Responsabilidade Civil	14
1.2 Elementos Constitutivos da Responsabilidade Civil	16
1.2.1 Ação ou omissão	16
1.2.2 Nexo causal	17
1.2.3 Culpa	17
1.2.4 Dano	19
2. DANO MATERIAL E DANO EXTRAPATRIMONIAL	20
2.1 Dano material	20
2.2 Dano extrapatrimonial	21
3. LINEAMENTOS HISTÓRICOS DO DANO MORAL	23
3.1 Códigos de Ur-Nammu, Manu e Hamurabi	23
3.2 Alcorão e Grécia Antiga	24
3.3 Direito Romano	25
3.4 Direito Canônico	26
4. CONCEITO, ESPÉCIES, REQUISITOS DO DANO MORAL E DE SEU RESSARCIMENTO	28
4.1 Conceito de Dano Moral	28
4.2 Espécies de Dano Moral	29
4.2.1 O Dano Moral nas Relações de Consumo	29
4.2.2 O Dano Moral nas Relações Parentais e de Afeto	30
4.2.3 O Dano Moral nas Relações de Trabalho	32
4.2.4 O Dano Moral nas Relações de Crédito	33
4.2.5 O Dano Moral por Ofensa à Honra, à Imagem e à Intimidade	34
4.2.6 O Dano Moral decorrente do Erro Médico (Dano Estético)	37
4.2.7 O Dano Moral decorrente da Morte	38
4.3 A Entidade Psíquica da Vítima	40
4.4 Caracterização do Dano Moral e Fundamentos para a Reparação	40
4.5 Sujeitos da Obrigação	44
4.6 O Dano Moral Puro e a inexistência de prejuízo econômico	48
5. O DANO MORAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	50
5.1 Dispositivos Legais: Constituição Federal e Código Civil	50
5.2 Leis Especiais	51
5.2.1 Código do Consumidor	51

5.2.2 Código Eleitoral	52
5.2.3 Lei de Imprensa	53
5.2.4 Lei dos Direitos Autorais	54
5.2.5 Código Brasileiro de Telecomunicações	54
5.3 Posicionamento Jurisprudencial	55
6. A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL	58
6.1 Critérios Utilizados para fixação do Quantum e fatores influentes	58
6.2 A problemática da ausência de critérios objetivos no momento de aferir o montante indenizatório	63
7. ENRIQUECIMENTO INDEVIDO	66
7.1 Conceito	66
7.2 Lineamentos históricos	67
7.2.1 Legislação pátria	67
7.2.2 Legislação estrangeira	70
7.3 Dispositivo legal	72
7.4 Fundamento do enriquecimento ilícito	73
7.5 Requisitos do enriquecimento ilícito	74
8. CONCLUSÃO	76
BIBLIOGRAFIA	78

INTRODUÇÃO

Na atualidade, a responsabilidade civil é um dos temas de maior interesse no campo do direito civil, especialmente no que concerne à responsabilidade civil decorrente do dano moral.

A quantificação do dano moral é um tema silente na legislação pátria. Os contornos e limites da reparação do dano moral estão na Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V (que assegura o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, *moral* ou à imagem”) e X (que declara invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”) e, especialmente, em seu artigo 1º, inciso III, que cuidou da “dignidade da pessoa humana” como fundamento do Estado Democrático de Direito.

De outra parte, a conduta que importe em dano moral e, sua conseqüente indenização tem respaldo nos artigos 186 c.c. 927 do Código Civil e, a sua extensão é, subjetivamente, traçada pelo artigo 944 também da legislação civil. A Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), em seu artigo 51, tarifou o *quantum* indenizatório na tentativa de criar um critério objetivo na fixação da indenização. Porém, a súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça já afirmou que essa tarifação não se aplica aos casos de indenização por dano moral. Assim, verifica-se que em nosso sistema jurídico não existem parâmetros objetivos para a fixação da indenização que decorre do dano moral.

Nesse sentido, o pedido de indenização que decorre do dano moral está, hodiernamente, banalizado, favorecendo o enriquecimento sem causa, haja vista que os valores pleiteados nas ações são absurdamente altos e, na maioria esmagadora dos casos o fato gerador do “dano” é corrente, não justificando a quantia guerreada. Isso decorre da inexistência de parâmetros objetivos que auxiliem tanto o advogado no requerimento da quantia pleiteada pelo seu cliente, quanto o magistrado no momento da sua decisão.

De outra parte, também como resultado da inexistência de parâmetros objetivos para auferir o montante da compensação moral, cumpre analisar, que o

magistrado é quem fixa, na sentença condenatória, o *quantum debeatur*. Assim, cabe a ele (juiz e presidente da causa) limitar o valor, seja a título de fixá-la ante a ausência de valor exato pleiteado pelas partes, seja no momento de sentenciar reduzindo o valor requerido, quando considerá-lo, dentro dos critérios da proporcionalidade, razoabilidade, e equidade, demasiadamente alto, com a finalidade de inibir a “indústria do dano moral”.

O trabalho monográfico abordará a responsabilidade civil, contextualizando, nesse aspecto, a responsabilidade advinda do dano à esfera não patrimonial da vítima. Analisando a evolução histórica do dano moral e as formas de compensação existentes em algumas legislações antigas.

Exporá o conceito, espécies, requisitos do dano moral e de seu ressarcimento, bem como, apresentará o tema na legislação brasileira, desde a previsão constitucional, civil e legislações especiais que já cuidavam do tema antes mesmo da vigência da Constituição Federal de 1.988, até o atual posicionamento jurisprudencial. Enfocando, nesse prisma, os critérios subjetivos, atualmente utilizados para estabelecer a indenização pelo dano moral.

Passar-se-á, por conseguinte, à análise do instituto do enriquecimento sem causa, seus lineamentos históricos na legislação estrangeira e na legislação brasileira, até a sua previsão expressa no Código Civil de 2.002.

A todo o momento será demonstrada a extrema necessidade da busca de critérios e/ou parâmetros que possam, moderada e prudentemente, estabelecer a indenização por dano moral, de maneira a impedir a ocorrência de enriquecimento desmotivado.

O método de pesquisa mais utilizado para compreender-se o tema como um todo, foi o dedutivo. Da análise do contexto jurídico, tendo em vista que a quase totalidade das ações propostas possui pleito indenizatório por dano moral, é preciso identificar, caso a caso, as situações que devem ser reparadas, com o fito de se evitar o injusto locupletamento.

Foi utilizado também como método racional o indutivo, pois do caso concreto é que se deve partir a análise.

A autora utilizou o método histórico como específico das ciências sociais, pois a pesquisa aborda a evolução do instituto do enriquecimento sem causa e do dano moral, bem como de seus critérios quantificadores na legislação pátria.

Foi utilizada a pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial como fonte de subsídios relevantes para o desenvolvimento da pesquisa monográfica.

1. CLASSIFICAÇÃO E ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Espécies de Responsabilidade Civil

A palavra responsabilidade origina-se de *re-spondere*, do latim, que significa segurança, garantia de restituição, de compensação, de ressarcimento. Nesse sentido, responsabilidade civil é o instituto do direito civil através do qual se busca a reparação ou compensação dos danos causados a outrem, seja por ação ou omissão, e ainda que exclusivamente morais.

A responsabilidade civil pode ser observada sob dois aspectos no cenário jurídico, quais sejam a contratual e a extracontratual.

A responsabilidade contratual é aquela derivada do descumprimento de obrigação contratual. Sendo assim, a vítima do evento danoso só necessita comprovar que há inadimplência da obrigação e, o devedor não será condenado a reparar o dano se provar a existência de alguma das excludentes.

A responsabilidade extracontratual, também chamada de responsabilidade “aquiliana”, é aquela cujo dano é causado por um ato ilícito, nos termos do artigo 186 do CC.

Sendo a responsabilidade civil aquiliana, conforme o seu fundamento terá ou não a culpa dentre os elementos constitutivos da obrigação de reparar o dano. Nesse ínterim, a responsabilidade civil será subjetiva ou objetiva.

A responsabilidade subjetiva é a regra do Código Civil Brasileiro, conforme exegese do artigo 186.

Caracteriza-se subjetiva a responsabilidade quando se basear na idéia de culpa, ou seja, a culpa do agente causador do dano deve ser provada, pois é um pressuposto necessário do dano indenizável.

Contudo, apesar do Código Civil consagrar como regra a responsabilidade civil subjetiva, adotou, em determinados casos, a responsabilidade

objetiva. E o fez em vários e esparsos artigos (artigos 927, 929, 930, 933, 936, 937, 938 e 940) ¹. Há também algumas leis especiais que prestigiam a tese da responsabilidade objetiva, tais como Lei de Acidentes do Trabalho, Decreto legislativo nº 2.681/12 (regula a responsabilidade civil das estradas de ferro), Código Brasileiro de Aeronáutica, Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 6.938/81 (cuida dos danos ambientais), dentre outras.

A responsabilidade objetiva prescinde do elemento “culpa”, isto é, basta à vítima comprovar o liame causal entre o evento danoso e o efetivo dano. Em alguns casos, essa responsabilidade é presumida por lei. Em casos tais, inverte-se o ônus probatório e, o agente causador do dano pode demonstrar que agiu acobertado por alguma das excludentes de culpabilidade. Caso não prove, será considerado culpado, posto que há presunção de sua culpa.

Desta maneira, verifica-se que a responsabilidade objetiva fica adstrita aos seus justos limites. Assim, explica Caio Mário da Silva Pereira:

...a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na idéia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. (1990, p. 507)

¹ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

“Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II, do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”

“Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.”

“Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I à V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

“Art. 936. O dono, ou o detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.”

“Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.”

“Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em local indevido.”

“Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.”

Consoante de denota do trecho ora analisado, a regra na responsabilização civil é a comprovação da existência de culpa por parte do agente causador do dano, é o que ocorre com a dita responsabilidade subjetiva. Contudo, nem sempre a reparação do dano guardará dependência com a culpa. Há os casos expressos na lei civil adjetiva em que a demonstração da culpa está dissociada da reparação do dano, caracterizando, assim, a chamada responsabilidade objetiva.

1.2 Elementos Constitutivos da Responsabilidade Civil

1.2.1 Ação ou omissão

Nos moldes do artigo 186, do Código Civil, considera-se ilícito o ato praticado por alguém mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Nesse sentido, verifica-se que o dever de indenizar surge de uma ação, seja ela omissiva ou comissiva, que gere um ato ilícito. Consoante a inteligência da doutrina:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou a coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (DINIZ, 2003, p. 39).

Portanto, a obrigação de indenizar decorre de atos realizados pelo próprio agente, por terceiro, quando este estiver agindo em seu nome, ou até mesmo se origina pelo simples fato da coisa ou do animal de propriedade do agente.

1.2.2 Nexo causal

O nexo causal, ou a relação de causalidade, é “a relação de causa e efeito entre a ação e omissão do agente e o dano verificado” (GONÇALVES, 2003, p. 33).

Inexiste o dever de indenizar sem que haja um liame causal entre o evento danoso e a ação (comissiva ou omissiva), que lhe deu causa.

O nosso diploma civil adotou a teoria da *causalidade adequada* para explicitar o nexo causal, é o que se depreende da redação do artigo 403, *ipsis literis*:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por **efeito dela direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual. (destacou-se)

Desta maneira, ainda que várias causas tenham concorrido para o evento danoso, o magistrado deverá verificar qual foi a causa direta que determinou a produção do dano.

1.2.3 Culpa

Inicialmente, é necessário esclarecer que a “culpa” tratada no campo da responsabilidade civil, é a culpa em sentido amplo, abrangendo tanto o dolo (a infração ao dever origina de vontade livre e consciente de causar o dano), quanto a culpa (a infração ao dever ocorre sem a consciência de causar o dano).

O Código Civil estabeleceu que a obrigação de indenizar prescinde da culpa do agente, bastando, portanto, para se estabelecer a relação obrigacional, a

existência de culpa e, em alguns particulares casos, até mesmo independe de demonstração de culpa, como ocorre na responsabilidade objetiva.

A doutrina divide a culpa em três graus, conforme o dano que a conduta do agente venha a causar, quais sejam: a) a culpa grave, é aquela que está muito próxima ao dolo; b) a culpa leve, é aquela em que o dano seria evitável, desde que o agente tivesse sido mais diligente, quando da prática do ato que resultou no dano, e; c) a culpa levíssima, é aquela em que o dano apenas seria evitado caso o agente usasse dos cuidados acima dos normais, ou seja, aqueles cuidados que se esperam do homem mediano.

Tanto é assim, que o próprio Código Civil em seu artigo 940, parágrafo único, permite ao magistrado reduzir o quantum indenizatório, depois de analisar entre a gravidade da culpa e a extensão do dano.²

De outro modo, há que se distinguir outras três espécies de culpa: a culpa *in eligendo*, a culpa *in vigilando* e a culpa *in custodiando*. A primeira se caracteriza pela má seleção do agente, que é a pessoa que executará um serviço, trabalho ou função, sob as ordens de uma outra pessoa, que deverá fiscalizá-la, para que proceda com a devida segurança, de modo a não causar dano a terceiros. A segunda espécie é o caso dos pais, tutores e curadores, que respondem, respectivamente, pelos atos danosos dos filhos, tutelados e curatelados, que decorrem da falta de cuidado que se esperaria tivessem os responsáveis. A última espécie de culpa se caracteriza pela falta de diligências necessárias à guarda de animais.

² “Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.”

1.2.4 Dano

Não é possível existir indenização, caso não seja provada a ocorrência de um dano. Nesse sentido, afirma Sérgio Cavalieri Filho: *“não haveria que se falar em indenização, ressarcimento, se não houvesse dano. (...) pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”*. (2003, p. 88)

Desta feita, nota-se que o dano é imprescindível para a existência da obrigação de indenizar, de modo que, ausente o dano, ausente também será o ressarcimento, posto que, sequer há o que ser ressarcido.

A doutrina conceitua o dano da seguinte maneira:

Dano é a agressão ou a violação de qualquer direito, material ou imaterial, que, provocado com dolo ou culpa pelo agente, cause a uma pessoa, independentemente de sua vontade, uma diminuição de valor de um bem juridicamente protegido, seja de valor pecuniário, seja de valor afetivo ou moral. (MELO, 2004, p. 27)

Portanto, dano é a violação a qualquer direito, provocada pelo dolo ou culpa do agente, diminuindo o valor de um bem tutelado pelo direito, tenha ele valor pecuniário, ou tenha apenas valor moral, como a segurança, a tranquilidade, a integridade, as afeições, a estética, a intimidade, a honra, dentre outros bens jurídicos. Assim, dano é tudo aquilo que a vítima perdeu e deixou de lucrar, efetivamente.

O dano indenizável, ou seja, passível de ressarcimento, possui dois requisitos: a atualidade e a certeza. O primeiro significa que, no momento da responsabilização o dano já deve existir, não é justificável o ressarcimento de um dano futuro. A certeza está fundada na precisão, não admite o fato hipotético. Esse requisito afasta a possibilidade de ressarcimento a dano eventual, que pode nem vir a se concretizar. Portanto, apenas danos diretos e efetivos encontram subsídio para indenização no Código Civil.

2. DANO MATERIAL E DANO EXTRAPATRIMONIAL

Consoante mencionado alhures, o dano pode recair sobre um bem de valor patrimonial ou pecuniário, como também pode recair sobre um bem de valor extrapatrimonial, ou seja, relacionado aos gravames que não produzem qualquer efeito patrimonial.

2.1 Dano material

Dano material nada mais é que o conceito de dano em sentido estrito, ou seja, é apenas, e tão somente, a lesão ao patrimônio. Por patrimônio entenda-se todo “o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro” (GONÇALVES, 2003, p. 529). Logo, dano material é a diminuição patrimonial experimentada pela vítima.

A finalidade de ressarcir o dano material é a de devolver ao lesado tudo aquilo que foi subtraído de seu patrimônio, visa, portanto, a recomposição patrimonial. Sempre que possível, o ressarcimento deve devolver a vítima ao estado em que se encontrava antes da lesão, antes da prática do ato ilícito. Caso seja impossível devolver ao lesado o *statu quo ante*, o que não é raro, deve ser feita a compensação em forma de pagamento, de uma indenização monetária.

Abrange o dano material o dano emergente e o lucro cessante, consoante redação do artigo 402, do Diploma Civil. O dano emergente e o lucro cessante são conceituados pela doutrina:

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. *Lucro cessante* é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado. (GONÇALVES, 2003, p. 629)

Nesse sentido, o dano patrimonial engloba o prejuízo econômico experimentado pela vítima, bem como aquilo que ela deixou de lucrar, em razão do prejuízo sofrido. Contudo, não se trata de pagar quantitativamente à vítima o que ela alega ter deixado de lucrar. Há que se ter em mente a idéia de razoabilidade, ou seja, só se admitirá o pagamento de lucro cessante, quando se admitir que este razoavelmente existiu, ou seja, de acordo com as circunstâncias, os lucros cessantes devem ser razoáveis ou potenciais.

Em suma, são materiais os danos consistentes em prejuízos de ordem econômica suportados pelo ofendido, em toda a sua extensão, considerando-se, também, os lucros cessantes, desde que potenciais, em conformidade com as circunstâncias do fato.

2.2 Dano extrapatrimonial

O dano extrapatrimonial é aquele que não atinge o patrimônio da vítima. É também chamado de dano moral, uma vez que o agravo não produz efeitos no campo patrimonial do ofendido. Se o dano repercutir no patrimônio do lesado, deixa de ser simplesmente dano moral.

O dano moral subdivide-se em direto e indireto. O primeiro é a lesão a um interesse que visa a fruição de um bem jurídico não patrimonial contido nos direitos da personalidade ou nos atributos da pessoa. O dano moral indireto é a lesão a um bem patrimonial, que provoca na vítima uma depreciação a quaisquer dos interesses extrapatrimoniais. Note-se que nessa hipótese, a lesão extrapatrimonial deriva de uma lesão a um bem material.

As hipóteses configuradoras do dano moral estão elencadas na Constituição Federal. Embora haja entendimento no sentido de que a enumeração trazida pela Carta Magna é meramente exemplificativa, não é aconselhável que se estendam em demasia outras hipóteses lá não previstas, sob pena de se considerar como dano moral irrisórios desprazeres oriundos do convívio em sociedade.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri (2003, p.98), ensina que:

...a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. (destacou-se)

Assim, o dano moral indenizável é aquele que não se caracteriza por pequenos aborrecimentos, desprazeres, incômodos, situações que, embora desagradáveis, fazem parte do convívio comum; é necessário ir além, deve ser de tão intensidade, que seja capaz de interferir no comportamento psicológico da vítima, capaz de romper com seu equilíbrio psicológico.

O artigo 5º, inciso V e X, da Constituição Federal, traça diretrizes acerca do contorno e extensão do dano moral. De forma especialíssima, deve-se considerar a redação do inciso III, no artigo 1º, da Magna Carta, que versa sobre a dignidade da pessoa como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito. De acordo com o exposto alhures, o rol trazido pela Constituição, não deve ser excedido, sob pena de se banalizar o instituto do dano moral.

3. LINEAMENTOS HISTÓRICOS DO DANO MORAL

3.1 Códigos de Ur-Nammu, Manu e Hamurabi

Ao longo da civilização humana, a mais antiga codificação de que se tem notícia é o Código de Ur-Nammu, colocado em vigor por Ur-Nammu, o fundador da terceira dinastia Ur, dos povos sumerianos. Nesse código já existiam dispositivos que continham em seu bojo o princípio da reparabilidade, hodiernamente denominado de dano moral.

Ao contrário do direito de vindita, pregado pelos povos primitivos, como a melhor forma de reparação do dano, este código, avançando-se à Lei das XII Tábuas, de maneira surpreendente, admitia a reparação do dano por pena pecuniária. Eis os trechos do Código de Ur-Nammu, que previam a reparação compensatória através de pagamento de multa pecuniária: “se um homem, a outro homem, com um instrumento, o pé se cortou: 10 siclos de prata deverá pagar”; “se um homem, a outro homem, com uma arma, os ossos tiver quebrado: uma mina de prata deverá pagar”; “se um homem, a outro homem, com um instrumento de *geshpu*, houver decepado o nariz: 2/3 de mina de prata deverá pagar”.

O Código de Manu, também conhecido por Código de Manarva-Dharma-Sastra, é a mais antiga codificação da Índia. Manu foi quem sistematizou as leis sociais e religiosas do Hinduísmo, que até hoje interferem na vida social e religiosa da Índia. Este código também previa, como forma de reparação do dano, o pagamento em multa pecuniária. Havia previsão mais severa no que tange ao descumprimento contratual. O contrato, segundo este código, tinha algo de sagrado e, por esta razão, os contratantes não podiam, impunemente, se furtar de desempenhar a palavra pactuada. Por isso, além do pagamento de indenização pecuniária, em virtude dos prejuízos sofridos pelo descumprimento contratual, a parte inadimplente também se sujeitava à pena de desterro, ou seja, pena de expatriação, deportação, degredo, exílio.

Além disso, o Código de Manu previa formas de reparação por danos essencialmente morais. Cite-se como exemplo, entre outras previsões sobre o tema, o § 239 “o rei imporia, na revisão do processo, uma pena de mil panas aos ministros ou juízes responsáveis pela condenação injusta do inocente”.

O Código de Hamurabi, colocado em vigor por Hamurabi, rei da Babilônia, traz em seus dispositivos preceitos circunscritos a casos especiais. Um princípio, de ordem geral, chama atenção neste código “o forte não prejudicará o fraco”. A preocupação do legislador deste código é garantir à vítima uma reparação equivalente.

A reparação do dano moral neste código prevista para os enfeitadores, caso o enfeitado fosse inocente, segundo o juízo das ordálias, era a morte. Mas a reparação do dano moral não se restringia aos bruxedos, consagrava também a Lei de Talião, ou o direito de vindita, desde que ofensor e ofendido pertencessem à mesma classe social. As ofensas pessoais também eram punidas, desde que, da mesma maneira, agredido e agressor pertencessem à mesma classe social, deveriam ser reparadas de forma idêntica. Mas havia também o pagamento de pecúnia, como forma de compensar a vítima, proporcionando ao agressor uma diminuição patrimonial. Essa satisfação, tinha como finalidade precípua a exclusão do direito de vindita. Admitia-se também essa reparação em casos de pessoas pertencentes a diferentes classes sociais, porém em valor inferior àquele estabelecido quando as pessoas pertenciam à mesma classe social.

3.2 Alcorão e Grécia Antiga

O alcorão adotou, em parte, as normas do Código de Hamurabi, porém, com abrandamento, uma vez que as normas de vindita foram substituídas pela compensação econômica (ao sangue foi atribuído um valor econômico), e pelo perdão.

Na Grécia Antiga, adotou-se o direito à reparação dos danos morais, de acordo com as normas instituídas pelo Estado, e não propugnando o direito de vingança.

3.3 Direito Romano

A responsabilidade civil no Direito Romano divide-se em três períodos.

O primeiro período tem início no ano de 452 a.C., com a vigência da Lei das XII Tábuas, que previa a reparação do dano para três casos de injúria: 1) membro avariado; 2) osso fraturado; e, 3) violências ligeiras.

No caso de dano que resultasse em avaria do membro, era prevista indenização, caso esse dano não fosse reparado economicamente, aplicava-se o direito de vindita. Contudo, o princípio da Lei da Talião estava em choque com os costumes da época clássica, e somado à depreciação das moedas contribuiu para que as sanções da Lei das XII Tábuas se tornassem obsoletas. Por essa razão, foi introduzida na legislação romana da época uma ação geral, intransmissível ativa e passivamente, com prazo prescricional de um ano, a ser julgada perante um júri colegiado, que estava autorizado a fixar uma multa justa e equitativa, como forma de reparar a agressão. Ademais, se a reclamação do autor fosse indevida, o réu poderia voltar-se contra ele, podendo, ainda, ser condenado a pagar a décima parte do que havia reclamado indevidamente.

Além do delito de injúria, a Lei das XII Tábuas previa outras situações (atos ilícitos), que exigiam reparação do dano. Essa reparação, de cunho pecuniário, assentava-se na reparação do dano material. Contudo, a reparação do dano moral já era prevista, ainda que embrionariamente, na legislação romana. Um exemplo era o dever de reparar o dano causado à moral alheia, bastando para tanto, a ocorrência do dano para evidenciar a obrigação de repará-lo.

Era ainda prevista a compensação pelo dano moral nos casos de culpa contratual, em razão do inadimplemento dos ajustes, sendo devida ao demandante

não só pelo dinheiro, mas também pelas restrições em seu bem-estar, incômodos, agitações, dores.

Além dessas hipóteses mais relevantes, haviam ainda outras inúmeras situações que autorizavam a vítima demandar pela compensação do dano moral.

O segundo período tem início no ano de 286 a.C., com a vigência da *Lex Aquilia*. A sanção da *Lex Aquilia* aplicava-se apenas ao dano causado por ato positivo, que culminasse em estrago físico e material de coisa corpórea. Além disso, exigia também que a danificação decorresse de ato ilícito. Mais tarde, somados àqueles requisitos, exigiu-se que o dano fosse causado dolosa ou, no mínimo, culposamente, sendo imputável também a mais leve negligência. O valor pecuniário da reparação do dano, inicialmente, limitava-se ao valor da coisa. Contudo, posteriormente, no período clássico, o cálculo do dano incluía, além do dano efetivo e material, também o lucro que foi perdido pela vítima, em razão do ato ilícito praticado pelo ofensor.

O terceiro período tem início no ano de 528/534 a.C., com a vigência da Legislação Justiniana. Esse período subdivide-se em outros três períodos: 1) período de vigência das *Institutas*, que, da mesma maneira que a Lei das XII Tábuas, também previa a reparação do dano moral para diversas situações; 2) período de vigência do *Codex Justinianus*; e, 3) período de vigência do *Digesto* ou *Pandectas*.

3.4 Direito Canônico

O Código de Direito Canônico, também chamado de *Corpus Iuris Canonici*, que disciplina a organização da Igreja Católica, bem como os deveres de seus seguidores, trata, em muitos casos, do dano essencialmente moral.

Para o direito brasileiro, este Código tem grande valor, pois antes da vigência do Código Civil de 1.916, especialmente em razão da influência do

catolicismo no território e, por força da Lei de 1.784, aplicavam-se as normas previstas no código supramencionado.

O cânone 1.017, em seu § 3º, prevê o instituto dos esponsais, obrigando àquele que descumprir o previamente estabelecido a reparar o dano causado à outra parte. Entretanto, há, ainda, quem entenda que a responsabilidade pela ruptura dos esponsais seja tão grave que se impõe o seu cumprimento, de sorte que não seria, sequer, possível alegar, posteriormente, a ocorrência de impedimento. Assim, o noivo que se recusasse ao casamento, ficava obrigado a reparar as perdas e danos sofridas pelo outro inocente. Havia, inclusive, no contrato de promessa de casamento, as chamadas “arras esponsalícias”.

Contudo, a partir da vigência do Código Civil de 1.916, esse instituto foi banido da legislação brasileira. Contudo, a promessa de casamento, desde que comprovada a ocorrência do dano efetivo pela parte inocente no rompimento do noivado, gera o dever de reparação dos danos morais.

Há, ainda, no Código Canônico, previsão de reparação pelos danos causados à integridade física e à dignidade das pessoas, tais como a venda de um homem para a escravidão ou outro mau fim, lesões físicas e violências, raptos das pessoas de um ou outro sexo. Nessas hipóteses, o dano é estritamente moral ou, ainda que haja dano material, a proporção é mínima frente aos danos morais.

O *Corpus Júrís Canonici* estabelecia a reparação de danos morais decorrentes de calúnia e de injúria verbal. A reparação se dava com sanções materiais e espirituais (penas ou penitências).

Outra previsão deste código era a “ação de estupro”. Previa, *ipsis literis*, o dispositivo: “*se alguém seduzir uma virgem, ainda não desposada e com ela dormir, dotá-la-á e com ela se casara. Se, porém, o pai da virgem não a quiser entregar ao sedutor, pagará este uma certa quantia em dinheiro, num montante idêntico ao que as virgens costumam receber como dote*”.

Assim, como se verifica, o direito canônico, através do *Corpus Júrís Canonici*, previa vários casos de reparação do dano exclusivamente moral.

4. CONCEITO, ESPÉCIES, REQUISITOS DO DANO MORAL E DE SEU RESSARCIMENTO

4.1 Conceito de Dano Moral

O dano moral é definido de forma unânime na doutrina como o dano que lesiona exclusivamente os sentimentos pessoais da vítima.

Nesse sentido, de acordo com o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira, o dano moral é: “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo o atentado à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, à suas afeições, etc...” (1998, p. 54).

No mesmo sentido explica Antonio Jeová Santos:

[...] o dano moral também acarreta um prejuízo. Porém, é valorado sob ótica não pecuniária, porque o dano moral resulta da lesão de um interesse espiritual que está relacionado com a intangibilidade da pessoa humana.

O que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo. Se do ato de outra pessoa resultar alteração desfavorável, aquela dor profunda que causa modificações no estado anímico, aí está o início da busca do dano moral. (2003, p. 94/95).

Assim, verifica-se que o dano moral tem origem numa lesão que atinge a essência do ser humano, capaz de lhe causar sofrimento, humilhação, vexame, angústia, dor (inclusive física) e, portanto, torna-se de difícil valoração pecuniária.

Possível, pois, extrair-se desse conceito o caráter do dano moral, qual seja, o caráter punitivo da indenização, sem desviar-se do aspecto pedagógico da medida, a fim de desestimular o agente “agressor” à prática de novos atos lesivos. Assim, é a lição doutrinária:

Se a indenização não contém um ingrediente que obstaculize a reincidência no lesionar, se não são desmanteladas as conseqüências vantajosas de condutas antijurídicas, se renuncia à paz social. A prevenção dos prejuízos, que constitui um objetivo essencial do direito de danos, ficaria como enunciado lírico, privado de toda eficácia. (SANTOS, 2003, p. 159)

Desta maneira, é possível notar que a indenização decorrente do dano moral visa, primordialmente, evitar que o agressor permaneça numa situação tal que não o impeça de reiterar os mesmos atos lesivos.

4.2 Espécies de Dano Moral

4.2.1 O dano moral nas relações de consumo

Com a promulgação da Constituição Federal de 1.988, o direito consumerista foi erigido a *status* de Direito Fundamental do indivíduo. De tal sorte, o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1.990), trouxe ao consumidor a proteção de direitos extrapatrimoniais, tais como, proteção à vida, à saúde e à segurança, bem como, à reparação integral dos danos, o que engloba os danos morais e materiais (artigo 6º, incisos I e VI). E, ainda, vai além, quando no artigo 17 protege, inclusive, aquele que foi exposto aos efeitos do acidente.

Importante acrescentar que o Código de Defesa do Consumidor é permeado pelo Princípio da Responsabilidade Objetiva do Fornecedor, traduzindo a idéia da Teoria do Risco da Atividade, estampada nos artigos 12 a 14, do diploma em questão. Com a adoção da Teoria Objetiva, o risco é do fornecedor do produto ou serviço, bastando ao consumidor provar a existência do dano e a relação de causalidade, não se discutindo, pois, a culpa ou o dolo daquele que tem o dever de indenizar. Sendo assim, verifica-se que não é mais o consumidor quem arca com os riscos do negócio.

Outro aspecto significativo da legislação protetiva do consumidor é a indenização devida por aquele que efetua a cobrança de dívida já quitada, bem como, nos casos em que a cobrança da dívida passa a ser exercida de maneira vexatória ao consumidor. Preocupado com isso, o legislador pátrio se encarregou de disciplinar, minuciosamente, todos os passos que antecedem o envio do nome do consumidor ao cadastro de inadimplentes. Nesse sentido, qualquer irregularidade pode ensejar a devida indenização por danos morais.

Ainda, cumpre estabelecer que a indenização nas relações de consumo pode ter origem contratual (nesse caso exige-se que o produto ou serviço contratado pelo consumidor esteja mancomunado de algum vício), ou extracontratual (nesse íterim, considera-se como consumidor toda a coletividade, bastando que o produto ou serviço colocado à disposição possa ocasionar risco à vida, saúde ou segurança do consumidor, não se exige, portanto, uma relação de consumo direta, protege-se a coletividade, enquanto pessoas consumidoras. Isso é explicável, pois ao colocar um produto/serviço no mercado de consumo, o fornecedor está obrigado ao dever de qualidade).

Ademais, insta salientar, que o dever de reparação do dano pelo fornecedor é integral, abrange não apenas os danos materiais, mas também os danos morais, nesse diapasão, são os danos reflexos, tais como, a morte ou a invalidez do consumidor.

4.2.2 O dano moral nas relações parentais e de afeto

Inicialmente, é imprescindível consignar que o Código Civil, no Livro IV, quando trata do Direito de Família, não prevê indenização (material ou moral), por eventuais danos sofridos. Esse papel tem sido desenvolvido pela jurisprudência, através de nossos Tribunais.

De acordo com Nehemias Domingos de Melo (2004, p. 81), os tribunais brasileiros deveriam reconhecer às mulheres ou homens seviciados o direito à justa

indenização, independentemente da correspondente Ação de Dissolução Matrimonial ou da União Estável, bem como, da Ação Penal. Nesse sentido, cita a lição de Rui Stoco, que defende ser a indenização devida, não em razão da dissolução da vida em comum, cujos incômodos são previsíveis, mas sim, por conta do sofrimento imposto a outrem de forma, no mínimo, culposa.

Outra causa que justifica a indenização moral nas relações afetivas é a difamação, que é capaz de afetar a vida social e profissional do agredido, além de ser causa justa para a dissolução da sociedade conjugal, na modalidade de separação-sanção. Importante esclarecer que o simples caso de desamor não enseja a indenização. Contudo, não se pode negar a indenização ao cônjuge que, saindo de uma relação conjugal, tenha sido injuriado, traído, agredido ou, tenha sofrido perda do patrimônio comum.

Ainda há quem defenda a possibilidade de indenização nos casos de adultério, por se tratar de descumprimento do dever conjugal.

Outra causa que enseja a indenização é o descumprimento do dever de alimentar que, aliás, é tratado de forma bastante austera na Carta Magna, permitindo a prisão civil do devedor de alimentos. Várias são as razões para se permitir a indenização. Uma delas é a afronta a um dever que, acima de legal, é moral. Outra razão é quando a escusa ao dever de prestar alimentos se demonstra fraudulenta. A justa indenização, assim, servirá para confortar o alimentado, bem como, para coagir o devedor a não reincidir nessa prática.

No caso do desfazimento de noivado, a doutrina é bastante divergente. Parte dela entende que o rompimento, sob a óptica dos esponsais (instituto não recepcionado pela legislação brasileira), causa grande humilhação e ataca a honra do parceiro vitimado, principalmente quando todas as providências de praxe já foram adotadas.

De acordo com outra parcela da doutrina, a retratação (ou o rompimento do noivado), é um direito que pode ser praticado até instantes antes da celebração do matrimônio e, como tal, não pode ensejar punição àquele que o exercita. Ademais, não pode ser admitida a indenização, especialmente, porque tal é incabível quando do rompimento imotivado da relação conjugal. Por isso, aceitar a indenização moral nos casos do rompimento de noivado seria visivelmente

desproporcional, principalmente porque o noivado não implica em obrigação ao casamento.

4.2.3 O dano moral nas relações de trabalho

O dano moral trabalhista está relacionado à exposição dos empregados a situações humilhantes, que se repetem e prolongam durante toda a jornada de trabalho ou exercício das funções. São palavras depreciativas e discriminatórias, proferidas pelo empregador contra o empregado, que ferem a dignidade e atacam a intimidade do indivíduo.

Além disso, o dano moral trabalhista também estará configurado nos casos de assédio sexual, que possui, inclusive, tipificação penal (artigo 216-A, do Código Penal). Sendo o assédio sexual praticado pelo empregador, o empregado assediado pode pedir, além da indenização pelo dano moral sofrido, a rescisão indireta do contrato de trabalho, com base no artigo 483, alínea 'e', da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Se o assédio sexual for praticado por outro empregado, desde que em posição hierarquicamente superior, o empregado assediado poderá requerer a indenização por dano moral. Ademais, para o empregador, nesses casos, surge a possibilidade de dispensar o empregado transgressor da norma penal por justa causa, consoante dispõe o artigo 482, alínea 'b', da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Nada obstante, a maior parte das indenizações por danos morais no campo do direito do trabalho, é embasada nas dispensas injustificadas, nas imputações aos empregados da prática dos delitos de roubo, furto ou apropriação indébita de coisas da empresa ou de outros empregados.

A origem do dano moral pode ser pré ou pós-contratual. No caso de ser pré-contratual, ou anterior à relação empregatícia, o dano configura-se quando, por exemplo, a não admissão tiver uma justificativa discriminatória.

Para ter direito à indenização, o empregado deve demonstrar a presença de todos os requisitos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta do agressor, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Há, ainda, uma peculiaridade, além dos requisitos, que é o contexto da relação jurídica de emprego.

4.2.4 O dano moral nas relações de crédito

O uso dos sistemas das entidades de proteção ao crédito por parte das empresas é permitido, tratando-se de verdadeiro direito, tanto o é, que o artigo 43, do Código de Defesa do Consumidor, reconheceu o caráter público de tais entidades.

Entretanto, quando a inclusão do nome do cliente ocorrer de forma irregular, seja pela desorganização ou impessoalidade da empresa, caracterizado está o abuso no exercício do direito, de maneira que a indenização por danos morais passa a ser devida, pois o consumidor é exposto a grande constrangimento.

Outro caso de abuso do direito é a situação que se verifica em algumas empresas que se valem das instituições protetivas do crédito, a fim de fazer ameaças, obrigando o devedor ao pagamento da dívida. Ora, essas instituições não podem ser instrumentos de coação, sobretudo quando houver discussão (judicial, e até mesmo administrativa), acerca da legitimidade e extensão do débito.

Outro ponto importante é que a cobrança jamais poderá ser vexatória (artigo 42, do Código de Defesa do Consumidor), o que também configura abuso no exercício do direito. Há, ainda, que mencionar sobre a cobrança de dívida já paga, cuja inclusão do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito, configura ato ilícito, o que autoriza a indenização por danos morais.

Apesar da indenização, a reparação do dano jamais será em espécie, por isso, ela sempre servirá para compensar a humilhação e vexação sofrida por aquele que teve, injustamente, o seu crédito abalado.

4.2.5 O dano moral por ofensa à honra, à imagem e à intimidade

A honra, a imagem e a intimidade são direitos inerentes à personalidade de um indivíduo, por isso recebem especial proteção constitucional:

Art. 5º. [...]

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

Assim, a violação a tais direitos confere ao prejudicado o direito de resposta (artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal), além de justa indenização pelos danos materiais e morais que tenha sofrido. Isso ocorre, uma vez que, os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade são reafirmados e disciplinados pormenorizadamente pelo Código Civil, nos artigos 11 a 21. Ademais, são assegurados ao indivíduo desde a sua concepção (direito do nascituro), e se prolongam até mesmo após a morte.

A honra, em particular, é um dos atributos mais valiosos do ser humano. Ela pode ser considerada sob um aspecto subjetivo ou objetivo. Eis, o conceito de honra, fornecido pelo penalista Damásio E. de Jesus:

A honra subjetiva é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos. Honra objetiva é a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais etc. Enquanto a honra subjetiva é o sentimento que temos a respeito de nós mesmos, a honra objetiva é o sentimento alheio incidido sobre nossos atributos. (2003, p. 201)

Desta maneira, a honra pode ser acatada ou violada com relação ao nome ou boa fama que o sujeito tenha perante aos demais membros da sociedade

(honra objetiva), ou pode ser lesada no que tange ao seu próprio sentimento de estima (honra subjetiva).

As ofensas à honra são proferidas em sua grandiosidade e, com maior gravidade de efeitos, através dos veículos de imprensa. Por esta razão, as leis nº 4.117/1.962 (Código Brasileiro das Telecomunicações), e 5.250/1.967 (Lei de Imprensa), disciplinam as indenizações por danos morais de forma tarifada, sendo previsto, ainda, um acréscimo para o caso de reincidência comprovada.

O direito à imagem também está inserido no campo dos direitos à personalidade e, como tal, também está protegido, como já mencionado alhures, pela Carta Magna, bem como pelo nosso Diploma Civil, mais especificamente em seu artigo 20, que protege a divulgação, inclusive, da imagem dos mortos e ausentes.

A imagem nada mais é do que senão a representação da pessoa, por meio de foto, imagem de televisão ou cinema, caricatura, etc. Quando a reprodução da imagem do indivíduo é por ele desautorizada, surge o direito à indenização pelos danos que vier a sofrer, em razão da veiculação de sua imagem.

Além da proteção contida no Código Civil, a Lei nº 9.610/1.998 (Leis de Direitos Autorais), notadamente no artigo 461, inciso I, alínea 'c', também ampara o direito à imagem.

É de se ressaltar que a indenização pelos danos morais, contida na Lei de Imprensa, não pode se confundir com a transmissão indevida da imagem. O dano moral nesse último caso, configura-se pelo uso desautorizado da imagem do indivíduo, sem necessidade de comprovar a sua repercussão. Isso é explicável, posto que, a imagem é um direito à personalidade, e não é só, “é uma das principais projeções de nossa personalidade e atributo fundamental dos direitos ditos personalíssimos. O uso indevido da imagem traz, de fato, situações de prejuízo e constrangimento.” (VENOSA, 2003, p. 155)

Há, ainda, que mencionar sobre a exposição indevida de imagem na mídia. Nesse particular caso, deve-se fazer uma análise proporcional entre princípios constitucionais, quais sejam, o direito à liberdade de informação e o direito à dignidade da pessoa humana, dentre eles, o direito à imagem. Sem dúvida alguma, o direito prevalente deve ser o último em questão, pois está previsto no

artigo 1º, da Constituição Federal, como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. A liberdade de informação é um direito, entretanto, não é absoluto e, como se percebe, encontra limites nos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

Portanto, havendo exposição indevida de imagem na mídia, surge o dever de indenizar o prejudicado, pois, em que pese a retratação, ela não é suficiente, uma vez que as palavras desonrosas possuem maior força perante a opinião pública.

A Constituição Federal, reprise-se, no artigo 5º, inciso X, bem como no artigo 21, do Código Civil, tutelam a intimidade do indivíduo ou a privacidade ou, ainda, o direito de estar de só. Assim nos ensina Sílvio de Salvo Venosa:

Deve haver sempre posição firme do jurista no sentido de defender a preservação da intimidade, tantos são os ataques que sofre modernamente. [...] Os fatos mezinhos da vida privada de cada um não devem interessar a terceiros. Tanto mais será danosa a atividade quanto mais renomada e conhecida socialmente for a vítima, mas todos, independentemente de seu nível de projeção social ou cultural, gozam da proteção. (2003, p. 157)

Assim, é a nossa legislação, no sentido de preservar o direito à privacidade do ser humano, principalmente, em razão da massificação do mundo moderno. Demonstrando essa necessidade, é que o legislador constituinte de 1.988 trouxe o instituto do *habeas data*, capaz de assegurar que os cidadãos violados em sua intimidade, pudessem se servir das informações contidas em bancos de dados, a fim de conhecer o seu conteúdo e utilizá-lo para sanar possíveis aberrações.

Também, devido a essa importante preservação, é que a Constituição Federal prevê a inviolabilidade do domicílio, das correspondências, das ligações telefônicas e do sigilo bancário e fiscal. Assim, tais somente serão violados ante a gritante necessidade, desde haja relevante interesse público e, mediante autorização judicial. Caso contrário, se não observadas essas ressalvas, surgirá para o lesado o direito à indenização pelos danos morais que venha a sofrer em razão da violação ao seu direito de intimidade.

4.2.6 O dano moral decorrente do erro médico (dano estético)

O trabalho do médico é contratado, tendo-se por objeto uma obrigação de meio, por isso, no descumprimento do contrato, deve ser provada a culpa do profissional (artigo 951, do Código Civil), em que pese ser uma contratação de serviço, portanto disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, há ocasiões em que o objeto do contrato será uma obrigação de resultado, e o médico, sob esse prisma, se obriga a alcançar determinado resultado, que é esperado pelo paciente. Isso é o que acontece com os cirurgões plásticos.

Não obstante isso, a análise para os casos de erro médico, no que toca às cirurgias de embelezamento, jamais pode ser absoluta e inflexível, no sentido demonstrado acima. Ao contrário, devem ser considerados os impedimentos naturais de cada pessoa, bem como a conduta adotada pelo paciente, que pode ser inadequada, e até mesmo configurar o abandono de determinado tratamento sugerido pelo médico. Contudo, havendo responsabilização do médico, ele responderá também pelos atos dos terceiros que estejam sob suas ordens.

No caso da responsabilidade dos hospitais, ela estará restrita à condição do hospital como patrão ou comitente. Ademais, os hospitais, por serem prestadores de serviços, estão sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. Também não responde o hospital se o médico, cujo ato provocou o dano, não for funcionário seu.

De outro modo, os planos de saúde são responsáveis pelos atos danosos dos médicos e serviços hospitalares, de maneira solidária.

No que concerne ao dano estético, há discussão no sentido de ser possível ou não a sua cumulatividade com o dano moral.

O dano estético estava previsto, antes da Carta Magna de 1.988, no Código Civil de 1.916, como aleijume ou deformação permanente. Uma parcela da doutrina, dentre ela Humberto Theodor Júnior, entende que, com a promulgação da

Constituição Federal em 1.988, surgindo, então, a plena ressarcibilidade do dano moral, seria *bis in idem* requerer conjugadamente o dano estético e o dano moral.

Entretanto, segundo Nehemias Domingos de Melo (2004, p. 136/137), existe outro posicionamento adotado por Ministros e Desembargadores, no sentido de que não se pode afastar a dúplice indenização, uma vez que, o dano estético é uma alteração morfológica, cuja correção demanda verba pecuniária, abrangendo, portanto, a indenização material. Ademais, veja-se, por exemplo, o caso de uma modelo, cuja renda advém do uso da imagem, que ficou desconfigurada por erro médico, nesse particular, há que se considerar como dano material também o que efetivamente deixou de ganhar. E, de outro modo, o dano moral vai indenizar a ofensa aos interesses extrapatrimoniais (a dor na alma, a privação em seu bem-estar, o desgosto, o vexame, o sofrimento, a humilhação, etc.), experimentados pela vítima, em razão da deformidade que sofreu, a indenização nesse caso será por danos morais. Por esse motivo, defendem que é possível a cumulação entre elas.

4.2.7 O dano moral decorrente da morte

A vida é um direito à personalidade, assegurado pela Constituição Federal no artigo 5º, *caput*. Sobretudo, é um direito natural, inerente à pessoa humana, está protegido pela Magna Carta, bem como pelas legislações brasileiras infraconstitucionais e, pelas Convenções e Tratados de Direito Internacional. De tal sorte, ninguém poderá, arbitrariamente, ser privado de sua vida.

A morte (seja ela decorrente de homicídio, ou de acidente de transporte, ou de consumo, enfim a morte decorrente de culpa alheia), no campo da responsabilidade civil, implica no direito à indenização para terceiros, parentes próximos daquele que teve sua vida arbitrariamente retirada. Nesse sentido, explica a doutrina:

O direito ao gozo da alheia, gozo que o homicídio frustra, é o bem jurídico lesionado, e as concretas conseqüências que de tal lesão derivam o dano ressarcível. O direito ao gozo da vida alheia, como bem jurídico lesionado pelo homicídio, deriva mediatamente da perda, para a vítima, de sua vida, que é o bem imediato, diretamente lesionado, porém insuscetível de produzir repercussões indenizatórias enquanto tal, vale dizer, para o titular mesmo da vida arrancada. (ZAVALA *apud* SANTOS, 2003, p. 214)

Assim, a indenização pelo dano moral está configurada em razão da dor que lesa os interesses extrapatrimoniais da família da vítima, que perdeu a vida. Veja-se que o artigo 948, do Código Civil, menciona sobre ressarcir o luto família, que é, senão, o profundo sentimento de tristeza causado pela perda do ente querido.

A Súmula 419, do Supremo Tribunal Federal, anterior à promulgação da Constituição Federal de 1.988, já previa a indenização por morte de filho menor que não exercesse atividade remunerada, reconhecendo, portanto, a existência do dano moral em tais situações.

Havia discussão sobre a possibilidade de cumular a indenização por danos materiais e morais nesses casos. Entretanto, hodiernamente, é pacífico que, mesmo que a vítima não desenvolvesse qualquer atividade remunerada, é cabível, juntamente com a indenização pelos danos morais, o ressarcimento dos prejuízos patrimoniais.

A indenização material caracteriza-se pelo pensionamento. No caso dos pais, ante a morte dos filhos, a jurisprudência entende que a pensão, que não tem caráter alimentar, é devida até o momento em que, possivelmente, a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou até a morte dos pais. Ademais, considera-se que até os 25 (vinte e cinco) anos, a pensão seja devida na proporção de 2/3 (dois terços) dos ganhos estimados da vítima. E, a partir dessa idade, considera-se que a pensão deva ser reduzida para 1/3 (um terço) dos ganhos, uma vez que a partir daí considera-se que a vítima, ou já estaria casada, ou já estaria residindo sozinha. Não tendo, pois, caráter alimentar essa pensão, a sentença que fixa essa indenização pode estipular que seja feito um único pagamento, ou obrigar o devedor à prestar caução, suficiente para garantir futura execução.

4.3 A Entidade Psíquica da Vítima

Todo indivíduo tem como meta de vida a realização de seus prazeres, do seu bem-estar, sempre buscando a felicidade. Pode-se afirmar que todas as vezes que essas sensações forem violadas, juridicamente, está caracterizado o dano moral puro.

A entidade psíquica de uma pessoa é capaz de individualizá-la como ser humano. Ela é composta por sentimentos de auto-estima e ideais, pelo respeito próprio, pelo conceito que a pessoa tem de si mesma, por valores religiosos, éticos, morais, pela capacidade afetiva, etc. O sujeito que tem abalada a sua entidade psíquica é vítima do dano moral puro.

4.4 Caracterização do Dano Moral e Fundamentos para a Reparação

O dano moral estará configurado sempre que a vítima experimentar uma dor (física ou moral), passar por situações humilhantes, vexatórias, desgostosas, bem como quando for privada de seu bem-estar.

Entretanto, a respeito da caracterização do dano moral, Sérgio Cavalieri Filho afirma que:

“[...] Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de entrar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.” (2003, p. 97)

Assim, impõe-se a conclusão de que não é qualquer dissabor que levará à indenização. É preciso tomar como referência os sentimentos de um

homem médio. Não se pode considerar o psiquismo daquele que é exageradamente sensível, e que é capaz de se aborrecer com acontecimentos cotidianos irrelevantes. Também, não se deve considerar o mais rude dos homens, que não é capaz de se aborrecer com quaisquer acontecimentos.

Assim, sob o prisma da proporcionalidade é que se avalia ser ou não devida a indenização pelos danos morais.

De outro modo, a dor, seja ela física ou moral, é um dos elementos que orientam a caracterização do dano moral. A gravidade desse dano deve ser medida através de padrões objetivos, especialmente em função do bem tutelado pelo direito. Portanto, o dano experimentado pela vítima há de ser de tal modo grave, que justifique a imposição ao agressor uma sanção de ordem pecuniária, com a finalidade de compensar o sofrimento do lesado e, de realizar no infrator o caráter pedagógico que a medida visa.

De tal sorte, o dano moral estará caracterizado sempre que a agressão tiver como causa o ataque à dignidade de alguém.

Aliás, é exatamente no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, que reside o fundamento da reparação do dano moral. Veja-se, a redação do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – [...]

II – [...]

III – a dignidade da pessoa humana;

[...]

Assim, estando os direitos extrapatrimoniais relacionados aos direitos da personalidade, estampados no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, é imperioso afirmar que a afronta a tais direitos é também uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e, de forma reflexa, um ataque ao Estado Democrático de Direito. Por isso, quando a Carta Magna prevê a plena reparação

dos danos morais, demonstra total harmonia com o princípio balizador do Estado Democrático de Direito.

A esse contexto soma-se o ideal de justiça, presente em cada indivíduo, que faz nascer a ânsia pela devida reparação do dano, porque é evidente que se fosse dada escolha à vítima, ela jamais optaria por ser lesada. Desta forma, é também fundamento da reparação do dano moral, a idéia de que a todo evento que provoque um dano injusto, há de coexistir o dever de indenização.

Nada obstante, essa reparação, ou melhor, compensação, não pode, jamais, servir como forma de enriquecimento ilícito para a vítima. Nesse diapasão, estão os institutos da vitimização no dano moral e da culpa exclusiva da vítima.

No caso da vitimização no dano moral, existem pessoas que se colocam como vítimas de danos morais com a finalidade exclusiva de buscar a indenização. Acerca do assunto, eis a lição doutrinária:

Pessoas que posam de vítima ou que provocam o fato para se tornarem ofendidas, criando, assim, condições para o pleito ressarcitório, por certo merecerão todo o repúdio do órgão jurisdicional. Enquanto o direito brasileiro está vivendo nova fase quanto à efetiva proteção aos direitos da personalidade, é necessário que os cuidados sejam redobrados para evitar condenações de pessoas que foram *vítimas* de supostos ofendidos por danos morais. Nesse trabalho de joeirar, deve ser vasculhada a motivação do pedido. (SANTOS, 2004, p. 119/120)

A pessoa, então, se propõe a ser vítima, aproveitando-se de qualquer deslize, criando possibilidade para a eventual indenização. Pode-se afirmar que hodiernamente, o dano moral é um 'modismo', o pedido de indenização pelo dano moral vem embutido em qualquer ação, até mesmo sem a existência da devida causa de pedir ou fundamentos de fato e de direito. O enfado é tão insignificante que sequer configura o dano moral.

Essas situações são vivenciadas pelo Poder Judiciário Norte-Americano, que por razões inócuas, de pessoas que se colocam como vítimas de determinadas situações, condenam ao pagamento de vultosas somas em dinheiro. O Judiciário Brasileiro não pode jamais seguir esse modelo, pois foge à idéia positivada de dano moral indenizável.

Justamente, por essa razão, é que o legislador do Código Civil de 2.002 criou o artigo 945, que impõe à vítima um encargo pela ação comissiva ou omissiva no pretendido evento danoso. No caso específico do dano moral, a atuação da vítima, na maioria esmagadora das vezes, será sempre omissiva, mas note-se que essa omissão é consciente, já pretendendo a indenização, que lhe beneficiará. De acordo com essa idéia, quanto maior for a ação da vítima, menor será a indenização por ela merecida, ou até mesmo total será a isenção de indenização.

Esse dispositivo é uma arma, colocada à disposição do magistrado, para coibir a indústria ou o modismo do dano moral, que se alastrou pelo Judiciário Brasileiro. Ademais, permite ao demandado dessas ações fazer prova no sentido de que a vítima poderia ter evitado o evento que lhe causou o dano, mas, ao contrário, contribui de maneira consciente para a sua concretização. Assim, como não é possível ao juiz proibir o manuseio do pleito indenizatório por dano moral, esse artigo, juntamente com a prova carreada pelo requerido, o auxilia a averiguar quem a usa de má-fé, configurando, portanto, a litigância de má-fé da parte requerente.

Cumpra, ainda, salientar que verificada a culpa exclusiva da vítima no evento danoso, há uma ruptura no liame de causalidade, de maneira que o agressor se exime de qualquer responsabilidade, fica, portanto, isento de pagar qualquer indenização. Entretanto, para que isso ocorra, alguns requisitos devem ser preenchidos. Inicialmente, há de ser detectada a culpa da vítima. Segundo, é que essa culpa deve ser exclusiva da vítima e excludente, ou seja, o 'agressor' não pode ter praticado qualquer ato negligente. Terceiro, exige-se que o 'infrator' tenha atuado de forma a evitar, ou no mínimo, diminuir as conseqüências do enfado. Último requisito, é que se o demandado ou 'agressor', alegar como defesa sua a culpa exclusiva da vítima, incumbe-lhe provar.

Assim, consoante se verifica, ao magistrado, diante do caso concreto, caberá a árdua tarefa de decidir quem detém, ou não, o direito à compensação dos danos, analisando, para tanto, a gravidade do dano sofrido, de acordo com os padrões da proporcionalidade, bem como se a vítima concorreu ou não para a concretização do dano.

4.5 Sujeitos da Obrigação

Sendo certo que o dano moral atinge os direitos da personalidade, causando graves distúrbios na vida normal de um indivíduo, fica evidente que o sujeito ativo da obrigação será sempre a vítima da ofensa e, o sujeito passivo será sempre o ofensor.

Nesse sentido, considerando que o dano moral atinge o estado de ânimo da pessoa, impõe-se apresentar a discussão sobre a possibilidade da pessoa jurídica (ente do direito, desabonado de espírito) ser vítima desse tipo de evento danoso.

Hodiernamente, é pacífico que a pessoa jurídica pode ser vítima do dano moral. Contudo, nem sempre foi assim. Antes, discutia-se sobre tal possibilidade, de tal maneira, que havia uma doutrina que negava e outra que afirmava tal possibilidade.

De acordo com o entendimento dos adeptos da corrente negativista, apesar de a pessoa jurídica ser um sujeito de direitos, ela é inteiramente distinta de uma pessoa natural, pois não possui vida privada, nem direitos personalíssimos, portanto, não tem sentimentos passíveis de serem lesados e, tampouco podem sentir desequilíbrio emocional. Por esta razão, jamais poderão ser vítimas do dano moral.

Entretanto, afirmam que, nos casos de usurpação do nome, ataque à sua reputação, que são direitos extrapatrimoniais, poderia se configurar o dano moral contra as pessoas jurídicas. Nada obstante, nessas hipóteses, argumentam que não se cuida propriamente de dano moral, uma vez que em casos tais, o que ocorrerá é uma diminuição no patrimônio, benefícios ou lucros dessas pessoas.

Assim, portanto, impassíveis de sofrer ataques em seus interesses morais. Ademais, ainda que os representantes das pessoas jurídicas padeçam reflexamente, não são legitimados a reclamar, por si mesmos, a indenização pelos danos morais.

Consoante inteligência dos adeptos da corrente segundo a qual as pessoas jurídicas podem sofrer dano moral, a explicação para tanto residi no fato de que, apesar de não ser possível que sofra abalos anímicos, há um menoscabo de direitos, bens ou atributos (interesses extrapatrimoniais) da personalidade.

Assim, o direito ao bom nome, a proteção à boa fama e à honra da pessoa jurídica, é dotado de cunho extrapatrimonial, pois se relacionam à idéia de honra objetiva, com vistas a resguardar a sua credibilidade e respeitabilidade. De tal forma, sofrendo o dano moral, este será ressarcível. Nesse sentido, é a Lei de Imprensa, em seu artigo 16, inciso II.

Tal ressarcimento pode ter caráter pecuniário ou não, por exemplo, obrigando-se ao ofensor que denegriu a imagem da pessoa jurídica, que restabeleça a sua boa fama. Destarte, atualmente, esse é o entendimento prevalente da doutrina e na jurisprudência.

Outro aspecto importante a ser analisado, é sobre a transmissibilidade do dano moral. Sobre esse tema, devem-se distinguir duas situações.

A primeira situação é a da vítima que durante o curso da ação indenizatória vem a falecer. Por se tratar de ação de natureza patrimonial, não se pode recusar que o herdeiro suceda o morto.

Outro caso é o da vítima que antes da propositura da ação vem a falecer. No dizer de Leon Mazeaud *apud* CAVALIERI “o herdeiro não sucede no sofrimento da vítima”. E, continua CAVALIERI “A honra (subjetiva), sendo um direito personalíssimo, extingue-se com a morte”. (2003, p. 103).

Assim, não restam dúvidas de que o dano moral apenas a vítima pode sofrer e, a personalidade extingue-se com a morte. Entretanto, o dano consumado, bem como o direito à indenização não se extinguem. Nesse sentido é a redação do artigo 943, do Código Civil: “Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.” Ainda, o artigo 43, do Código de Processo Civil, reforça a idéia contida no dispositivo adrede mencionado.

Deste modo, não há que se sustentar a intransmissibilidade da indenização por dano moral, mas tão somente, a do próprio dano moral, que como explicado alhures, não se transmite o sofrimento da vítima aos seus sucessores.

Nada obstante esse entendimento, ele não é pacífico na doutrina. Veja-se o ensinamento de Mirna Cianci: “[...] a reparação moral esgota-se na pessoa do lesado, impedindo a transmissibilidade do direito, em caso de falecimento do ofendido”. (2003, p. 23). Explica, ainda, a sua idéia, concluindo que a indenização paga ao ofendido não arreda a dor da vítima, já falecida.

Outro assunto, nesse contexto é a legitimidade para a demanda. Nesse sentido, importa demonstrar quem poderá ativa e passivamente figurar no pleito indenizatório.

A legitimação ativa, em princípio, pertence à vítima do dano moral. Contudo, a legitimidade ativa poderá pertencer a um terceiro, como por exemplo, quando ocorrer a morte do ofendido, caso em que será exercida pelos sucessores. A ressalva que se faz é para o dano que atinja direitos personalíssimos e, então, não se fala em substituição processual. Outra ressalva é demonstrada pelo doutrinador Humberto Theodoro Júnior:

[...] não é o ofendido direto, mas terceiros que se julgam reflexamente ofendidos em sua dignidade, pela lesão imposta a outra pessoa, torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, visto que se poderia criar uma cadeia infinita ou indeterminada de possíveis pretendentes à reparação do dano moral, o que não corresponde, evidentemente, aos objetivos do remédio jurídico em tela”. (2001, p. 8/9).

Destarte, há situações em que essa legitimidade pode ser colocada em dúvida, para que se proteja o próprio instituto da compensação do dano moral, bem como para coibir o enriquecimento sem causa. De tal sorte, a regra disposta no artigo 948, inciso II, do Código Civil, que trata do dano material, deve ser utilizada, analogicamente, para limitar a indenização por dano moral àqueles que mantinham estreita relação com a vítima do dano.

A legitimação passiva é ocupada, via de regra, pela figura do agressor. Nada obstante, há situações em que a obrigação de reparar o dano causado decorre de fato alheio, é o que ocorre na responsabilidade pelo fato de terceiro e pelo fato da coisa.

Na responsabilidade dos pais, tutores ou curadores, preceitua o artigo 932, incisos I e II:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados que se acharem nas mesmas condições;

Essa responsabilidade decorre do poder familiar. Assim, o dano causado pelo filho, pupilo ou curatelado, deve ser indenizado pelo seu responsável, eis que sua responsabilidade é presumida e, decorre da culpa *in vigilando*.

Entretanto, mesmo que para o evento danoso não tenha o responsável concorrido culposamente, o artigo 933, do Diploma Civil estatui que, ainda nesse caso, deverão responder pelos danos provocados por seu filho, pupilo ou curatelado.

Havendo concorrência de culpas, incluindo-se aqui as pessoas mencionadas no artigo 932, do Código Civil, todos os co-agressores respondem solidariamente, podendo ser acionados todos ou apenas um deles e, o acionado terá direito de regresso contra os demais autores (artigo 942, do Código Civil). Todavia, o regresso não poderá ser utilizado pelos pais em relação aos filhos, em decorrência da norma proibitiva do Código Civil (artigo 934).

Ainda, no aspecto da responsabilidade dos pais sobre os atos dos filhos, incumbe salientar a hipótese de pais separados. Somente aquele que detiver a guarda do filho é que responderá pelos danos que vier a causar a outrem. Apesar disso, se o dano for causado enquanto estiver sendo exercido o direito de visita do outro cônjuge, aquele é quem responderá pelos atos de seu filho.

Há, ainda, a responsabilidade dos patrões, donos de hotéis e educadores, que está declinada no artigo 932, incisos III e IV, do Diploma Civil.

A responsabilidade do patrão pelo ato culposo do empregado é presumida e, está prevista, também, na Súmula 341, do Supremo Tribunal Federal. A responsabilização do patrão se justifica, pois ele tem o dever de fiscalizar e vigiar o seu empregado, no exercício de suas funções, para que não venha a causar danos a terceiros.

A responsabilidade dos educadores e donos de hotéis é explicável, pois eles recolhem e abrigam as pessoas com o intuito de obter lucros. E, ainda que

a título gratuito, o educador ou dono da hospedagem tem o dever de segurança em relação ao hóspede.

No que tange à educação, cumpre diferenciar se trata-se de regime de externato ou de internato. Pois, em se cuidando de regime de externato, há uma concorrência de responsabilidade entre pais e educadores. Aqui, a responsabilidade do educador se restringe ao período em que o educando está sob a vigilância do educador, período este que corresponde à permanência do aluno no interior do colégio. Ressalvado esse período, a responsabilidade passa a ser exclusiva dos pais. Nada obstante a responsabilidade da escola pelo ato de seu aluno, enquanto sob sua vigilância, esta possui direito de regresso contra seu responsável.

De outro modo, cumpre estabelecer que quando a escola é particular, equipara-se o educador a um prestador de serviços. A relação jurídica passa a ser disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor e, o educador só se exime da responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, pois rompem o nexo causal.

A responsabilidade, no que toca ao fato da coisa inanimada ou do animal, está disciplinada nos artigos 936 a 938, do Código Civil. A responsabilidade nesses casos está relacionada ao dever de guarda, vigilância e conservação. Em aspectos tais, o dono da coisa ou animal só se exime da responsabilidade se puder provar a culpa, exclusiva ou concorrente, da vítima, ou provar que o dano ocorreu em razão de força maior. Isso ocorre, pois a responsabilidade é objetiva, só podendo ser elidida com prova robusta.

4.6 O Dano Moral Puro e a Inexistência de Prejuízo Econômico

Consoante já dito alhures, o dano moral puro caracteriza-se pela situação de anormalidade anímica que se instala na entidade psíquica do indivíduo. Pode parecer, assim, que qualquer aborrecimento fugaz causa o dever de indenização.

Contudo, apesar de haver um dever genérico de não prejudicar ninguém, traduzido no princípio *alterum non laedere*, existe, também, um direito, igualmente genérico, de ressarcimento, desde se possa provar que houve um gravame em seus sentimentos.

Esse princípio não é absoluto e, encontra limites no instituto da compensação do dano moral. Nesse sentido, o simples desconforto, traduzido pela idéia de dano moral puro, decorrentes de acontecimentos triviais, não justifica indenização. Para que exista o dano moral é necessário que exista uma grandeza de importância e gravidade na ofensa sofrida. Há sempre que se verificar a intensidade da esfera espiritual da pessoa ofendida, considerando-se, entretanto, os casos de pessoas com suscetibilidade extrema, que devem ser analisados muito comedidamente. Veja-se que há de ser verificado o dano sempre de acordo com os sentimentos de um homem médio.

Nesse diapasão nos ensina Gabriel Stiglitz e Carlos Echevesti *apud* Antonio Jeová dos Santos:

[...] diferente do que ocorre com o dano material, a alteração desvaliosa do bem-estar psicofísico do indivíduo deve apresentar certa magnitude para ser reconhecida como prejuízo moral. Um mal-estar trivial, de escassa importância, próprio do risco cotidiano da convivência ou da atividade que o indivíduo desenvolva, nunca o configurarão. (2004, p. 113)

Portanto, existe um mínimo de inconvenientes, desgostos, incômodos e sensações desagradáveis que, em razão do convívio social no mundo contemporâneo, devem ser tolerados, não merecendo ser indenizadas. O dano moral somente existirá, com a sua conseqüente indenização compensatória, se o ato que originou o evento danoso for realmente ofensivo ao direito de personalidade do indivíduo, e seja prolongado no tempo, caracterizando o insulto ao seu âmago, caso contrário, não existirá o autêntico dano moral e, tão somente, estaremos no campo do dano moral puro, que não é passível de indenização.

5. O DANO MORAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

5.1 Dispositivos Legais: Constituição Federal e Código Civil

A Constituição Federal em várias oportunidades faz referência a danos e suas conseqüências. Porém, é no artigo 5º, que garante a regra de não lesar a ninguém, ao expor a inviolabilidade dos direitos da personalidade.

Entretanto, uma vez violada essa regra de não lesar ao próximo surge, para o ofensor, outro dever, que é o de indenizar a vítima de seu ato ilícito. Se tal violação atingir a vítima em seu estado anímico, caracteriza-se o dano moral.

A reparação, em virtude sua natureza, qual seja, restabelecer a vítima em seu *statu quo ante*, deve ser em espécie. Todavia, em sede de direitos da personalidade, isso não é possível, por isso, o pagamento de indenização em sede de dano moral servirá como consolo para a vítima.

Nota-se, portanto, que o legislador constituinte, desde o Preâmbulo da Carta Magna, demonstrou-se preocupado com a proteção do bem-estar do cidadão. Por esta razão, é que os incisos V e X, do artigo 5º, da Constituição Federal, estabelece que a violação aos direitos ditos personalíssimos, entenda-se também direitos fundamentais do ser humano, deve ser indenizada, pois configura dano moral. Com isso, consignou-se que, ao lado dos direitos patrimoniais, existe outra espécie de direitos que merecem proteção isonômica.

Ao lado desse personalismo presente na Constituição Federal, há ainda o princípio da dignidade da pessoa humana, que está expresso no artigo 1º, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em que se assentam todos os demais direitos.

Sobre a Dignidade da Pessoa Humana preleciona Alexandre de Moraes:

[...] A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*; (2004, p. 52)

É por esta razão, que o direito deve colocar instrumentos à disposição daquele que sofreu uma agressão aos direitos da personalidade. E de fato o faz, ao permitir a indenização por danos morais.

Assim, o Código Civil de 2.002, adotando o personalismo presente na Constituição Federal, disciplinou o dano moral em seus artigos, de maneira a garantir a efetiva proteção de seus direitos personalíssimos. Assim, no artigo 186, expressamente, recepcionou o dano moral, demonstrando perfeita congruência com os ditames com a Lei Maior.

Nada obstante a previsão atual sistematização do dano moral no Código Civil, nem sempre foi assim, pois o Diploma Civil de 1.916, disciplinava sobre o tema de maneira bastante precária, razão pela qual, leis específicas passaram a tratar da matéria.

5.2 Leis Especiais

5.2.1 Código do consumidor

Inicialmente, há de considerar-se que o Código de Defesa do Consumidor foi a primeira legislação, após a vigência da Constituição Federal de 1.988, a tratar, explicitamente sobre a reparação dos danos morais. E o fez, especificamente, nos incisos I e VI, do artigo 6º, quando protege direitos extrapatrimoniais, tais como a vida, a integridade física, a segurança, entre outros.

As normas do Código de Defesa do Consumidor que prevêm a reparação do dano moral nas relações consumeristas, são normas cogentes, indelegáveis e inderrogáveis. Portanto, impassíveis de alterações por vias contratuais, a teor do disposto no artigo 51, inciso I.

Ademais, consoante já mencionado alhures, todo o Código, é permeado pelo Princípio da Responsabilidade Civil do Fornecedor, de maneira que basta ao consumidor provar a ocorrência do dano e a relação de causalidade, não necessitando demonstrar se o fornecedor do produto ou serviço agiu com dolo ou culpa.

5.2.2 Código eleitoral

O Código Eleitoral, lei nº 4.737, de 15 de Julho de 1.965, prevê, expressamente, a possibilidade de reparação do dano moral, no que toca à calúnia, difamação e injúria proferidas contra alguém, nos excessos cometidos nas propagandas partidárias.

Essa legislação é de grande importância, uma vez que, desde a década de 60 já previa, de modo expresso, sobre reparação do dano moral, pois não era unanimemente admitido pela doutrina pátria.

Assim, como se vê, o Código Eleitoral, prevê a reparação pelo dano moral no caso dos ilícitos contra a honra. Estabelece, ainda, a reparação do dano *in natura*, através do direito de resposta.

5.2.3 Lei de imprensa

Sobre esse tema é importante analisar sobre o embate entre o direito de informação e a responsabilidade da imprensa na divulgação da informação. O direito à informação está em consonância com o princípio da democracia, de tal maneira, falar-se em censura seria um contrasenso. Nada obstante, a imprensa, através de seu poderio na divulgação de informações, é uma arma poderosa.

Por essa razão, é que a Lei nº 5.250/1.967 disciplina o dano moral em alguns de seus dispositivos, buscando a punição dos comprovados excessos da mídia, responsabilizando-a por seus atos.

Quando de sua entrada em vigor, a lei de imprensa deu um passo à frente de seu tempo, ao admitir o ressarcimento dos danos morais, no caso de crimes contra a honra. Veja, *ipsis literis* a redação do artigo 49:

Art. 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direitos, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I – Os danos morais e materiais, nos casos previstos no artigo 16, II e IV, no artigo 18 de calúnia, difamação ou injúria;

[...]

Ademais, vai além quando prevê a indenização de forma tarifada, que talvez não seja a forma mais justa de compensar o dano moral sofrido, haja vista que é absolutamente subjetiva a amplitude do ressarcimento. E não é só, prevê, ainda, no caso de reincidência comprovada, um acréscimo na quantia a ser paga pelo ofensor, que equivale ao dobro da quantia pré-fixada na lei.

5.2.4 Lei dos direitos autorais

A lei nº 9.610/1.998, protege os direitos morais do autor da obra, que se constituem em direitos de usar, gozar, dispor e reivindicar a obra. Esses direitos são inalienáveis e irrenunciáveis, estão elencados no artigo 27 da supracitada lei.

Violados tais direitos, surge para o autor da obra o direito à reparação decorrente do dano moral sofrido. Assim, toda obra utilizada indevidamente implica em ilícito, que atinge a moral do autor e deve, portanto, ser ressarcida. Essa é a redação do artigo 108 da lei em comento.

5.2.5 Código brasileiro de telecomunicações

A lei nº 4.117/1.962 prevê, portanto, desde a década de 60, expressamente, a possibilidade de reparação do dano moral, protegendo os direitos extrapatrimoniais, indicando, inclusive, a forma de reparação do dano.

Essa lei previu a reparação do dano moral independente do dano material, pois antes entendia-se que o dano moral era admitido tão somente como reflexo do dano patrimonial.

O Código Brasileiro de Telecomunicações prevê, nos artigos 81 a 88, hipóteses de dano moral relativos à ofensas irrogadas contra a honra de alguém. Ainda, havia previsão no sentido de que a ação civil pleiteando reparação dos danos morais sofridos era independente de ação no campo penal.

Apesar dessa previsão, o Decreto-lei nº 267/1.967, revogou tais dispositivos e, os novos artigos do Código Brasileiro de Telecomunicações não trataram mais sobre a reparação civil do dano moral.

5.3 Posicionamento Jurisprudencial

Anteriormente à dicção da Código Civil de 1.916, a jurisprudência não admitia a reparação dos danos morais. Após tal codificação, passou-se a admiti-lo, mas apenas nos casos em que estivesse atrelado ao dano material.

O Supremo Tribunal Federal acolhia os danos não patrimoniais apenas nos casos expressos na legislação civil e demais leis esparsas, vedando a sua cumulação com os danos patrimoniais. Igualmente se portavam os Tribunais Estaduais.

Timidamente, começaram a surgir decisões acolhendo indenizações por danos morais em situações não expressas na lei civil.

A jurisprudência moderna, consoante as disposições constitucionais admite a compensação moral, bem como a sua cumulação com os danos patrimoniais. Os valores compensatórios são fixados em consonância com a razoabilidade e com a preocupação em coibir o enriquecimento sem causa. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. NEXO DE CAUSALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADO. FALHAS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. REDUÇÃO.

1. Restou demonstrado o nexo de causalidade entre as falhas perpetradas pela instituição financeira, quando permitiu o desconto de cheques já anteriormente sustados, e a indevida negativação do nome do Recorrido junto aos órgãos de proteção ao crédito, a par da manutenção da restrição, mesmo após um largo período de tempo;

2. **Quanto ao valor fixado na condenação, deve atuar este Tribunal Superior naquelas hipóteses em que desarrazoado o valor imposto na condenação, como se dá na espécie, evitando-se assim o injustificado locupletamento da parte vencedora;**

3. Recurso Especial parcialmente provido.

(STJ, REsp 656915/MG; Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, v.u., j. 12/09/2006)

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE CRÉDITO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. COMPATIBILIDADE DO VALOR DA INDENIZAÇÃO À LESÃO.

I. A indevida inscrição em cadastro de inadimplentes gera direito a indenização por dano moral, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelo autor, que se permite, na hipótese, presumir, gerando direito a **ressarcimento que deve**, de outro lado, **ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito**, o que foi observado no caso dos autos, com a redução do quantum originariamente estabelecido pelo Tribunal a quo.

II. Agravo improvido.

(STJ, AgRg no REsp 610242/SC, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, v.u., j. 21/06/2005)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO PARCIAL. PRECLUSÃO DOS TEMAS DESACOLHIDOS NO AGRAVO. CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE DO PAI. ANTERIOR AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA PELA MÃE. NOVA AÇÃO AJUIZADA PELOS FILHOS. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. LIMITES SUBJETIVOS. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. INVIABILIDADE. ENUNCIADO Nº 5 DA SÚMULA/STJ. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

I – [...]

II – [...]

III – O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. **Na espécie, diante de suas circunstâncias, o valor fixado mostrou-se exagerado, a reclamar redução.**

IV – [...]

(STJ, REsp 268020/SP, Rel. Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 13/11/2001)

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERASA. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. DANO MORAL. VALOR EXCESSIVO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. REDUÇÃO.

I. Constitui ato lesivo à moral dos devedores a inscrição de seus nomes em cadastro de proteção ao crédito, se protegidos por medida judicial que alongara, em tutela antecipada, a dívida beneficiada pela Lei nº 9.138/95.

II. **A indenização pelos danos, contudo, deve ser fixada de modo razoável, evitando-se excesso que redunde enriquecimento sem causa**, por sua incompatibilidade com a lesão sofrida.

III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(STJ, REsp 399723/TO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, v.u., j. 25/06/2002)

Assim, verifica-se que o atual posicionamento da jurisprudência é no sentido de admitir a indenização do dano moral, preocupando-se, contudo, em coibir o enriquecimento indevido por parte da vítima.

6. A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

6.1 Critérios Utilizados para fixação do Quantum e fatores influentes

Segundo a redação do artigo 948, do Diploma Civil Brasileiro, “a indenização mede-se pela extensão do dano”, e o parágrafo único acrescenta que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” Ademais, prescreve o artigo 945, também do Código Civil, que havendo concorrência culposa da vítima para a concretização do evento danoso, a indenização será reduzida, de acordo com a sua parcela de culpa.

Ora, o legislador do Código Civil, apesar de não ter colocado à disposição dos aplicadores do direito critérios objetivos para auxiliar na determinação do valor a ser pago à título de indenização, estabeleceu, de outro modo, critérios que visam diminuir o *quantum debeatur*, de acordo com as situações concretas. Entretanto, muitos julgadores tem-se utilizado desses dispositivos como forma de acrescentar um plus ao valor indenizatório.

A indenização decorrente do dano moral possui duplo caráter. De um lado tem natureza ressarcitória, pois visa satisfazer o dano sofrido pela vítima. De outro lado, está voltado à figura do agressor, e sua natureza passa a ser punitiva, de caráter pedagógico, pois fará o transgressor lembrar-se de que não deve jamais causar dano a outrem.

Entretanto, esse caráter punitivo, adotado no sistema jurídico norte-americano, é defendido por alguns doutrinadores brasileiros como uma das facetas da indenização por danos morais, pois estes defendem que não se trata de pena civil. Porém, para outros, não é constitucional, na medida em que, inexistente na lei qualquer estipulação sancionatória, o que viola o princípio da legalidade. A não aceitação desse caráter é que ele é meramente reflexo, não sendo a função

precípua da indenização, que ao contrário é recompor o patrimônio do lesado, em caso de dano material, e servir de compensação na hipótese de dano moral.

Nada obstante, a doutrina pátria ainda não adotou critérios objetivos para se aferir o montante indenizatório para os casos de dano moral. Apenas o artigo 946, do Código Civil, remete à lei processual civil, que também nada dispõe a esse respeito.

Essa tarefa de quantificar o dano moral fica à cargo do magistrado que, de acordo com a doutrina, deve arbitrá-lo seguindo critérios de prudência, razoabilidade, livre convencimento motivado e eqüidade, bem como, nas fontes supletivas elencadas pela Lei de Introdução ao Código Civil, no artigo 4º, para estabelecer o montante indenizatório na sentença. Incumbe salientar que todas as decisões estão sujeitas ao princípio da motivação, previsto na Carta Magna, em seu artigo 93, inciso IX.

A indenização, em seu caráter pedagógico, leva o magistrado a avaliar os seguintes fatores, elencados de acordo com o ensinamento de Antonio Jeová Santos:

a) a gravidade da falta; b) a situação econômica do ofensor, especialmente no atinente à sua fortuna pessoal; c) os benefícios obtidos ou almejado com o ilícito; d) a posição de mercado ou de maior poder do ofensor; e) o caráter anti-social da conduta; f) a finalidade dissuasiva futura perseguida; g) a atitude ulterior do ofensor, uma vez que a sua falta foi posta a descoberta; h) o número e nível de empregados comprometidos na grave conduta reprovável; i) os sentimentos feridos da vítima. (2004, p. 160/161)

Assim, o julgador deve sempre observar no momento da fixação da indenização moral este rol de fatores que indicam o menosprezo do ofensor face ao seu ato e suas e conseqüências para a vítima.

De outro modo, para aqueles que não defendem o caráter sancionatório e pedagógico dessa indenização, a razão para a não aceitação está no risco de ocorrer uma fixação excessiva de valores indenizatórios, acarretando, assim, o enriquecimento indevido da vítima, o que não se admite.

Portanto, na ausência de critérios e fatores objetivos para o julgamento das causas que versam sobre indenizações decorrentes de danos morais, o juiz

deve se valer de critérios subjetivos, a serem considerados na hipótese *sub examine*.

Nesse diapasão, há que se explicar sobre o prudente arbítrio do magistrado. Este critério é uma das únicas formas de superação da problemática da fixação da indenização moral. No entanto, apenas o arbítrio do ser humano não é suficiente, pois haveria o risco de diante de situações idênticas, ou muito semelhantes, ocorrerem divergentes decisões, indenizações díspares, veja-se o grande número de magistrados apenas no território de nosso estado.

Apesar dos pontos negativos, o prudente arbítrio do juiz, jamais deve ser afastado, pois, consoante já mencionado, todas as suas decisões serão motivadas, o que evita quaisquer transtornos para as partes da relação jurídica processual, que poderão ter a sentença que lhe foi desfavorável reformada pelo tribunal. Assim explica Ordoquil Castilla, *apud* Antonio Jeová Santos:

A discricionariedade mal exercida configura um erro de direito, que habilita reforma da sentença. Deve ser possível reconstruir os fundamentos nos quais o juiz se embasou para estabelecer uma determinada quantia ressarcitória. Por isso, na motivação da sentença, deve especificar claramente quais foram as pautas tomadas em conta para chegar a montante determinado, as provas que se ponderaram e os precedentes jurisprudenciais, sobre os quais o juiz adaptou a solução ao caso concreto. (2004, p. 154)

Por tudo isto, é que a prudência do juiz, no momento de arbitrar a indenização, deve ser sempre considerada e atrelada a demais fatores presentes e avaliados caso a caso.

Outro importante critério é a razoabilidade. O princípio da razoabilidade está ao lado do princípio do livre convencimento motivado do magistrado e, se assenta na análise do presente tema, na idéia de que na valoração das indenizações deve ser mantida a proporcionalidade e proibidos os excessos. Nesse sentido, a condenação na indenização por danos morais deve ser fixada em padrões razoáveis, não implicando em punição excessiva para o ofensor, nem em enriquecimento ilícito para a vítima.

Desta maneira decidiu o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e as peculiaridades de cada caso. (STJ, REsp 171084/MA, v.u., j. 18/08/1998)

Há, ainda, que se falar no livre convencimento do magistrado, que implica na necessidade de motivação das decisões judiciais. Este princípio decorre, logicamente, do princípio do devido processo legal, esculpido na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LIV, e mesmo que não viesse expresso no artigo 93, incisos IX e X da Lei Maior, bem como no artigo 131, do Código de Processo Civil, haveria a obrigatoriedade de sua observância em razão do princípio supramencionado.

No campo do dano moral, a justificativa do magistrado para a sua decisão deve ser detalhada, especialmente no que tange aos fatores que influenciaram o seu convencimento para a fixação da quantia ressarcitória devida. Isso se exige, posto que há lacuna na lei no que toca à determinação do *quantum debeat* do dano moral e, o magistrado jamais pode se eximir da obrigação de julgar por essa razão.

A exposição dos motivos de seu convencimento para valoração determinada servirá a arquitetar um sistema indenizatório justo.

A equidade, como critério para estabelecer uma indenização justa, está previsto no artigo 944, em seu parágrafo único, do Código Civil, além de ser também uma das maneiras de suprir a lacuna existente na lei.

O artigo 127, do Código de Processo Civil, ensina que a equidade só pode ser utilizada como critério de julgamento, nos casos permitidos em lei. No caso em exame, o Código Civil faculta ao juiz tal possibilidade.

A equidade consiste em decidir integrando a norma, o fato e o valor, especialmente nos casos de contradição e lacuna na lei. Em consonância com a Lei

Maior, ao magistrado é permitido julgar com eqüidade sempre que necessário para a justa interpretação, integração e aplicação das normas.

Portanto, o juiz é livre para decidir acerca das indenizações não-materiais, mas desde que o uso da eqüidade seja conjugado à prudência, razoabilidade e motivação detalhada de seu convencimento.

Além desses critérios, outros existem para facilitar a quantificação do dano moral. Dentre eles está a incomensurabilidade do dano moral. Há uma grande dificuldade em mesurar em dinheiro algo que não possua tradução pecuniária. É problemático traduzir-se em dinheiro todas as diminuições da personalidade da vida da vítima. É exatamente por essa razão que não existem critérios matemáticos para se aferir o quanto em dinheiro é devido à vítima de dano moral e, tal atividade é deixada a cargo do prudente arbítrio do juiz, conforme já delineado acima.

Outro fator de influência é a homogeneidade que deve existir entre o valor que se pretende reparar e o correspondente valor em pecúnia. Nesse sentido, incumbe afirmar que a indenização não pode ser tão ínfima a ponto de caracterizá-la como meramente simbólica, nem tão excessiva caracterizando-se como forma de locupletar-se à custa do ofensor. Assim é que se pode afirmar que o teto fixado pelo magistrado deve ser prudente.

Ademais, o juiz deve estar atento também ao contexto econômico do país, que é mais um fato influente a ser considerado quando da determinação do valor a ser indenizado. Assim é que no Brasil, diferente do que ocorre no direito norte-americano, não há lugar para indenizações tão vultosas, haja vista vivermos em um país de terceiro mundo, que luta para levar adiante a sua economia.

Mais um fator de grande influência está nas provas carreadas aos autos pelas partes, que para a concessão da indenização devem ser cristalinas e cabais. Hodiernamente, com a indústria do dano moral que foi criada na legislação pátria, em quase todas as demandas é possível encontrar pedidos de indenização por danos morais, sem que a parte e seu advogado expliquem qual a origem de tal dano que se busca reparar, inexistem, ainda, quaisquer elementos comprobatórios de suas vazias alegações. Assim é, que o caso deve sempre ser avaliado, tanto pelo advogado, quanto pelo julgador, com as peculiaridades que lhes são próprias.

Nesse aspecto, deve-se mencionar acerca da tarifação do dano moral, cuja previsão era feita por algumas leis já revogadas. Havia um Projeto de Lei do Senado (Projeto de Lei do Senado nº 150/1999), que previa sobre a indenização tarifada de acordo com a gravidade da ofensa, que era classificada de natureza leve, moderada e grave.

Entretanto, apesar de ser um critério objetivo, demonstra-se inconstitucional, pois caminha contra os preceitos constitucionais de proteção integral à pessoa humana, já que a Constituição Federal de 1.988 colocou o homem como eixo central do direito, especialmente do direito constitucional, o que levaria à decisão determinante do valor a ser pago sem, contudo, atentar para as particularidades de caso concreto.

Tarifar a indenização equivaleria a impor um limite, um teto de indenizações, o que fere diretamente o dispositivo da Lei Maior que prevê a integral compensação do dano moral. A tarifação implicaria em banalizar o instituto do dano moral, pois o ofensor conhecendo a consequência de sua conduta, analisaria friamente sobre as vantagens e desvantagens da prática do ilícito.

6.2 A Problemática da Ausência de Critérios Objetivos no Momento de Aferir o Montante Indenizatório

Nos termos acima delineados, concluiu-se que a tarifação, além de inconstitucional, poderia levar o ofensor a concluir pela prática do ilícito, uma vez que já conheceria as consequências de seu ato. Por essa razão, a melhor maneira de se chegar ao valor devido na compensação pelos danos morais é o critério do arbitramento pelo magistrado, de acordo com os critérios sugeridos pela doutrina e, também já elencados acima.

Contudo, a falta de critérios objetivos gera alguns problemas para o sistema judiciário. Dentre tais problemas pode-se apontar a necessidade de um

consenso acerca da quantia devida a título de danos morais, a falta de segurança jurídica e a falta de coerência das decisões.

A respeito da necessidade de consenso impõe-se estabelecer que os juízes devem chegar a um ponto comum, a disparidade entre as decisões causa espanto, é inadmissível, que a magistratura seja taxada, ora de egoísta, ora de generosa, ou ora avarenta, ora pródiga.

De igual modo, a segurança jurídica fica afetada, pois não se pode prever o resultado da demanda, ora, isso decorre da falta de consenso. Houvesse consenso, não haveriam tantas incertezas acerca do valor aproximado que a vítima poderia perceber.

A falta de coerência implica em injustiça, pois o leigo não entende o motivo das disparidades das indenizações que, ora são vultosas, ora são ínfimas, isso importa em descrédito para o Poder Judiciário. Por esse motivo, é que para casos semelhantes, valores semelhantes de indenizações deveriam ser arbitrados.

Ante essa falta de critérios para dosar corretamente o valor a ser percebido pela vítima à título de indenização pelos danos morais, o Poder Judiciário não deve de pautar por valores ínfimos, nem também valores excessivos, o que implicaria em desmoralizá-lo.

Nesse sentido, já ensinava Caio Mário da Silva Pereira:

A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. (1998, 60)

Destarte, a falta de critérios de ordem objetiva para se aferir o montante indenizatório nos danos morais, conduz a uma série de problemas que acaba por desmoralizar o Poder Judiciário Brasileiro que, em razão da falta de coerência e consenso nas decisões, profere decisões diametralmente opostas, inclusive para casos semelhantes, o que é inaceitável. Assim, o dano moral deveria partir de um critério similar para casos similares, admitindo-se, de acordo com o

caso concreto, que tais critérios sejam flexibilizados. Só dessa maneira as compensações morais passariam a ser justas.

7. ENRIQUECIMENTO INDEVIDO

7.1 Conceito

Consoante ensinamento de MOSCON, “o enriquecimento sem causa consiste no indevido deslocamento patrimonial, sem a correspondente causa jurídica, norma ou contrato que justifique o deslocamento positivo ou negativo.” (2003, p. 10)

Maria Helena Diniz afirma que se trata de:

Ganho não proveniente de causa justa. Aumento do patrimônio de alguém sem justa causa, ou sem qualquer fundamento jurídico, em detrimento do de outrem. É aquele que gera o locupletamento à causa alheia, justificando a ação de ‘in rem verso’. (1998, p. 337)

Nas relações jurídicas, especialmente nas unilaterais, é freqüente que uma das partes se enriqueça em detrimento da outra. Entretanto, pode ocorrer que o enriquecimento decantado seja desprovido de conteúdo jurígeno.

De acordo com Limongi França, “enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico”. (1977, p. 210)

Assim, opera-se o enriquecimento ilícito, sempre que ocorrer aumento patrimonial de um sujeito em detrimento do patrimônio de outro e, desde que esse deslocamento patrimonial seja injustificado. Cuida-se de fonte geradora de obrigações, ainda que anormal.

7.2 Lineamentos históricos

7.2.1 Legislação pátria

O Código Civil de 1.916 não expressamente sobre o instituto do enriquecimento sem causa.

Dispositivos esparsos no Código tratavam do assunto, de forma a coibir o enriquecimento sem causa. Vejam-se alguns deles:

Art. 157. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.

Esse dispositivo estabelece que aquilo que se pagou a um incapaz, em razão de um negócio realizado e, posteriormente anulado, deve ser restituído, desde que se prove que a quantia paga foi revertida em proveito do incapaz ou está, ainda, em sua posse. Esse artigo do Código Civil de 1.916, encontra correspondência com o artigo 181, do Novo Código Civil e, estampa o princípio da proibição do enriquecimento sem causa.

Art. 510. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.

Art. 511. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio. Devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.

Art. 513. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito, porém, às despesas da produção e custeio.

O artigo 510, do Código Civil de 1.916, foi mantido em sua exata redação pelo artigo 1.214, do Código Civil de 2.002, e, o antigo artigo 511, foi

alocado no parágrafo único, do artigo 1.214. O artigo 513, tem correspondência com o artigo 1.216.

De acordo com tais artigos, nos casos de posse de coisa que produza frutos, as despesas com produção e custeio devem ser deduzidas dos frutos a serem restituídos, desde a data em que cessou a boa-fé do possuidor. Também o possuidor de má-fé tem direito às despesas de custeio e produção. Esses dispositivos deixam bastante clara mais uma aplicação da teoria do enriquecimento sem causa em nosso ordenamento civil antigo.

Art. 541. Quando por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, poderá o dono do primeiro reclamá-lo do segundo; cabendo a este a opção entre aquiescer a que se remova a parte acrescida, ou indenizar ao reclamante.

Este dispositivo cuida do instituto da avulsão (atual artigo 1.251, e seu parágrafo único). Cabe ao proprietário do terreno que se beneficiou com o aumento de sua propriedade concordar com a remoção da parte acrescida, ou indenizar, nos exatos limites da vantagem auferida, o dono do prédio que perdeu parte de sua propriedade.

Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.

O artigo em enfoque está alocado no Novo Código Civil, no artigo 413. O dispositivo em epígrafe estatui que no caso de ser inadimplida apenas parte da obrigação, a multa estipulada para o caso de demora ou inadimplemento da obrigação, deve ser reduzida proporcionalmente pelo magistrado. Com isso, a intenção do legislador de 1.916 é evitar que uma das partes da obrigação se enriqueça de maneira indevida.

Art. 964. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir. A mesma obrigação incumbe ao que recebe dívida condicional antes de cumprida a obrigação.

O pagamento indevido tratado por esse artigo, é também previsto, com algumas alterações pelo atual artigo 876, do Código Civil de 2.002. O pagamento indevido pode ocorrer de duas maneiras, uma delas é quando o sujeito paga uma dívida inexistente, e outra é quando paga a pessoa diversa do credor.

Assim, aquele à quem se paga indevidamente, fica obrigado a restituir a quantia erroneamente quitada. Esse dispositivo veda o enriquecimento sem causa.

Art. 1.519. Se o dono da coisa, no caso do art. 160, n. II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo, que sofreu.

Esse é o texto, com algumas alterações, do atual artigo 929, do Código Civil de 2.002. O artigo dispõe que no caso de destruição de coisa alheia, deve o proprietário desta, sem culpa, ser restituído, em razão dos prejuízos que sofreu.

Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III – o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele;

IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

O artigo em análise está previsto, com algumas modificações, no artigo 932, do Novo Código Civil. O inciso V, desse dispositivo, é mais uma norma de proibição ao enriquecimento sem causa na legislação civil antiga. Ele estabelece que aquele que participou nos produtos do crime, são responsáveis pela reparação civil até a quantia que lhe beneficiou, mas desde que tenha recebido de boa-fé.

Assim, verifica-se que apesar de o Código Civil de 1.916 não possuir disposição expressa acerca da teoria do enriquecimento sem causa, tal instituto, ainda que em dispositivos esparsos, nunca foi negado pela legislação civil brasileira antiga, que o tratou sob um prisma geral.

7.2.2 Legislação estrangeira

Historicamente, a figura do enriquecimento ilícito surgiu no Direito Romano. Em regra, a figura contratual no direito romano era abstrata. Com o intuito de diminuir esse abstracionismo, em razão da praticidade que o caso concreto exige, surgiram algumas formas técnicas visando coibir o enriquecimento sem causa.

Apesar disso, os romanos não criaram uma teoria para o enriquecimento sem causa. Por isso, o problema foi sensivelmente notado por eles. O sistema romano previa as *condictiones*, que solucionavam os problemas existentes na prática, sem, contudo, criar uma posição sentenciosa com relação ao assunto.

A finalidade do instituto das *condictiones* era a de extinguir as situações iníquas, não previstas pela legislação, tais como o enriquecimento ilícito.

Assim, o direito pretoriano favorecia sempre a parte mais fraca da relação jurídica, sempre que o caso exigisse proteção, o pretor concedia a *condictio* mais adequada àquela situação singular. Daí é que se verificam várias situações apresentadas no texto do *Digesto*, no sentido de coibir a prática do enriquecimento sem causa.

A obrigação de restituição daquilo que, indevidamente, foi pago, visando evitar o enriquecimento ilícito, no direito romano, é das mais antigas maneiras de se aplicar a teoria geral definitivamente estabelecida na época clássica.

No corpo das *Institutas de Justiniano*, a figura da *indebiti solutio*, era concebida como um quase contrato, e como uma das formas do enriquecimento indevido. Essa era a principal e mais antiga das condições (*condictiones*).

A *condictio indebiti* ou a *indebiti solutio*, sancionava a obrigação do pagamento indevido. Para que se configurasse tal sanção exigia-se que houvesse o cumprimento de uma suposta obrigação e, que tal fosse indevida. Exigia-se, ainda, que houvesse juntamente com o cumprimento da obrigação indevida o erro escusável. E mais, o credor da obrigação deveria estar de boa-fé, caso contrário, a

ação correta seria a *condictio furtiva*. Assim, com a boa-fé do credor, este só estava obrigado a devolver aquilo que, efetivamente, enriqueceu com o cumprimento indevido da obrigação.

Também, havia previsão do enriquecimento sem causa no Direito Canônico, que previa no cânone 1.267, § 1º: “*Si no consta lo contrario, se presumen hechas a la persona jurídica lãs oblaçiones entregadas a los Superiores o administradores de cualquier persona jurídica eclesiástica, aunque sea privada.*” Com isso, visava-se coibir enriquecimento, ocasionado pelos donativos feitos em razão do cargo ocupado pelo administrador ou superior.

O tema do enriquecimento ilícito teve tratamento dicotômico nas diversas legislações que influenciaram o direito brasileiro.

Na França, o enriquecimento sem causa sempre possui caráter geral, não havia previsão legislativa, porém, fundado nos princípios gerais do direito e em critérios de equidade, nunca foi negado pelos Tribunais. É importante mencionar que no direito francês o instituto sob enfoque jamais teve caráter contratual.

De outro modo, na Alemanha, substituindo-se as *condictiones* romanas, a matéria recebeu enumeração taxativa, objetivando-se uma matéria de conjunto, verdadeira teoria geral sobre o tema. Assim, independente de perscrutar a causa, os atos, desde a sua prática, produzem efeito. Isso implica dizer que, paga indevidamente uma quantia, aquele que obteve o enriquecimento fica obrigado a restituí-lo.

O artigo 812, do BGB, traça a teoria geral do enriquecimento sem causa, elencando seus três elementos, o *enriquecimento* de alguém, ocasionado por outrem, com o seu conseqüente *empobrecimento*, fenômeno ocorrido *sem causa jurídica*. Este último é o elemento mais importante. No direito alemão, diferentemente das demais legislações, a ação de enriquecimento sem causa não ostenta caráter de subsidiariedade.

O direito suíço segue a mesma ideologia do direito germânico. O direito italiano e o direito português tratam no tema com uma regulamentação geral e sistemática e, também, como fonte de obrigações. No direito lusitano é, inclusive, uma fonte autônoma de obrigação. Em Portugal, a ação de enriquecimento sem causa é subsidiária.

7.3 Dispositivo legal

O Código Civil de 2.002 disciplina o enriquecimento sem causa em sua Parte Especial, no Livro I, que trata do Direito das Obrigações, está no Título VII (Dos Atos Unilaterais), e, mais especificamente, no capítulo IV “Do enriquecimento sem causa”, nos artigos 884 a 886.

Além desses dispositivos específicos sobre o instituto sob enfoque, há, ainda, à exemplo do legislador do Código Civil de 1.916, outros artigos que sancionam o enriquecimento sem causa, e obrigam a restituição dos benefícios recebidos indevidamente. Dentre tais dispositivos, podem ser citados os artigos 181, 413, 876, 929, 932, 1.214, 1.216, 1.251 (estes já foram analisados acima, e guardam correspondência com o Código Civil de 1.916).

Há, ainda, como bem lembrado por Fábio Ulhoa Coelho o caso da dívida oriunda de jogo:

[...] a dívida de jogo não pode ser judicialmente cobrada, no direito brasileiro (CC, art. 814, *caput*, primeira parte), porque não há causa jurídica para o enriquecimento do jogador vitorioso e o empobrecimento do perdedor. A mera sorte não é considerada, para o nosso direito, fundamento jurídico suficiente à transferência forçada do valor em jogo do patrimônio deste para aquele. Seria enriquecimento sem causa, portanto, a execução judicial desse contrato. (2004, p. 244)

Como se vê, o Código Civil de 2.002 não protege aquele que se enriquece ante a falta de fundamento jurídico para tanto. Além desses dispositivos já mencionados, outros existem, espalhados pelo *Codex*, destinados a coibir o enriquecimento sem causa.

7.4 Fundamento do enriquecimento ilícito

A doutrina tem apontado três fundamentos sob os quais se funda a obrigação advinda do enriquecimento sem causa. São eles o fundamento moral, o fundamento como princípio geral de direito, e o fundamento na equidade.

O fundamento moral se justifica em razão da íntima relação entre a Moral e o Direito, do mínimo ético exigido nas relações jurídicas, e da ideologia de justiça. De tal sorte, é moralmente inadmissível, aos olhos da sociedade, a situação de alguém se enriquecer às expensas de outrem.

De outro modo, existe o fundamento do enriquecimento sem causa como Princípio Geral de Direito. Sob esse aspecto, impõe-se afirmar que o enriquecimento sem causa exerce função diretiva dentro do ordenamento jurídico. É nesse sentido que a maioria da doutrina se posiciona.

Ademais, esse fundamento, além de doutrinário, é também jurídico, pois é assente no artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

O fundamento da equidade remonta ao direito romano, quando a restituição era fundada na ausência de equidade do ato de possuir consigo algo que pertence a outra pessoa. Hodiernamente entende-se que o fundamentado assentado na equidade visa, acima de tudo, assegurar o equilíbrio entre os indivíduos da sociedade.

O enriquecimento sem causa é, em verdade, um ato imoral. Entretanto, não se pode olvidar que, por si só, é incapaz a dar azo à antijuridicidade do ato. O locupletamento, consoante a análise do artigo 884, do Código Civil, possui elementos jurídicos suficientes para caracterizá-lo, consoante se passa a analisar.

7.5 Requisitos do enriquecimento ilícito

A doutrina não é unânime quanto à enumeração dos elementos constitutivos do locupletamento. Agostinho Alvim e Caio Mário apontam cinco requisitos, seguindo a mesma sistemática da doutrina francesa: 1) o empobrecimento de um indivíduo; 2) o enriquecimento de outro; 3) o nexo de causalidade existente entre o enriquecimento e o empobrecimento; 4) a ausência de justa causa; e, 5) o caráter de subsidiariedade da ação de enriquecimento ilícito.

A maioria da doutrina, entretanto, aponta para a existência de três requisitos, elencados no texto do artigo 884, do Código Civil. São eles: 1) a existência de um enriquecimento; 2) a obtenção do enriquecimento à custa de outrem; e, 3) ausência de causa justificadora para o enriquecimento.

Conforme a disposição do artigo supracitado, quando todos esses elementos se fizerem presentes ao caso concreto, é possível a propositura da ação de restituição, fundada no enriquecimento indevido. Essa ação, no dizer de Agostinho Alvim é subsidiária, pois a finalidade do instituto não é a ação, em si, mas é gerar a obrigação. É a obrigação que faz surgir o direito à ação. Entretanto, a propositura desta não é obrigatória, visto que as partes podem compor o litígio extrajudicialmente. Daí, é a disposição do artigo 886, do Novo Código Civil.

O enriquecimento pode-se dizer, é toda vantagem auferida apreciável em dinheiro. O ato de enriquecer não é imoral ou ilegal, mas desde que fundado em causa jurídica legítima, quando terá ampla proteção do direito. Assim explica a doutrina:

A juridicidade da causa torna o enriquecimento digno de amparo da ordem jurídica. De outro lado, a falta de fundamento jurídico para a causa do enriquecimento afasta a proteção da lei. (COELHO, 2004, p. 243).

Assim, sendo legítimo o enriquecimento da pessoa, não há que se falar em locupletamento, e, portanto, possível imaginar-se a tutela pelo direito.

O empobrecimento é o lado inverso do enriquecimento, ou seja, é qualquer diminuição de patrimônio ou elevação do passivo. É requisito essencial para compor o instituto do enriquecimento sem causa, que consiste em enriquecer às custas de outra pessoa, que via de consequência, sofre uma diminuição patrimonial.

O liame de causalidade também é de suma importância, e deve estar presente no mesmo fato, numa relação de causa e efeito.

A ausência de causa justificadora é um requisito de ordem jurídica e, ao mesmo tempo, moral. Para a configuração do enriquecimento, como vantagem às expensas de outrem, é necessário que não tenha havido causa que o justificasse, sem que o proveito tenha se fundado em lei ou negócio jurídico lícito. O artigo 885, do Código Civil, dispõe que, ainda que tenha havido uma causa justificadora, mas essa tenha deixado de existir, o recebimento passa a ser considerado vantagem indevida e, o motivo, antes lícito, passa a ser ilícito, pois infundado em título legítimo.

Essa exigência de haver causa justificativa, a fim de não configurar o locupletamento, se faz, em razão de a grande maioria dos contratos exigir uma contraprestação. Só assim, a função econômico-social dos contratos e das obrigações é satisfeita.

8. CONCLUSÃO

Em nosso arcabouço jurídico, durante longo tempo, a ressarcibilidade do dano moral foi amplamente debatida, divergindo opiniões doutrinárias.

As incertezas prolongaram-se por anos. Algumas leis específicas foram editadas, tais como, a Lei de Imprensa e o Código Brasileiro de Telecomunicações, e já previam pela possibilidade de ressarcimento do dano não patrimonial.

Contudo, apenas em 1.988, com a vigência da Constituição Federal, a discussão teve seu desfecho. A ressarcibilidade do prejuízo extrapatrimonial foi reconhecida e passou a ser uma garantia constitucional, com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, entabulado pelo artigo 1º, inciso , da Constituição Federal, que é também uma das pilstras do Estado Democrático de Direito.

A Carta Magna, no artigo 5º, incisos V e X, consagrou, expressamente, a obrigação de indenizar os danos puramente morais.

O dano moral se configura em decorrência da prática de um ato injusto que abala o sentimento anímico da vítima, tão impetuoso que lhe provoque alteração no bem-estar psicofísico. Dessa idéia, afasta-se o mal-estar fugaz sofrido pela pretensa vítima, bem como os dissabores cotidianos, comuns no convívio em sociedade.

Hodiernamente, o grande problema enfrentado pelos aplicadores do direito é a inexistência de critérios objetivos a serem utilizados na quantificação do dano moral.

A tarefa de mensurar o *quantum debeatur*, ante a ausência de critérios objetivos, está a cargo do julgador, que se vale de critérios gerais e específicos. Dentre aqueles estão a prudência, a razoabilidade, o livre convencimento motivado e a equidade. Os critérios específicos guardam relação com o caso concreto, ou seja, o magistrado analisa, dentre outros aspectos, a gravidade e o caráter anti-social da conduta, os sentimentos ofendidos da vítima, bem como a sua colaboração para a concretização do dano, e também a situação econômica de ambos.

Contudo, a falta de critérios objetivos gera alguns problemas para o sistema judiciário. Dentre tais problemas pode-se apontar a necessidade de um consenso acerca da quantia devida a título de danos morais, a falta de segurança jurídica e a falta de coerência das decisões.

É em razão da inexistência de um regime objetivo que se verificam decisões indenizatórias ora vultosas, ora ínfimas. As primeiras, na grande maioria das vezes, injustificadas, gerando o enriquecimento sem causa, que é sancionado pelo sistema jurídico brasileiro. As outras, sequer servem para conscientizar o agente a não reincidir. Essa situação causa ao Poder Judiciário um grande descrédito, pois é inaceitável a prolação de decisões diametralmente opostas para casos semelhantes.

Algumas leis, como as já citadas, previam forma tarifada de indenização, de acordo com a gravidade da ofensa. Porém, apesar de ser um critério prático, esbarra na inconstitucionalidade. Tarifar a indenização equivaleria a impor um teto de indenizações, o que fere incisivamente o dispositivo da Lei Maior que prevê a integral compensação do dano moral. A tarifação implicaria em banalizar o instituto do dano moral, pois o ofensor conhecendo a consequência de sua conduta, analisaria friamente sobre as vantagens e desvantagens da prática do ilícito.

A indenização não pode servir como pena ao agente, seria inconstitucional ante a falta de critérios objetivos a quantificar o dano moral, pois feriria frontalmente o princípio da legalidade. Contudo, também não pode ser tão desprezível, que estimule o agressor a cometer novas infrações dessa ordem. De outro modo, o valor fixado não pode ser tão excessivo, pois o injusto locupletamento deve ser evitado.

Assim, quantificação do dano moral deveria partir de um critério similar para casos similares, admitindo-se, de acordo com o caso concreto, que tais critérios sejam flexibilizados. Com isso, as compensações morais passariam a ser justas, ou seja, compensando o sofrimento da vítima, sem, entretanto, provocar o enriquecimento sem causa. Só dessa maneira, o magistrado poderá dar integral cumprimento ao preceito legal.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Dano moral à pessoa e sua valoração**. 1ª ed; São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

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

BRASIL, Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL, Código Civil (2002). Lei 10.406/02,. Institui o Código Civil. Brasília/DF, 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, Lei de Imprensa (1967). Lei 5.250/67. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília/DF, 09 de fevereiro de 1967.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. V. II; São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed., rev., ampl., e atual. por Rui Berford Dias; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 9º ed; São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. V. III; 20ª ed; São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. V. VII; 17ª ed; São Paulo: Saraiva, 2003.

FALEIROS, Rafael Infante; MELO, Leila Corsi Diniz; Dano moral análise do comportamento da vítima para determinar-se a sua existência e quantificação. **Consulex**, Brasília, DF, ano X, n. 236, p. 48-51, nov. 2006.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed; São Paulo: Malheiros, ano.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8ª ed; São Paulo: Saraiva, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. V. II; 25ª ed; São Paulo: Saraiva, 2003.

JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Romano**. 25ª ed; Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Dano moral**. 2ª ed; São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

JUSTO. A. Santos. **Direito Privado Romano**. V. II; Coimbra: Coimbra, 2003.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 1ª ed; São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª ed; São Paulo: Atlas, 2004.

MOSCON, Cledi de Fátima Manica. **O enriquecimento sem causa e o novo código civil brasileiro**. 1ª ed; Porto Alegre: Síntese, 2003.

PAULA, Alexandre Sturion de, et al. **Dano moral e sua quantificação**. Caxias do Sul: Plenum, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed; Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Instituições de Direito Civil**. V. III; 12ª ed; Rio de Janeiro: Forense, 1990.

REMÉDIO, José Antonio. **Dano mora: doutrina, jurisprudência e legislação**. José Antonio Remédio, José Fernando Seifarth de Freitas, José Júlio Lozano Júnior. São Paulo:: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Guilherme Fernandes Aliende; GUIMARÃES, João Fernando Cavalcante Varella. **A quantificação do dano moral**. *In*: DireitoNet. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/textos/x/15/05/1505/>>. Acesso em 17/set/06.

SANTINI, José Raffaelli; **Dano Moral**. 3ª ed; Campinas: Millennium, 2002.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4ª ed., rev., ampl., e atual.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3ª ed., rev., atual. e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TIMÓTEO, R. A. M. **Dos limites do dano moral frente ao enriquecimento ilícito**. 2000. 86 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. V. IV; 5ª ed; São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Civil**. V. I; 3ª ed; São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Civil**. V. II; 4ª ed; São Paulo: Atlas, 2004.