

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A função preventivo-pedagógica nas indenizações por dano moral e suas
limitações no sistema jurídico brasileiro**

Cid Fernando Sette de Borba

Florianópolis, junho de 2013.

Cid Fernando Sette de Borba

**A função preventivo-pedagógica nas indenizações por dano moral e suas
limitações no sistema jurídico brasileiro**

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

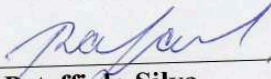
Florianópolis, junho de 2013.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

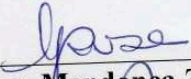
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A função preventivo-pedagógica nas indenizações por dano moral e suas limitações no sistema jurídico brasileiro**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Cid Fernando Sette de Borba**, defendida em **01/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (nove e cinco), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

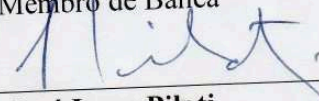
Florianópolis, 01 de Julho de 2013



Rafael Peteffi da Silva
Professor(a) Orientador(a)



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Membro de Banca



José Isaac Pilati
Membro de Banca

Dedico este trabalho a Germânia Dreon Sette, in memoriam, que certamente está em um lugar melhor, mas não teve a oportunidade de presenciar pessoalmente esse grande passo em minha vida acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Ao Des. Jairo Fernandes Gonçalves, por oportunizar o convívio diário e debate sobre o tema, no decorrer de quase dois anos de trabalho, de modo a despertar o interesse no assunto.

Ao Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva, pelas diretrizes sugeridas e compreensão.

Aos meus pais, Cid e Silvina, por um enorme incentivo ao conhecimento desde a infância e sempre acreditarem em mim ao longo de uma vida inteira.

À minha namorada, Bettina Barreto, por todo amor, suporte, carinho e paciência, principalmente em todos os momentos difíceis.

Aos amigos, pelos momentos de descontração e companheirismo durante toda a graduação.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar o instituto do dano moral, sua evolução no Brasil, funções e critérios para quantificação da indenização, com enfoque ao caráter punitivo-pedagógico construído doutrinária e jurisprudencialmente, destacando seu desenvolvimento e atuação nos dias de hoje, para verificar a possibilidade de sua aplicação e quais restrições ser-lhe-iam impostas, considerada a conjuntura atual do ordenamento jurídico brasileiro.

Tendo em vista a previsão legal da vedação ao enriquecimento sem causa, traduzida, no âmbito do dano moral, como a impossibilidade de se atingir, com a indenização, uma situação espiritual superior àquela anterior ao dano, não se poderá arbitrar *quantum* indenizatório suficiente para cumprir papel de desestímulo geral e especial quando há enorme diferença entre as capacidades econômicas das partes.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dano moral. Funções. Compensação. Punição. Prevenção. Quantificação. Limitação. Enriquecimento sem causa.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC/1916 – Código Civil de 1916

CC/2002 – Código Civil de 2002

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJBA – Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DANO MORAL E OS CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO <i>QUANTUM</i> INDENIZATÓRIO	12
2.1 Evolução do dano moral no Direito brasileiro	12
2.2 Conceito de dano moral.....	17
2.3 Funções da indenização por danos morais	20
2.3.1 Função compensatória.....	22
2.3.2 Função punitiva	23
2.3.3 Função preventiva.....	29
2.4 Critérios para quantificação da indenização	31
2.4.1 Método matemático.....	32
2.4.2 Tabelamento legislado	33
2.4.3 Arbitramento do magistrado	36
3 LIMITAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL	39
3.1 Enriquecimento sem causa.....	39
3.2 Capacidade econômica das partes e desigualdade social.....	47
3.3 A impossibilidade de eficácia de um papel preventivo-pedagógico	54
4 CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O tema “indenizações por dano moral”, nos últimos anos, vem se popularizando, ganhando cada vez mais destaque na mídia, seja em reportagens, filmes, seriados. Entretanto, principalmente nos dois últimos meios elencados – por se tratar de material produzido principalmente pelos Estados Unidos, país com cultura diferente jurídica muito diferente da do Brasil –, o tema ficou razoavelmente famoso, mas apresentado sob o modelo norte-americano, que fascinou o brasileiro em geral pelas enormes fortunas concedidas a título de indenização.

Não é necessário pesquisa muito aprofundada para encontrar informações que são divulgadas na internet de condenações milionárias em decorrência de situações das mais diversas, pelas quais se especula tanto a ponto de não se poder ter mais certeza da veracidade do caso, como por exemplo o famoso caso da idosa que sofreu uma grande queimadura com um café da rede McDonald’s vendido muito quente.

De forma cômica retrata a situação dos danos morais o filme “Uma festa no ar”, em que o protagonista recebe indenização, pela morte de seu animal de estimação em virtude de falha de sistema em um avião, em quantia suficiente para abrir sua própria companhia aérea.

Contudo, no Brasil, o instituto do dano moral indenizável não segue os mesmos passos da cultura *yankee*, e não se poderia esperar diferente, pois as bases principiológicas fundamentais do direito entre os dois sistemas jurídicos é diversa, sendo o Brasil representante do sistema romano-germânico e os Estados Unidos o anglo-saxão.

Justamente com o objetivo de esclarecer o assunto das indenizações por danos morais no âmbito do sistema jurídico brasileiro, principalmente em relação àquelas ações em que a busca se dá por um cidadão simples e figura no outro polo da demanda grandes empresas, instituições financeiras, pessoas jurídicas em geral com enormes faturamentos, é que se propõe o presente trabalho, utilizando-se, para tal, análise estruturada no método dedutivo, embasada em estudo bibliográfico.

Inicia-se o primeiro capítulo pela análise histórica dos caminhos traçados e as transições sofridas na jornada evolutiva da reparabilidade dos danos morais,

desde o gérmen da teoria nos doutrinadores, passando pelo tímido desabrochar da teoria nas decisões de alguns magistrados, até o advento da Constituição Federal de 1988 prevendo de forma expressa a possibilidade da indenização por danos morais e a ampla aceitação na jurisprudência.

Também de grande importância é o subsequente estudo do que é dano moral, seu conceito, semelhanças provenientes do ventre da responsabilidade civil e peculiaridades inerentes a essa modalidade de reparação com teor não palpável e que diferenciam e destacam a observância de aspectos delicados e subjetivos que usualmente não estão ligados à linha da *restitutio in integrum* usualmente empregada na responsabilidade civil.

De igual potencial de esclarecimento será a verificação de quais, atualmente, são as funções entendidas por doutrina e jurisprudência que deve a indenização por dano moral desempenhar, e, principalmente, as divergências e críticas às funções outras que não a simples compensação do dano sofrido pela vítima.

Em seguida, caberá elucidar os modos pelos quais se poderia quantificar a verba indenizatória e quais critérios deveria o julgador utilizar para conseguir de maneira justa estipular um valor para a diminuição no âmbito espiritual.

Vencidas as nuances relacionadas ao dano moral no Brasil, entrar-se-á, no segundo capítulo, no terreno real objeto motivador da realização do trabalho neste tema, iniciando-se pela ressalva feita por ambas doutrina e jurisprudência, a sempre presente observância de vedação ao enriquecimento sem causa e como ela pode ser entendida no âmbito da indenização por dano não-patrimonial.

Na sequência será debatida a utilização da capacidade econômica das partes como critério comumente tido como indispensável ao magistrado para a fixação razoável e equilibrada do *quantum* indenizatório, direcionado especialmente, como referido, às situações de assombrosa diferença de disponibilidade de recursos entre o cidadão comum e uma multinacional.

Por fim, aferir-se-á, com base no momento jurídico em que se vive hoje no país, se é possível, além de função compensatória, a aplicação efetiva das indenizações por dano moral como método de prevenção geral e especial contra

práticas lesivas semelhantes entre si e forçar as empresas a melhorarem a qualidade do serviço prestado.

2 DANO MORAL E OS CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

O objetivo deste primeiro capítulo é inserir o leitor ao assunto da reparação por danos morais no contexto do direito brasileiro.

Propõe-se a análise dos obstáculos que a teoria da reparabilidade dos danos morais viu-se obrigada a enfrentar para ganhar o enorme respaldo que possui nos dias de hoje.

Para não deixar margem à dúvida quando se ouve sobre o dano moral de forma genérica, cumprirá de se apresentar o conceito de dano moral e que tipo de funções ele deve cumprir.

Também não poderia ser deixada de lado a maior dúvida referente aos danos morais, sua quantificação. Como pode ser feita e que critérios devem ser levados em consideração para estabelecimento de quantia justa pelo sofrimento do ofendido.

2. 1 Evolução do dano moral no Direito brasileiro

Antes de adentrar no ponto nodal do presente trabalho, cabe traçar um breve panorama acerca de como se comportaram doutrina e jurisprudência ao longo dos anos e de que maneira evoluíram as teorias a respeito da possibilidade de indenização do dano moral no Direito nacional.

Conforme trabalhado por Wesley de Oliveira Louzada Bernardo¹, pode-se separar em três fases distintas o fenômeno do dano moral no direito brasileiro: negativista; reparabilidade restrita; e reparabilidade plena.

Embora os adeptos da reparabilidade do dano moral – dos quais pode-se citar nomes, como Clóvis Beviláqua, Teixeira de Freitas, José de Aguiar Dias, Wilson Melo da Silva, Pontes de Miranda – fossem aumentando com o passar do tempo e a tese ganhando espaço na doutrina, inicialmente, o entendimento majoritário na jurisprudência era negativista, no sentido da impossibilidade da reparação do dano

¹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 p. 88.

moral, e com respaldo moderado de alguns autores, com base forte nos argumentos principais de que não se poderia reparar o dano moral porque seria inviável atribuir preço à dor humana; e a inexistência de previsão legal geral, sendo taxativo o CC/1916 quanto às exceções em que seria possível a reparação de ordem moral.

Discordando a respeito da taxatividade do Código Civil de 1916 em relação à reparabilidade dos danos morais assinala Yussef Said Cahali que “se é certo que o antigo Código Civil se omitira quanto a inserir uma regra geral de reparação do dano moral, não era menos certo que se referia a diversas hipóteses em que o dano moral seria reparável (arts. 1.537, 1.538, 1.543, 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550, todos do CC/1916); tais hipóteses assim referidas estavam longe de constituir simples exceção à regra de que só os danos patrimoniais deveriam ser ressarcidos; antes, pelo contrário, visando apenas disciplinar a ‘forma de liquidação do dano’, prestavam-se para confirmar que estava ínsita na lei civil a ideia da reparabilidade do dano moral”.²

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

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

Assim era a fase da reparabilidade restrita, não se admitindo expressamente a possibilidade do dano moral puro. Apesar de representar um avanço em relação ao momento negativista anterior³, fazia-se ainda necessária a

² CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 41.

³ Em relação ao avanço representado por esse segundo momento, vale lembrar a lição de Cahali: “É certo que o parto dos novos conceitos jurisprudenciais não terá sido menos doloroso, na medida em que, de início, só aceitando a reparação do dano moral que tivesse também provocado uma

alusão ao dano patrimonial indireto para que atingisse o objetivo de se reparar o dano moral.

Apesar de criticada pelos autores positivistas, como Wilson Melo da Silva, citado por Bernardo, quando expõe que “os danos morais ou são puros ou não são danos morais, pois os reflexos patrimoniais dos danos morais, ou danos morais indiretos, não passam de danos patrimoniais comuns”⁴, a principal crítica que se faz à tese restritiva é a ausência de segurança jurídica em relação às indenizações por danos morais, pois, conforme demonstrado por Cahali, quando se admite a reparação por dano moral exigindo a presença de dano patrimonial, o que se exige na verdade é que nas ações de indenização se mascare o dano de ordem moral sob alguma faceta patrimonial antes de submetê-lo à análise do magistrado.

Os clamores pela segurança jurídica da reparabilidade do dano moral foram atendidos pela Constituição Federal de 1988, que, no seu artigo 5º, incisos V e X, não apenas afirmaram a plena possibilidade da indenização por danos morais, como elevaram essa possibilidade a título de garantia constitucional, afastando enfim os argumentos negativistas. Dispõem os referidos incisos:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;⁵

Em relação a essa nova garantia, Cahali aduz que “a Constituição de 1988 apenas elevou à condição de garantia dos direitos individuais a reparabilidade dos danos morais, pois esta já estava latente na sistemática legal anterior”.⁶

redução no patrimônio do ofendido, foi gradativamente ampliando o conceito de ‘dano moral indenizável’, para compreender também os danos patrimoniais indiretos, futuros, presumidos e eventuais, de tal modo que, sob o color de danos patrimoniais revestidos com essa qualificação, deferia-se, dissimuladamente, a reparação do dano moral”. CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 44.

⁴ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 92.

⁵ BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45.

Nesse ponto Rui Stoco ensina que “avançando além de regras de intenção ou normas meramente programáticas, foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que a aceitação plena da reparação por dano moral se consagrou e a inviolabilidade dos bens inerente à personalidade foi afirmada e efetivamente protegida”. Adiante, o autor entende que “a declaração expressa no sentido de proteção e resguardo dos valores morais pela Constituição Federal não é propriamente um direito novo, mas apenas nova roupagem constitucional vestindo o velho e discutido direito”.⁷

Sobre o advento da CF/1988 e as garantias asseguradas, Maria Celina Bodin de Moraes se manifesta no sentido de que “não há lugar, atualmente, para controvérsias quanto à ressarcibilidade do dano moral, em face do que consta da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos V e X, no qual se lê claramente que é assegurado o direito à indenização por danos morais. Todas as objeções quanto à ressarcibilidade do dano moral, portanto, parecem hoje interessantes somente do ponto de vista de sua evolução histórica, pois a reparabilidade dos danos morais não somente é matéria constitucionalmente prevista, mas configura-se ali através de cláusula pétrea”.⁸

Alexandre de Moraes, citado por Clayton Reis, aponta que “a Constituição Federal prevê o direito de indenização por dano material, moral e à imagem, consagrando ao ofendido a total reparabilidade, em virtude dos prejuízos sofridos. A norma pretende a reparação da ordem jurídica lesada, seja pelo ressarcimento econômico, seja por outros meios, por exemplo, o direito de resposta”.⁹

Assim, observa-se que, em que pese a Constituição Federal de 1988 não ter trazido um conceito inteiramente novo, tendo em vista que a tese positivista se fortalecia há tempos na doutrina e finalmente vinha ganhando espaço na jurisprudência, veio simplesmente para confirmar o pensamento dos doutrinadores e elevá-lo a garantia constitucional.

⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 p. 1663.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 155.

⁹ REIS, Clayton. **Dano moral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 85.

Garantida então constitucionalmente a plena reparabilidade do dano moral puro, a seguir, o Código Civil de 2002 reproduziu, também de maneira genérica, em seu artigo 186:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Quanto a essa ausência de regulamentação aprofundada acerca do tema dano moral no Código Civil de 2002, Stoco¹⁰ critica o legislador ao argumentar que “lamentavelmente o Código Civil de 2002, nesta quadra, postou-se na contramão da história, pois é extremamente tímido com relação ao dano moral, tanto que fez menção e ele uma única vez (no art. 186), apenas de passagem, nada mais estabelecendo acerca da proteção fundamental como que revelando a aversão que o legislador nutria acerca desse aspecto da responsabilidade civil.”

Assinala Humberto Theodoro Júnior que “hoje, então, está solidamente assentada a ampla e unitária teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima. Há de indenizar o ofendido todo aquele que cause um mal injusto a outrem, pouco importando a natureza da lesão”.¹¹

Refere-se, também, ao estudo de André Gustavo Corrêa de Andrade, que verifica que “no âmbito da responsabilidade civil, com a consagração no texto constitucional e, mais recentemente, no plano infraconstitucional do direito genérico à indenização do dano moral, o princípio da dignidade humana também passou a ocupar lugar de destaque. É no referido princípio que a reparabilidade do dano moral encontra seu fundamento, e dele podem ser extraídas as regras do *alterum non laedere* e do *suum cuique tribuere*”.¹²

Portanto, percebe-se que, com a Constituição Cidadã, não restou dúvida acerca da proteção, pelo direito, da dignidade da pessoa humana, destacando a

¹⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1664.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 6.

¹² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 28.

indenizabilidade dos danos morais, e, dessa forma, não encontra mais chão a teoria negativista.

Enfim, hoje já há muito vencida a hipótese de irreparabilidade do dano moral tanto na doutrina, quanto na jurisprudência e na Lei Maior, conforme já mencionada passagem de Maria Celina Bodin de Moraes, a análise desse *background* da reparação por danos morais cumpre apenas caráter informativo histórico, a fim de facilitar a compreensão do estado atual desse dispositivo tão dinâmico que é o dano moral.

2.2 Conceito de dano moral

Pontes de Miranda, citado por Cahali, traz o conceito negativo de dano moral ao afirmar que “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que é, *só o atingindo como ser humano*, não lhe atinge o patrimônio”.¹³

Citando Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, Rui Stoco menciona que “o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente dedutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”.¹⁴

Carlos Roberto Gonçalves, citando Zanoni, separa os danos morais em direto e indireto, referindo que “o *dano moral direto* consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem), ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). O *dano moral indireto* consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é

¹³ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 19.

¹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1666.

aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial”.¹⁵

Maria Celina Bodin de Moraes, em tentativa de aplicar conceito mais moderno ao dano moral, sustenta que “tanto será dano moral reparável o efeito não-patrimonial de lesão a direito subjetivo-patrimonial (hipótese de dano moral subjetivo), quanto a afronta a direito da personalidade (dano moral objetivo), sendo ambos os tipos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro”.¹⁶

Antônio Jeová Santos, por sua vez, destaca e questiona três grandes teorias acerca do conceito de dano moral: a) a que considera o dano moral como dano extrapatrimonial, na forma de simples negação; b) a que busca a natureza do bem jurídico ofendido, classificando como dano moral aquele que lesione um direito da personalidade; e c) a que considera dano moral aquela lesão cujos efeitos se manifestem na esfera da personalidade.¹⁷

Filia-se o referido autor ao conceito ensinado por Matilde Zavala de Gonzalez e Ramon Daniel Pizarro, do qual traduz que “*dano moral* é uma modificação desvaliosa do espírito, no desenvolvimento de sua capacidade de entender, querer ou sentir, consequência de uma lesão a um interesse não patrimonial, que haverá de traduzir-se em um modo de estar diferente daquele ao que se encontrava antes do fato, como consequência deste e animicamente prejudicial”.¹⁸

Analisando as diversas definições trazidas na doutrina, Stoco conclui que “ou aceitamos a ideia de que a ofensa moral se traduz em dano efetivo, embora não patrimonial, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, ou haveremos de

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 616-617.

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 157.

¹⁷ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 92.

¹⁸ *Ibid.*, p. 97

concluir que a indenização tem mero caráter de pena, como punição ao ofensor e não como reparação ou compensação ao ofendido”.¹⁹

Embora dotadas as doutrinas de aspectos diferentes entre si, sustenta Clayton Reis que

“todos os autores consagram um perfil a respeito do dano moral, como sendo aquele que atinge o patrimônio ideal das pessoas, ou seja, capaz de ensejar um sentimento negativo no espírito da vítima, causando-lhe sensações desagradáveis decorrentes das perturbações psíquicas causadas pela agressão”.²⁰

Acompanhando o entendimento acima, aponta ainda Cahali, citando Vanessa Justo Oliveira, que “apesar de não haver um consenso doutrinário acerca da divisão dos tipos de danos morais, as definições não divergem, mas se complementam entre si no ponto em que o dano moral não está vinculado aos danos patrimoniais”.²¹

Assim, segundo assinala Humberto Theodoro Júnior,

“de maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (‘o da *intimidade* e da *consideração pessoal*’), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (‘o da *reputação* ou da *consideração pessoal*’).²²

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

Lembra-se que o dano não se confunde com seus efeitos. Ou seja, não se reduz o dano a dor, humilhação, angústia, desgosto, ou outra forma de sentimento negativo, sendo tais sensações reflexos da lesão – percebida de maneira

¹⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1666.

²⁰ REIS, Clayton. **Dano moral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 8.

²¹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 51.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7 ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p. 2.

diferenciada por cada ser humano e, portanto, temeroso de se exigir, para que se configurasse o dano, sensibilidade notável por parte deste – e, apesar de parte integrante do dano moral, quando presentes, se mostram como consequência do ilícito e não se revestem como figura essencial para sua caracterização.

Vale ressaltar que, em que pese ter sua motivação nas ofensas capazes de gerar prejuízo ao patrimônio ideal do ser e, regra geral, não se exigir demonstração de sofrimento do ofendido, não será todo e qualquer aborrecimento da pessoa capaz de caracterizar o dano moral.

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

2.3 Funções da indenização por danos morais

Visto o conceito do dano moral indenizável, cumpre, então, verificar suas funções, pelo que se faz imperioso destacar, em primeira análise, que, tratando-se de indenização por dano moral, não há falar propriamente em ressarcimento, como é familiar no dano patrimonial e na responsabilidade civil em geral, em cujo seio a reparabilidade do dano moral tem seu berço, institutos que se orientam pelo princípio do *restitutio in integrum*.

Assim ensina Clayton Reis, quando afirma que “a teoria da responsabilidade civil se encontra edificada sobre o princípio da integralidade ou da *restitutio in integrum*, ou seja, amparada no pressuposta de que todo dano deve ser objeto de plena reparação ou reposição ao *status quo ante*”.²³

Na mesma esteira entende André Gustavo Corrêa de Andrade que “a construção da moderna teoria da responsabilidade civil encontra-se fundada na ideia de reparação. Assegurar à vítima lesada a recomposição da situação anterior ao

²³ REIS, Clayton. **Dano moral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 170.

dano por ela sofrido é a função principal da responsabilidade civil. É o mais elementar sentimento de justiça que inspira a ideia de obrigar o causador do dano a repará-lo”.²⁴

Entretanto, quando se fala em dano moral, não é possível a restituição ao *status quo* anterior, pelo que se mostra equivocada a utilização do termo ressarcimento, dando espaço à ideia de reparação ou compensação, e, desse modo, a pecúnia atribuída a título de compensação por dano moral é utilizada como remédio imperfeito para acalmar a alma do ofendido e tentar neutralizar o dano através das mais variadas oportunidades que o dinheiro pode proporcionar, a critério do ofendido.

Ilustrando esse posicionamento, ensina Cahali:

“Em síntese: no dano patrimonial, busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente o ofendido, reconduzindo o seu patrimônio ao estado em que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato danoso; com a reposição do equivalente pecuniário, opera-se o ressarcimento do dano patrimonial.

Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.

Trata-se, aqui, de *reparação do dano moral*”.²⁵

No mesmo sentido é a lição de Clayton Reis:

“os bens não patrimoniais, não obstante possam ser objetos de reparação a exemplo dos materiais, o são, na realidade, estimados a título diverso daqueles em que já uma notória e clara preocupação na restituição ao *status quo* antes, circunstância que não se observa nesse caso. Na realidade, é impossível reconstituir o patrimônio violado de um bem que não pode ser medido, pesado, recomposto e aferido pelos meios físicos de medição atualmente conhecidos. [...] Dessa forma, enquanto uma repõe o patrimônio lesado do ofendido,

²⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 140.

²⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38.

a outra procura compensar os dissabores sofridos pela vítima, em virtude da ação violadora do direito produzida pelo lesionador”.²⁶

Também, segundo Maria Celina Bodin de Moraes:

“Aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; “indenizar” é palavra que provém do latim, “in dene”, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à indenização do dano moral”.²⁷

Assim, superada a questão da diferenciação básica entre o dano moral e o dano patrimonial, no que tange à reparação efetiva da coisa lesada e a restituição ao *status quo ante*, cabe identificar quais as funções dessa compensação do dano moral, verificando-se que são três os objetivos elementares da aplicação do instituto do dano moral, quais sejam: compensatória; punitiva; e preventiva, cujas particularidades se veem a seguir.

2.3.1 Função compensatória

A função compensatória da indenização por danos morais – aqui, igualmente como se fez em relação à nomenclatura “dano moral”, também se fará no que tange à expressão indenização – é a consequência mais lógica que se pode traduzir da reparabilidade do dano moral garantida pela Constituição Federal de 1988: pela lesão ao bem jurídico protegido, no caso, a pessoa humana, deve o ofendido receber a justa compensação.

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

²⁶ REIS, Clayton. **Dano moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 6-7.

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 145.

dos efeitos causados pelo dano sofrido. Como visto, é a finalidade essencial da responsabilidade civil.

Aponta Clayton Reis que “o caráter satisfativo objetiva aplacar o natural sentimento de vingança imanente no ser humano, porque ausente o caráter indenizatório material com a finalidade de restaurar o patrimônio violado da vítima”.²⁸

Dispõe o artigo 944 do Código Civil:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.²⁹

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

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

Portanto, não se mostra necessária maior digressão a respeito dessa função, pois é pura e simplesmente raciocínio lógico de toda a exposição traçada até o momento, pelo que se prossegue à seguinte.

2.3.2 Função punitiva

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

Defende-se, no presente trabalho, a corrente que propõe separação entre as referidas funções, caracterizando a função punitiva como efeito sancionatório intrínseco à indenização, pois, juntamente com a função compensatória, na transferência de patrimônio do ofensor ao ofendido, ao mesmo tempo em que o

²⁸ REIS, Clayton. **Dano moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 162.

²⁹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 maio 2013.

indivíduo que recebe a indenização percebe soma destinada a acalentá-lo sem seu âmago, automaticamente a quantia representa uma diminuição no patrimônio do ofensor, de modo que provoca nele efeito negativo, como punição ao dano causado ao lesado.

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

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

Restringindo a indenização por danos morais ao caráter compensatório está o posicionamento de Wilson de Melo e Silva que, citado por Maria Celina Bodin de Moraes, sustenta que “para que haja pena, mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique, ou seja, ‘*nulla poena sine lege*’. Para que haja dano basta a simples infringência da ampla regra do ‘*neminem laedere*’. O delito, no dano, é apenas o fato gerador, a circunstância determinante dele. E o que o juízo cível se busca ressarcir é apenas a consequência do delito, ou seja, o dano [...] Mira-se, na responsabilidade civil, a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para a graduação do *quantum* reparador, e não a culpa do autor”.³⁰

Em sentido semelhante, fazendo referência à Pontes de Miranda:

“A teoria da responsabilidade pela reparação dos danos não há que se basear no propósito de sancionar, de punir, as culpas, a despeito de se não atribuir direito à indenização por parte da vítima culpada. O fundamento, no direito contemporâneo, está no princípio de que o dano sofrido tem que ser reparado, se possível. A restituição é que se tem por fito, afastando qualquer antigo elemento de vingança”. E conclui: “em sentido amplo, indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial, ou, por

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 260.

incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que estaria se não se houvesse produzido o fato ilícito (lato sensu) de que se irradiou o dever de indenizar [...] Ora, o pagamento indenizatório a título punitivo seria claramente uma afronta ao princípio do enriquecimento ilícito” [...].

A reparação é sem propósito exemplificativo, disciplinar: o que se tem por fito é emenda, correção objetiva. Daí a confundibilidade com a pena. O juiz que condena à reparação não pune; pode punir e condenar à reparação. Mas, mesmo então, as sanções são diferentes em conteúdo”.³¹

E convergente aos excertos anteriores, assinala a autora em parecer semelhante:

“Enfim, se o objetivo é reparar o dano moral sofrido injustamente, não há como se ater a qualquer conceito de dano causado. Assim fazendo, utiliza-se a responsabilidade civil para atingir finalidades outras que não a única que lhe compete, isto é, a tutela civil em face de prejuízos injusta e efetivamente sentidos. Daí porque não se reconhecer função punitiva à reparação do dano moral. Não se poderá, através da responsabilidade civil, abranger uma pluralidade – ou sequer a duplicidade – de objetivos, tais como punir, inibir, desestimular ações contra ius. De outro lado, incumbe à responsabilidade civil buscar todos os meios para reparar, da maneira a mais completa possível, o dano (moral) sofrido, com o fim restabelecer o equilíbrio rompido.”³²

Fazendo alusão à vontade do legislador, separando a ideia de que caberia ao direito penal legislar a respeito de punição do ofensor, recita Clayton Reis que “ao adotar os princípios de satisfação, bem como os da compensação dos danos morais, o legislador não inseriu no texto legal a pretensão punitiva; *a contrario sensu*, separou de forma precisa a responsabilidade civil da penal, como se deduz da leitura do artigo 935 do Código Civil”.³³

Segundo Humberto Theodoro Júnior:

O que, por outro lado, precisa ser ressaltado é que essas exceções em que a reparação civil assume feitio punitivo só existem porque a própria lei as instituiu. Não são produto de vontade discricionária dos tribunais, mas resultado da vontade expressa do legislador. Assim, está cumprido o mandamento constitucional do *nulla poena sine lege*, mesmo que a lei in casu seja civil e não penal. O que importa é

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 262.

³² Ibid., p. 305.

³³ REIS, Clayton. **Dano moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 165.

respeitar o sistema da Carta Magna, sendo indiferente saber se a lei punitiva veio com o rótulo civil ou penal. O que não pode faltar é a fonte legal e esta existirá sempre nas exceções já lembradas.³⁴

Dessa forma, nesse entendimento formalista, como não faz a Constituição nenhuma previsão de punição do dano moral, atendo-se à necessidade de repará-lo, pelo caráter punitivo ser eminentemente excepcional à responsabilidade civil, devem as circunstâncias encontrar devida previsão legal para tal, como é o caso das *astreintes*, da cláusula penal nos contratos, ou da prisão civil em caso de alimentos, sob pena de se ferir o princípio da legalidade, estampado na Constituição no inciso XXXIX do artigo 5º, como se vê:

XXXIX – Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

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

Há nisso, razão de ordem ética, que, todavia, deve ser acolhida com adequação e moderação no campo da responsabilidade civil, que é geneticamente de direito privado, e não de direito público, como se dá com o direito penal. A este, e não ao direito privado, compete reprimir as condutas que, na ordem geral, se tornam nocivas ao interesse coletivo. Urge, pois, respeitar-se a esfera de atuação de cada segmento do direito positivo, sob pena de sujeitar-se o indivíduo a sofrer sanções repetidas e cumuladas por uma única infração. Um dos princípios fundamentais da repressão pública aos delitos é justamente o que repele o *bis in idem*, isto é, a imposição de duas condenações, em processos diferentes, pela mesma conduta ilícita.

Dá que o caráter repressivo da indenização por dano moral deve ser levado em conta pelo juiz *cum grano salis*. A ele se deve recorrer apenas a título de critério secundário ou subsidiário, e nunca como dado principal ou determinante do cálculo do arbitramento, sob pena de desvirtuar-se a responsabilidade civil e de impregná-la de um cunho repressivo exorbitante e incompatível com sua natureza privada e reparativa apenas da lesão individual.³⁵

Favorável ao caráter misto, pode-se citar o entendimento de Flávio Tartuce:

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 84

³⁵ *Ibid.*, p. 46.

Não há unanimidade quanto à natureza jurídica da indenização moral, prevalecendo a teoria que aponta para o seu caráter misto: reparação cumulada com punição. Seguimos tal entendimento, salientando que a reparação deve estar sempre presente, sendo o caráter disciplinador de natureza meramente acessória (teoria do desestímulo mitigada).

Esse caráter disciplinador, entretanto, somente será possível quando cabível for a reparação. Não há como atribuir à reparação moral natureza punitiva pura, já que a última expressão utilizada no artigo 927, caput, do Código Civil é justamente a forma verbal da palavra "reparação". A Constituição Federal, ao tratar do tema, também não utiliza a expressão punição (art. 5º, V e X). Em reforço, a indenização por danos morais, também, não pode levar o ofensor pessoa natural ou jurídica à total ruína, não sendo esse o intuito da lei.³⁶

Carlos Roberto Gonçalves, afirmando a prevalência do entendimento pela existência de não apenas um caráter meramente compensatório, verifica que “tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem”.³⁷

Em que pese existir divergência doutrinária a respeito da questão da função mista da indenização por danos morais, a evolução jurisprudencial, ao menos formalmente, é no sentido de pacificar o entendimento que admite, em sede de dano moral, tanto o aspecto de compensar o ofendido quando o de punir o ofensor.

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

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MÃE E FILHA POR CHOQUE. QUEDA DE FIO ELÉTRICO. CONCESSIONÁRIA. FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO. DANO MORAL DEVIDO AO IRMÃO E ESPOSO SUPÉRSTITES. VALOR INSUFICIENTE PARA COIBIR NOVAS FALHAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESPROPORÇÃO DO DANO EM RELAÇÃO AO SOFRIMENTO. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA.

³⁶ TARTUCE, Flávio. Questões controvertidas quanto à reparação por danos morais. Aspectos doutrinários e visão jurisprudencial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 876, 26 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7586>>. Acesso em: 7 jun. 2013.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 635.

1. Tanto a averiguação de caso fortuito como da força maior dependem de reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ.
2. **Quando a função punitiva dos danos morais não é respeitada e o valor arbitrado está em desproporcionalidade com o sofrimento experimentado, mostra-se necessário majorar o quantum da compensação. Precedentes.**
3. Em se tratando de indenização decorrente de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54/STJ).
4. Recurso dos familiares supérstites provido, majorando-se a indenização a R\$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais) para cada ofendido. Recurso da empresa concessionária conhecido parcialmente e negado provimento (sem grifo no original).³⁸

Também:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ATOS DOLOSOS. CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO DA REPARAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO INDEXADOR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 475-J DO CPC. VIOLAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano causado.

2. **Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de ceifar as vidas das vítimas, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação.**

3. Nesse contexto, mostra-se adequada a fixação pelas instâncias ordinárias da reparação em 950 salários mínimos, a serem rateados entre os autores, não sendo necessária a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais, salvo quanto à indexação.

4. É necessário alterar-se o valor da reparação apenas quanto à vedada utilização do salário mínimo como indexador do quantum devido (CF, art. 7º, IV, parte final). Precedentes.

5. A multa do art. 475-J do CPC só pode ter lugar após a prévia intimação do devedor, pessoalmente ou por intermédio de seu advogado, para o pagamento do montante indenizatório. Precedentes.

³⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1171826/RS**. Recorrente: AES SUL DISTRIBUIDORA GAÚCHA DE ENERGIA S/A. Recorrido: IRB - BRASIL RESSEGUROS S/A. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17 de maio 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200902302592&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 10 abr. 2013. STJ, Recurso Especial n. 1171826/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17-5-2011.

6. Recurso especial parcialmente provido.³⁹

Dessa forma, atualmente, a tese que encontra maior respaldo no Brasil é de admitir essa função punitiva do dano moral, com cautela, como medida não só de compensar o dano sofrido, mas apresentar punição ao dano causado, principalmente com função preventiva, como se vê a seguir.

2.3.3 Função preventiva

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

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

Aqui, Clayton Reis, posicionando-se em favor da função preventiva, moldando novo entendimento à responsabilidade civil, com base em princípio geral da Constituição de proteção à dignidade da pessoa humana, cita José Jairo Gomes, afirmando que “divisa-se na responsabilidade por dano moral uma função preventiva, com caráter pedagógico, de sorte que o agente e os demais membros da comunidade se sintam desencorajados ou desestimulados a praticarem conduta atentatória a direitos alheios. Assim, ao se definir o tipo de montante da reparação devida no caso prático, há que se ter em conta a pífia ou insignificante, não haver resistência séria por parte do sistema jurídico para que a conduta lesiva não seja reiterada.”⁴⁰

Segundo Fernando Noronha:

³⁹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1300187/MS**. Recorrente: Cleber Renato Borin Ferro. Recorrido: Rubens Ventura. Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 17 de maio 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201103000333&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

⁴⁰ REIS, Clayton. **Dano moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 163.

Esta função da responsabilidade civil é paralela à função sancionatória e, como esta, tem finalidades similares às que encontramos na responsabilidade penal, desempenhando, como esta, funções de prevenção geral e especial: obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras. Isto é importante especialmente no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos).⁴¹

Pontua Antônio Jeová Santos:

A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, deve servir como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas. Conjuga-se, assim, a teoria da sanção exemplar à do caráter ressarcitório, para que se tenha o esboço do quantum na fixação do dano moral.⁴²

Admitindo a teoria da função preventiva, mas apenas como fator secundário da indenização por danos morais, realçando que o objetivo principal da reparação deverá sempre ser o de compensar o dano sofrido, assinala Arnaldo Rizzardo que “embora se deva objetivar o desestimular das ofensas (*theory of deterrence* do direito inglês), não se deve imprimir à reparação o exagerado caráter de punição, ou valorizar demais o sentido de *exemplary damages*, que excepciona a regra geral de que as perdas e danos servem apenas para reparar o prejuízo causado; mesmo que inerente a dupla finalidade de punição do agente e compensação pela dor sofrida, impõe-se dar realce ao segundo fator, que é o que se busca com a demanda”.⁴³

Assim, fugindo da concepção clássica da responsabilidade civil, a função preventiva estaria ligada à proteção da dignidade da pessoa humana de forma geral em atinência ao *neminem laedere*, num sentido de que seria mais vantajoso o desestímulo, geral e especial, às práticas de ilícito no âmbito espiritual, do que a

⁴¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: introdução à responsabilidade civil. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 441.

⁴² SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 162.

⁴³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 270.

simples reparação do dano sofrido toda vez que houvesse o ato ilícito de consequências extrapatrimoniais.

Afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

De fato, não são poucos os que hoje afirmam que a satisfação do dano moral visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo. Diz-se, então, que a reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima – ajudando-a a sublimar as aflições e tristezas decorrentes do dano injusto –, e de um caráter punitivo, cujo objetivo, em suma, é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima.⁴⁴

Entretanto, existem também as críticas a essa função preventiva, sendo as principais embasadas na ausência de previsão legal para sua aplicação; a ofensa ao caráter fundamental da responsabilidade, ambas previamente debatidas quando se falava na função punitiva; e a configuração do enriquecimento sem causa, pois se elevaria injustamente o *quantum* indenizatório em favor da vítima com fim único de apresentar repressão à conduta do ofensor. Essa última questão será analisada adiante no item 3.1.

2.4 Critérios para quantificação da indenização

Definidas as funções da indenização por danos morais e verificado o respaldo jurisprudencial que encontram, cabe agora observar os critérios utilizados para a fixação do *quantum* indenizatório.

Conforme se viu, não se pode aferir especificamente o dano causado ao âmago da pessoa. Diante da difícil tarefa de estabelecer parâmetros a serem observados para quantificar a soma correspondente em cada caso concreto, serão apresentados alguns métodos para fixação do montante condenatório que merecem ser considerados, os quais se divide em três grupos: matemático; tabelamento legislado; e, enfim, arbitramento do magistrado.

⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 219.

2.4.1 Método matemático

Fazem parte do chamado método matemático todas as tentativas de relacionar o dano moral à espécie material que podem também estar presente em cada situação.

Dentro dessa modalidade pode-se citar, por exemplo, a fixação vinculada em determinada quantidade de vezes o valor da dívida apontada, em casos de inscrição indevida em órgão de restrição creditícia (SPC, Serasa), múltiplos do documento em caso de protesto indevido de título, ou em determinada quantidade de vezes o preço de um produto ou serviço, quando se apresenta algum tipo de vício capaz de gerar dano na esfera moral.

Entretanto, apesar de tal metodologia visar apenas a aplicação de critérios menos vagos para fixação do *quantum debeatur*, é temerosa a vinculação do dano moral a elemento material, pelo que se faz necessário traçar algumas críticas.

Tomando o exemplo de protesto indevido de título, analisa-se duas situações: um título no valor de R\$ 200,00, e outro no valor de R\$ 50.000,00.

No primeiro título, condenar o protestante ao pagamento de indenização em 100 vezes o valor do título representaria a soma de R\$ 20.000,00. Acredita-se que referida quantia poderia se mostrar suficiente para compensar todos os entraves pelo qual passa um ser humano ordinário por ter tido sua reputação de crédito manchada injustamente.

Na segunda hipótese, por sua vez, as mesmas 100 vezes o valor do título perfazem o total de R\$ 5.000.000,00, 5 milhões de reais.

Mesmo que tal método mantenha entre as indenizações exatamente a mesma proporção inicial dos títulos, apesar das diferenças de valores dos documentos, não se tem como razoável afirmar que, enquanto ambas as situações figuram hipótese de protesto indevido de título, o dano sofrido pelo protestado do título de maior valor seja maior do que o outro.

Assim, percebe-se falho a adoção desse tipo de critério matemático, pois, muitas vezes, o dano moral implicado à pessoa não é refletido em nenhum aspecto no elemento material com que se relaciona.

Agora, se o número de vezes pelo qual o título deveria ser multiplicado deve variar de acordo com o valor do título, em busca de se manter certo equilíbrio e evitar condenações astronômicas, inútil se torna o método, pois se tem o magistrado liberdade para tal, é exatamente a mesma situação do arbitramento, mas mantendo formalmente o indexador do título.

Dessa forma, o magistrado, fazendo-se valer de livre arbitramento fixaria um valor X e simplesmente faria uma regra de três com o valor do título para verificar a quantas vezes o valor do documento teria que condenar o ofensor para perfazer o montante o qual já pretendia fixar.

2.4.2 Tabelamento legislado

O tabelamento legislado, como o próprio nome já diz, trata-se de estabelecer por meio de legislação uma tabela de fixação das indenizações.

Segundo Rui Stoco:

“O estabelecimento de valores para compensar as ofensas morais admitidas em juízo constitui atualmente uma questão angustiante, pois fica no exclusivo poder discricionário do julgador, através de critérios subjetivos e aleatórios.

[...]

O que se esperava e que sempre nos pareceu mais consentâneo, é que no próprio corpo do Código Civil fosse adotado um sistema tarifado (também conhecido como sistema ‘fechado’) para a fixação de valores, critério esse que deveria ser dúctil ou mais elástico, multidisciplinar e que melhor atendesse o fundamento da indenizabilidade da ofensa moral à pessoa, desde que fossem estabelecidas margens mínimas e máximas mais dilargadas e consentâneas com a realidade de hoje, de modo que, diante do vazio da legislação, ao julgador e aplicador da lei se entreguem certas, mas contidas liberdades e discricionariedade na fixação do valor, que estará contido dentro dessas margens”.⁴⁵

E completa o estimado autor, assemelhando o *quantum* indenizatório à aplicação das penas no âmbito penal:

[...] após a fixação in abstracto de margens mínima e máxima, seriam estabelecidas as causas de aumento e diminuição desses valores,

⁴⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1670-1671.

que seriam expressos em salários mínimos, de modo a preservar o valor da moeda no momento do pagamento, fixando-se as circunstâncias particularizadoras, como, por exemplo: a) a gravidade objetiva do dano; b) a possibilidade do réu; c) a necessidade da vítima ou ofendido; d) a intensidade do dolo e grau da culpa; e) a posição social, política e familiar da vítima; f) a intensidade da dor, do sofrimento, da angústia e outros sentimentos internos; g) a repercussão da ofensa; h) a reincidência; i) a equidade e outros.⁴⁶

Percebe-se no texto de Stoco que sua intenção é de padronizar a fixação, para que não haja valores muito discrepantes entre situações semelhantes e ter segurança jurídica em relação às quantias a cada tipo de dano.

Contrário à tarifação, ensina Antônio Jeová Santos:

O tarifamento da indenização não é a melhor solução apresentável. Simplesmente haveria a transferência do prudente arbítrio do juiz que, ao menos, está diante de um caso concreto e reúne muito mais condições para aferir quanto vale o desgaste emocional causado por um dano, para o legislador que, disciplinando algo para o futuro, tornariam iguais todos aqueles que viessem a sofrer menoscabo espiritual. Qualquer um que padecesse algum mal, receberia sempre aquele valor que a lei estipulasse, sem considerar a situação pessoal de cada vítima ou a qualidade da ofensa e do ofensor.⁴⁷

Entretanto, tal posicionamento não há de vingar, pois não há como criar um rol taxativo englobando todas as possíveis lesões que o ser humano pode sofrer ao seu espírito para fazer a respectiva tarifação.

Há também o risco de a legislação apontar referências muito aquém do considerado justo para que de fato ocorra razoável compensação pelo dano sofrido, e restasse o magistrado engessado pelo ordenamento à aplicação de lei que não reflete sua função primordial, fazendo-se necessária nova modificação da lei, e assim sucessivamente. Necessário apontar que ainda que se indexasse a tabela ao salário mínimo, os valores da sociedade estão em constante mudança, de modo que sendo a incumbência do legislador, o instituto do dano moral estaria sempre defasado em relação à real necessidade e clamor popular, ao passo que, sendo analisado pelo judiciário, tem-se um resultado muito mais dinâmico.

⁴⁶ Ibid., p. 1671.

⁴⁷ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 166.

Salienta-se, também, que na jurisprudência, existe resistência contra os adventos que procuram tarifar as indenizações por danos morais, como por exemplo a Lei de Imprensa, a qual responde o Enunciado 281 da Súmula do STJ, de 28-4-2004, que dispõe “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Da jurisprudência do referido Tribunal, em relação à tarifação constante na Convenção de Varsóvia, extrai-se:

CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXTRAVIO TEMPORÁRIO DA BAGAGEM. CDC. INCIDÊNCIA. TARIFAÇÃO PREVISTA NA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA AFASTADA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONFIGURAÇÃO. REEXAME DE PROVAS E FATOS. VALOR. EXCESSO. REDUÇÃO EM SEDE ESPECIAL.

I. Inexiste nulidade no acórdão que enfrenta, suficiente e fundamentadamente, a controvérsia, apenas com conclusão adversa à parte ré.

II. Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a tarifação por extravio de bagagem prevista na Convenção de Varsóvia não prevalece, podendo a indenização ser estabelecida em valor maior ou menor, consoante a apreciação do Judiciário em relação aos fatos acontecidos, inclusive anteriores à vigência dos Decretos n.ºs. 2.860 e 2.861, de 07.12.1998.

III. Caso em que a autora pleiteia danos materiais e morais, consubstanciados estes, essencialmente, pelo extravio temporário da bagagem, que lhe foi entregue no destino entre dois e seis dias após sua chegada. Reconhecimento da ocorrência da lesão diante dos fundamentos fáticos e probatórios dos autos, de reversão impossível na instância especial (Súmula n. 7-STJ).

IV. Redução do valor a patamar condizente, em homenagem ao princípio da razoabilidade e ante o largo tempo decorrido entre o evento danoso e o ajuizamento da ação, em que se presume mitigada a lesão moral (quase cinco anos).

V. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.⁴⁸

Quanto ao Código Brasileiro de Telecomunicações:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. VÍTIMA MENOR. FAMÍLIA DE POUCOS RECURSOS. DANO MORAL E PENSÃO. RELAÇÃO DE

⁴⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 786.609/DF**. Recorrente: VARIG S/A VIAÇÃO AÉREA RIO GRANDENSE. Recorrido: ROBERTA BEVILÁQUA RANGEL. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Julgado em 18 de setembro 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200501662191&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

CONSUMO. ÔNUS DA PROVA INVERTIDO. TARIFAÇÃO PELO CÓDIGO BRASILEIRO DE COMUNICAÇÕES AFASTADA. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA N. 326-STJ.

I. Em famílias de baixa renda, considera a jurisprudência que a vítima, ainda que menor, iria, ao atingir a idade suficiente para o trabalho, colaborar com parte de seus rendimentos em prol da família. Assim, cabível a pensão.

II. Nas relações de consumo, o consumidor é considerado vulnerável e, assim sendo, o ônus da prova deve ser invertido, com fulcro no art. 6º, VIII do CDC, ficando a cargo do fornecedor do serviço demonstrar que não se trata de família de baixa renda.

III. Pacífico o entendimento nesta Corte que o montante arbitrado a título de danos morais não se limita aos montantes previstos no Código Brasileiro de Telecomunicações.

IV. Inaplicabilidade da regra do art. 21 do CPC, porquanto, conforme Súmula n. 326/STJ: "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca."

V. Agravo regimental improvido.⁴⁹

Portanto, seguindo a parte da doutrina que entende pela impossibilidade de tarifação do *quantum* indenizatório é que se entende a melhor medida do direito a adoção do terceiro e último grupo de critérios, no arbitramento pelo magistrado, como se vê a seguir.

2.4.3 Arbitramento do magistrado

No arbitramento pelo magistrado, confia-se a árdua função da fixação do valor da indenização ao prudente arbítrio do magistrado. Obviamente, este é o método em que se dispõe de maior liberdade para se chegar ao montante.

Assim é o ensinamento de Clayton Reis:

A ideia prevalente do livre-arbítrio do magistrado – arbitrium boni viri – ganha corpo na doutrina e na jurisprudência, na medida em que transfere para o juiz o poder de aferir, com o seu livre convencimento e tirocínio, a extensão da lesão e o valor da reparação correspondente. Afinal, é o juiz quem, usando de parâmetros subjetivos, fixa a pena condenatória de réus processados

⁴⁹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 527.585/SP.** Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF. Agravdo: TYPE ASSESSORIA CONTABIL SOCIEDADE COMERCIAL LTDA. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Julgado em 23 de junho 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200300925309&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

criminalmente, bem como arbitra o quantum indenizatório nas ações de danos patrimoniais.⁵⁰

Entretanto, adverte a doutrina que, por mais que o magistrado possa fundamentar sua decisão em diversos elementos, necessária é a observância de diversos critérios.

Aponta Flávio Tartuce:

O novo Código Civil não traz critérios fixos para a quantificação da indenização por dano moral. A doutrina e a jurisprudência não são unânimes em relação aos critérios que devem ser utilizados pelo juiz da causa. Sabe-se somente que deve o magistrado fixá-la por arbitramento. Tornou-se comum em nosso País a sua fixação em salários mínimos, diante de parâmetros que constavam da Lei de Imprensa e da Lei de Telecomunicações. A fixação em salários mínimos, contudo, não é obrigatória.

Entendemos que, na fixação da indenização por danos morais, o magistrado deve agir com equidade, analisando:

- a) a extensão do dano;
- b) as condições sócio-econômicas dos envolvidos;
- c) as condições psicológicas dos envolvidos;
- d) o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima.

Tais critérios constam dos arts. 944 e 945 do novo Código Civil, bem como do entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante. Nunca se pode esquecer, ademais, da função social da responsabilidade civil. Se por um lado deve-se entender que a indenização é um desestímulo para futuras condutas, por outro, não pode o valor pecuniário gerar o enriquecimento sem causa. Entendemos que é inadmissível que uma pessoa receba indenização ao ponto de que não necessite mais de trabalhar o resto de sua existência, para obter o seu sustento próprio. Entendemos que não é isso que almeja o Novo Direito Civil, constitucionalizado e que tanto valoriza o trabalho, o labor.⁵¹

Segundo Clayton Reis:

⁵⁰ REIS, Clayton. **Dano moral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 190.

⁵¹ TARTUCE, Flávio. Questões controvertidas quanto à reparação por danos morais. Aspectos doutrinários e visão jurisprudencial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 876, 26 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7586>>. Acesso em: 07 jun. 2013.

Dessa forma, conclui-se que todos esses elementos (situação econômica social, religiosa e cultural da vítima e do lesionador; grau de culpa; divulgação do fato; repercussão no meio social) são ingredientes que devem sopesar na formação da decisão do juiz para o efeito da fixação do quantum indenizatório. Afinal, a estima e o respeito das pessoas decorrem dos valores individuais de cada ser humano, no seio da coletividade. Por sua vez, referidos valores são produtos do ideário construído pelas pessoas, que possuem exata noção das virtudes que dignificam o seu *modus vivendi*.⁵²

Gonçalves ensina que “pode-se afirmar que os principais fatores a serem considerados são: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; e f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter anti-social da conduta lesiva”.⁵³

Percebe-se que há semelhança entre os autores a respeito dos critérios que devem ser observados. Também Stoco, apesar de defender a necessidade de tabelamento, ao apontar quais seriam os critérios a serem levados para se considerar motivos de majoração e minoração do *quantum*, frisa a observância de critérios semelhantes.

Pode-se, então, afirmar que o magistrado deve analisar diversas nuances do caso concreto para estabelecer o valor da indenização, a certificar que o caso foi analisado em sua singularidade, devendo, independentemente de quais critérios utilizou especificamente, mas recomendando-se sua atenção às orientações gerais estabelecidas na doutrina, fazer constar de maneira motivada sua fundamentação.

⁵² REIS, Clayton. **Dano moral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 194

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 646.

3 LIMITAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

Abordados os elementos mais básicos dos danos morais, incumbe a este segundo capítulo uma análise focada em elementos conflitantes entre si, mais especificamente a vedação ao enriquecimento sem causa e a função preventivo-pedagógica, anteriormente estudada, em conjunto com as condições econômicas médias da população brasileira e qual relação mantém com as verbas auferidas pelas grandes empresas atuantes no país.

Dessa forma, procura-se delinear até onde se estendem esses institutos, de que maneira atuam e dividem entre si um espaço dentro de um mesmo sistema, e que tipo de repercussão poderiam gerar dentro das indenizações por danos morais.

3.1 Enriquecimento sem causa

Em que pese a progressiva evolução da doutrina e jurisprudência, ao ponto de ser, atualmente, entendimento dominante, quando se fala de danos morais, a aceitação de aplicação de um papel punitivo e preventivo, em adição ao eminentemente compensatório, da indenização, também é ponto de convergência quase que absoluto que a aplicação dessas novas funções deve ser feita com extrema cautela, pois o ordenamento jurídico nacional veda de sobremaneira o enriquecimento sem causa.

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

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

É sabido que o quantum indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também ao arbitramento do dano

moral. Se este é moderado, a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante. A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das punitive damages do direito norte-americano é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento. Se a vítima já está compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito.⁵⁴

Segundo Antônio Jeová Santos, “a indenização não pode ser elevada que pareça extravagante e leve a um enriquecimento injusto, a uma situação que nunca se gozou, que modifique a vida do prejudicado ou da sua família, que o transforme em um novo rico. Não tão alta que pareça um gesto de indubitosa generosidade, porém, com o bolso alheio”.⁵⁵

Pontua Rui Stoco que “no nosso sistema jurídico a indenização do dano deve obedecer à glosa *lucratus non sit*, de modo que a reparação do dano não pode se converter em fonte de enriquecimento da vítima”.⁵⁶

Em obra tratando especificamente sobre enriquecimento sem causa, assinala Giovanni Ettore Nanni “o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa não permite que a indenização fique aquém do dano sofrido e, em outro extremo, não autoriza que o ressarcimento da lesão extrapatrimonial proporcione ao lesado uma vantagem exorbitante e indevida, isto é, que ele esteja em posição econômica superior àquela que estava anteriormente à prática do ato ilícito”.⁵⁷

Constante nas decisões dos Tribunais ao redor do país as ressalvas relativas ao enriquecimento sem causa, quando se busca fixação adequada do *quantum* indenizatório, como se vê:

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 643.

⁵⁵ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 181-182.

⁵⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1709.

⁵⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 357.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TELEFÔNIA. COBRANÇA POR SERVIÇOS NÃO CONTRATOS. DANOS MORAIS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. DANOS MORAIS.

1. O pedido de intimação pessoal da parte requerida para dar cumprimento à liminar deferida ab initio litis já foi acolhido à fl. 140. Destarte, falece a parte demandante de interesse recursal quanto à matéria.

2. A repetição do indébito, nos termos da legislação consumerista, pressupõe a existência de efetivo pagamento de valor que não é devido pelo consumidor.

3. **A indenização por dano moral deve proporcionar a justa satisfação à vítima e, em contrapartida, impor ao infrator impacto financeiro, a fim de dissuadi-lo da prática de novo ilícito, porém de modo que não signifique enriquecimento sem causa do ofendido.** No caso concreto, a verba indenizatória vai mantida no valor em que arbitrada. APELAÇÕES DESPROVIDAS (grifou-se).⁵⁸

Apelação Cível – Ação indenizatória – Uso indevido de imagem de modelo em campanha publicitária – Pretensão de majoração do valor da indenização arbitrada pelo Juízo "a quo" a título de danos morais – **Valor da indenização deve refletir a reprovabilidade da conduta do ofensor sem, contudo, servir de estímulo ao enriquecimento sem causa do ofendido** – Razoabilidade do valor fixado – Lucros cessantes – Ausência de comprovação de que a utilização indevida da imagem do apelante tenha obstado a assinatura de novos contratos – Apelante não se desincumbiu do ônus imposto pelo artigo 333, I, do Código de Processo Civil, produzindo prova do fato constitutivo de seu direito Recurso improvido.

Recurso adesivo – Dano moral – Pretensão de afastamento da condenação – Lesão extrapatrimonial sofrida pelo recorrido prescinde de comprovação – Natureza "in re ipsa" – Dano que deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo – Recurso adesivo improvido (grifou-se).⁵⁹

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DA PARTE AUTORA. 1. QUANTUM DEBEATUR. ADEQUAÇÃO AOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. QUANTIA QUE NÃO

⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70054361332**. Apelante: Dilsa Farias dos Santos. Apelado: BRASILTELECOM/OI. Rel. Des. Mário Crespo Brum. Julgada em 6 de junho 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

⁵⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0053176-05.2011.8.26.0002**. Apelante: Ricardo Alexandre Martins Einloft. Apelados: CLARO S/A e outros. Rel. Des. José Joaquim dos Santos. Julgada em 4 de junho de 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pasta/digital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0053176-05.2011.8.26.0002&cdProcesso=RI0011X9E0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServiço=190102&ticket=75soN%2B9RDxyzOKm%2Ff1sHteZLqN7Cc3TpRHj9gaPsBA9NrVzxw2C62CW%2B9ccemwn1RSD2FDjmaP%2FnN0qEzsr8tPHYsbwy7onWJp5uMZVnBFsmYu%2BYzhKqx7SwQhMi7j3nXCb3fraG%2BsanPnWk3vUTD3zt%2Fzop9V32p46NbQ8IW5MFry7bUcE7fGjkDrwZh fM0X6ZFym6cYn7DDUeugZxl8g%3D%3D>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

PROMOVA ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, MAS REPRESENTE PREJUÍZO PENALIZANTE AO OFENSOR E NÃO INVIABILIZE A ATIVIDADE EMPRESÁRIA DA RÉ (COMÉRCIO LOCAL DE VESTUÁRIO). MAJORAÇÃO QUE SE IMPÕE. 2. JUROS DE MORA DE 12% AO ANO DESDE A DATA DO EVENTO DANOSO E CORREÇÃO MONETÁRIA, PELO INPC, A PARTIR DO ARBITRAMENTO. 3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

- O valor da indenização decorrente do abalo moral deve ser suficiente à reparação do dano sofrido, a fim de que não se configure como fonte de enriquecimento sem causa, mas sirva a fins pedagógicos e compensatórios (grifou-se).⁶⁰

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. QUEDA NO FORNECIMENTO DE ENERGIA. DEMORA NO RESTABELECIMENTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE. JUROS A PARTIR DA SENTENÇA. ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO. DANOS MATERIAIS FIXADOS CORRETAMENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

No caso, restou demonstrada a falha na prestação do serviço, consubstanciada na demora excessiva no restabelecimento da energia elétrica na unidade consumidora da autora, circunstância determinante para a ocorrência dos danos morais e materiais. Desse modo, havendo demora excessiva para a ligação de um serviço essencial, evidenciada a má-prestação do serviço por parte da empresa concessionária, merece manutenção a sentença que condenou a ré ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais sofridos, pois comprovada a falha na prestação do serviço, deve ser responsabilizada a ré pelo transtorno causado à autora.

Para fixação, do valor indenizatório a título de dano moral, além do caráter punitivo, compensatório, da extensão e intensidade do dano, também a equidade é fator preponderante, sendo que este elemento é de suma importância, ante a ausência de critério legal para tanto. E a equidade da indenização deve ser obtida com o encontro de um valor que não seja irrisório, e ao mesmo tempo não implique em exagero ou especulação.

O valor arbitrado de dez salários mínimos, a título de dano moral, deve ser mantido, pois adequando aos critérios da razoabilidade, proporcionalidade, posição social e econômica das partes, não configurando uma fonte de lucro.

Quanto aos juros moratórios fixados na sentença, a partir da citação, o entendimento que vem se consolidando é o de que a indenização por dano moral, por ser fixada apenas no julgamento, deve sofrer a aplicação de juros a partir desta data, visto que antes deste momento o direito da autora ainda não tinha sido valorado. Com efeito, não há que se falar em retroatividade da incidência de juros, sob pena de

⁶⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2011.005236-4**. Apelante: Sata Eloísa Rinaldi Vieceli. Apelado: LUAGEL Comércio de Confeções LTDA. Rel. Des. Raulino Jacó Brüning. Julgada em 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000HZVX0000&nuSeqProcessoMv=36&tipoDocumento=D&nuDocumento=5657611>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

prestigiar-se o enriquecimento ilícito. ADEQUAÇÃO DOS JUROS DE OFÍCIO (grifou-se).⁶¹

EMENTA (RELATOR): INDENIZAÇÃO - NEGATIVAÇÃO - EMPRESA DE TELEFONIA - INSTALAÇÃO DE LINHA - FRAUDE - EMBRATEL E OPERADORA LOCAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - DENUNCIAÇÃO DA LIDE INDEVIDA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - MANUTENÇÃO - JUROS DE MORA - PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. A Embratel, como prestadora de serviços de telefonia a longa distância e participante da cadeia que deu origem à negativação indevida do nome da parte, deve responder pelos danos sofridos, nos termos do parágrafo único do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de ação de indenização fundada em evidente relação de consumo, a denúncia da lide não é admitida, nos exatos termos dos artigos 13 e 88 do Código de Defesa do Consumidor. **O valor dos danos morais, por falta de critérios objetivos na legislação pátria para sua quantificação, fica ao inteiro arbítrio do Juiz que deve pautar-se pela moderação, razoabilidade e proporcionalidade ao grau de culpa, para que a intensidade e gravidade da dor sofrida sejam compensadas, sem, no entanto, resultar em enriquecimento sem causa para a vítima.** Sendo suficiente o valor fixado em primeira instância, deve ser o mesmo mantido. No caso de dano moral, não há como se falar em mora antes da fixação do quantum indenizatório por decisão judicial, pois somente após a publicação desta é que o valor da indenização torna-se líquido (grifou-se).⁶²

APELAÇÃO CÍVEL. PREVI. CONTRATO DE ADIANTAMENTO DE FUTURA APOSENTADORIA A SER PAGA PELO INSS COM DESCONTO DE 30% SOBRE O COMPLEMENTO PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. DECISÃO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC, NEGANDO SEGUIMENTO AOS RECURSOS. AGRAVO INTERNO. VALORES DESCONTADOS EM PATAMAR MUITO SUPERIOR AO CELEBRADO. DEVOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE VALORES

⁶¹ BAHIA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0019638-85.2005.8.05.0080**. Apelante: Coelba-Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia. Apelada: Jamily Carvalho Chagas. Rel. Des. Augusto de Lima Bispo. Julgada em 19 de novembro 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/pastadigitalsg/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0019638-85.2005.8.05.0080&cdProcesso=P00300GH10000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5BA&cdServico=190102&ticket=B7uuqj7pLK6HY3x7mzqmgtomuDTdkpbQ2sGp0Y9dfvB3i2PmahVWBgoFHMVUfxc786jO2mZJyaDqzjcEyelyCg%2FDOsrY%2F73wmrZrGjyW9w4Uk6LmyFOYnk1ncExk72igJoROaiRUZBhCo8bSJlpTNKiPLx2RE7mF4UbSvfx48apkvAaAmoa4AeJQQ6vu1qiG>>. Acesso em: 15 abr. 213.

⁶² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0145.10.058987-1/001**. Apelante: EMBRATEL Empresa Bras. Telecomunicações S/A. Apelado: Ademilson Mota Lima. Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes. Julgada em 6 de junho de 2013. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10145100589871001&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&comrCodigo=0024&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=10145100589871001&select=2>. Acesso em: 12 abr. 2013.

DESCONTADOS A MAIOR, ANTES MESMO DA PROPOSITURA DA PRESENTE DEMANDA, QUE DENOTA O RECONHECIMENTO PELA RÉ DO EQUÍVOCO NOS LANÇAMENTOS NO CONTRACHEQUE DA AUTORA. NOVOS DESCONTOS INDEVIDOS NO CURSO DA DEMANDA. RÉ QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS QUE LHE INCUMBIA, NA FORMA DO ART. 333, II, DO CPC. DANO MORAL. **VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA PELO JUÍZO A QUO, EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, OBSERVADO O ASPECTO PUNITIVO-PEDAGÓGICO DA CONDENAÇÃO, BEM COMO O POSTULADO DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.** DESPROVIMENTO DO RECURSO (grifou-se).⁶³

CDC. PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. HOME CARE. AUSÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL. CLÁUSULA ABUSIVA. NULIDADE. DANO MORAL.

O contrato coletivo de plano de saúde gera direitos e deveres entre a operadora dos serviços de saúde e o terceiro beneficiário, consolidando um vínculo jurídico transcendente secundário, conferindo legitimidade a estas partes para questionar diretamente o contrato firmado entre os contratantes originários. Nesse toar, o terceiro beneficiário, inobstante não tenha participado da estipulação originária, pode exigir o cumprimento da obrigação instituída em seu favor.

A negativa de custeio de tratamento domiciliar indicado por médico, mesmo fundamentada em exclusão contratual, coloca em risco a contratação, despontando como abusiva.

Constitui abuso de direito, rendendo ensejo à indenização por danos morais, a negativa de cobertura para o tratamento domiciliar indicado pelos médicos em substituição a internação hospitalar, em face dos riscos do paciente contrair infecções severas e resistentes, submetendo-o a situação de perigo desnecessário, mormente quando o beneficiário encontra-se em estado vegetativo, em evidente situação de hipossuficiência. A conduta transcende o mero descumprimento contratual, evidenciando um completo descaso com o direito do consumidor, configurando ofensa aos atributos da personalidade.

A indenização deve ter o caráter não só compensatório pelos constrangimentos, aborrecimentos e humilhações sofridas pela parte ofendida, mas também punitivo e preventivo, a fim de se evitar a reincidência. Portanto, o quantum deve ser fixado levando-se em conta a situação econômica das partes, a gravidade do dano, os incômodos experimentados pela parte autora e o aspecto educativo da sanção, tendo sempre como parâmetros a proporcionalidade e a razoabilidade da condenação. É preciso cuidar ainda, para que o valor da

⁶³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0479283-19.2011.8.19.0001.** Apelantes: Caixa de Previdência dos funcionários do Banco do Brasil - PREV e outro. Apelados: os mesmo. Rel. Des. Antônio Saldanha Palheiro. Julgada em 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300112404>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

reparação por danos morais não seja tão alto, a ponto de proporcionar o enriquecimento sem causa da vítima, nem tão baixo, a ponto de não ser sentida no patrimônio do responsável pela lesão.

Recurso conhecido e não provido (grifou-se).⁶⁴

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

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

Portanto, possível concluir que, enquanto a indenização estiver dentro do referido espectro será considerada valor suficiente para cumprir a função compensatória, e, acima disso, verificar-se-á a ocorrência de enriquecimento sem causa.

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

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

⁶⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0039191-34.2010.8.07.0001**. Apelante: UNIMED Confederação Centro Oeste e Tocantins. Apelado: Waldyr de Sousa Fonseca. Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito. Julgada em 29 de maio de 2013. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg11?NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELECAO=1&COMMAND=ok&ORIGEM=INTER&CHAVE=0039191-34.2010.8.07.0001>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

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

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

A preocupação em evitar indenizações que parecessem excessivas é tamanha que o STJ manifestou-se pela possibilidade de reanálise do valor em sede de Recurso Especial – o que, *prima facie*, representaria claro desrespeito ao Enunciado 7 da Súmula do STJ, pois é necessária análise fática ponderada para se fixar a indenização – em caso de arbitramento ínfimo ou exorbitante. Notório que tal possibilidade de controle, apesar de apresentar-se como função reguladora ideal tanto aumentando como minorando indenizações, é majoritariamente utilizado para tolher os acórdãos mais ousados que destacam caráter preventivo à questão dos danos morais.

Nessa linha afirma André Gustavo Corrêa de Andrade:

Contudo, o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça da dupla função da indenização do dano moral não trouxe, como se poderia imaginar, um incremento considerável dos valores indenizatórios referentes ao dano moral. O que se verifica, na verdade, é uma reiterada limitação dos valores indenizatórios por aquela Corte de Justiça, que, embora acene com a possibilidade de elevação das quantias arbitradas quando estas se mostrarem ínfimas, raramente parece encontrar oportunidade de fazê-lo, enquanto, ao contrário, com considerável frequência, exercita o poder de reduzir os montantes de indenização, por considerá-los abusivos, excessivos ou exorbitantes.⁶⁵

Assim, percebe-se que, em que pese a construção jurisprudencial no sentido de ampla admissão acerca da necessidade de aplicar às indenizações por

⁶⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do direito brasileiro.** 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 154.

danos morais papel de prevenção especial e genérica, tal função é colocada em segundo plano, segurada a curtas rédeas pelo receio de configuração do enriquecimento sem causa.

Pode-se especular que esse receio associa-se ao fato de que, enquanto o caráter pedagógico se trata de matéria basicamente restrita a discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a vedação ao enriquecimento sem causa como princípio geral na responsabilidade pode ser facilmente interpretado com a leitura simples do texto seco do Código Civil, precisamente em seu artigo 944.

Dessa forma, não apenas se apresenta como tese vanguardista e não dispõe de grande respaldo na legislação – o que costuma representar forte barreira para adoção de novas teses no país, vez que o conservadorismo e formalismo do direito legislado possuem grande força no país –, como também se opõe a princípio geral da responsabilidade, e não contra uma simples omissão.

3.2 Capacidade econômica das partes e desigualdade social

Cabe salientar que o objeto principal do presente trabalho acadêmico é a percepção privilegiada dos casos de indenização por dano moral em que figuram como partes pessoas físicas comuns e pessoas jurídicas de grande porte. Circunstâncias, importa salientar, que são absolutamente comuns no dia-a-dia do judiciário

Como apontado no tópico referente aos critérios que devem ser utilizados pelo magistrado para fixação do montante condenatório nas ações de dano moral, muito se fala da utilização da capacidade econômica de ambas as partes como fator determinante para a fixação do *quantum* indenizatório nas ações de dano moral.

Em primeiro momento pode parecer que tal critério, em relação à análise da capacidade econômica da parte autora, significaria que os danos ao espírito de uma pessoa rica teriam mais valor que de uma pessoa pobre. Entretanto, não se acredita ser essa a ideia desse critério.

Ensina Antônio Jeová Santos:

A situação econômica, tanto do ofensor, como da vítima diz respeito, sobretudo, à sua solidez econômica. Seja qual for a preferência

doutrinária do julgador, a situação econômica de quem causa dano moral também assume importante rol. Se a situação econômica, solitária, não pode servir de base para aferição do quantum, mas o conjunto de situações especiais, como vem sendo reiterado neste trabalho, há de se ter em vista que a satisfação da vítima deve ser buscada a todo custo. Assim sendo, essa satisfação depende diretamente da real condição econômica também da vítima. Verificada a projeção do fato na vida do ofendido, terá de ser visto qual a quantidade em dinheiro será possível buscar uma compensação do prejuízo original.⁶⁶

Frisa-se que a indenização por danos morais deve obedecer à função primordial de compensação pelo dano extrapatrimonial sofrido. Dessa forma, novamente recorre-se a dois exemplos: um trabalhador A que sobreviva com um salário mínimo por mês⁶⁷, R\$ 545,00, e outro indivíduo B que perceba remuneração mensal de R\$ 100.000,00, ambos sofrendo uma mesma lesão, como por exemplo, uma publicação em jornal imputando a ambos envolvimento em algum tipo de grande escândalo, sem que qualquer um dos dois tenha relação com o caso.

Observa-se que, considerando um suposto *quantum* indenizatório fixado em R\$ 20.000,00, por mais que se trate exatamente do mesmo valor bruto, o montante teria reflexos completamente diferentes comparativamente à realidade de cada um dos indivíduos, já que, enquanto para o menos abastado representaria quantia maior que aquela auferida se trabalhasse por um ano inteiro (somados décimo terceiro e férias), representando aproximadamente 3670% da sua renda mensal, para o outro significaria apenas 20%.

Ou seja, enquanto no primeiro caso a indenização certamente criará oportunidade ao lesado de adquirir ou fazer algo que dificilmente teria condições financeiras de fazer em algum momento de sua vida, no segundo a quantia seria tratada com mais descaso, tendo um caráter muito mais simbólico do que compensatório.

Diga-se que, com o dinheiro, A conseguiu dar entrada em uma casa e realizar o sonho da casa própria, e B comprou uma Smart TV para colocar no único

⁶⁶ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 188.

⁶⁷ Utilizado para referência o salário mínimo de 2011, para facilitar a correspondência aos dados mais recentes disponibilizados pelo IBGE.

cômodo de sua casa de praia que ainda possuía um aparelho televisor de tecnologia inferior.

Ignorando situação de B, foca-se agora na figura de A. Não seria presunçoso supor que o estado de espírito da pessoa que conseguiu enfim seu primeiro imóvel se encontre em posição mais elevada que aquela anterior à fatídica publicação do jornal, o que caracterizaria o enriquecimento sem causa e, portanto, deveria ser evitado pelo magistrado.

Apesar de longo, o exemplo se mostra didático. Por mais que seja incomum um indivíduo com renda mensal de R\$ 100.000,00, podendo-se fazer referência a artistas e grandes empresários, a outra faceta da moeda revela uma pessoa ordinária, como tantas outras, que existem na faixa dos milhões neste país, como se vê na tabela abaixo, com informações referentes ao PNAD de 2011⁶⁸ (dados mais recentes disponíveis pelo IBGE):

	Número Absoluto e (Relativo) de trabalhadores na classe referente
Classe de rendimento mensal real de todos os trabalhos das pessoas de 10 anos ou mais de idade, ocupadas na semana de referência, com rendimento de trabalho em 2011	Brasil
Até 1 salário mínimo	24.297.000 (26,0%)
Mais de 1 a 2 salários mínimos	30.650.000 (32,8%)
Mais de 2 a 3 salários mínimos	12.372.000 (13,2%)
Mais de 3 a 5 salários mínimos	7.695.000 (8,2%)
Mais de 5 a 10 salários mínimos	5.457.000 (5,8%)
Mais de 10 a 20 salários mínimos	1.810.000 (1,9%)
Mais de 20 salários mínimos	647.000 (0,7%)

⁶⁸ PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIO 2009/2011. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Adaptação da Tabela 7.2.1. Rio de Janeiro. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_anual/2011/Sintese_Indicadores/sintese_pnad2011.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2013.

Dessa forma, no caso em exemplo, vê-se que 26% dos trabalhadores brasileiros ganham até um salário mínimo mensal e se encaixariam perfeitamente na situação A.

Observa-se também que a parcela da população brasileira acima de dez anos que exerce algum tipo de trabalho e possui rendimento que auferir renda de três salários mínimos ou menos totaliza 67.319.000 pessoas (72%). Ou seja, aproximadamente três quartos dos brasileiros aos quais faz referência a tabela também não conseguiriam ganhar no decorrer de um ano o valor suposto no exemplo a título de indenização.

Ainda utilizando os dados do PNAD de 2011⁶⁹, interessante verificar o rendimento mensal médio do brasileiro que exerce atividade remunerada, por região:

Unidades Federativas	Rendimento médio mensal real de todos os trabalhos das pessoas de 10 anos ou mais de idade, ocupadas na semana de referência, com rendimento de trabalho em 2011 (R\$)
Brasil	1.345,00
Rondônia	1.288,00
Acre	1.162,00
Amazonas	1.165,00
Roraima	1.430,00
Pará	992,00
Amapá	1.186,00
Tocantins	1.122,00
Maranhão	813,00
Piauí	745,00
Ceará	881,00
Rio Grande do Norte	1.034,00
Paraíba	991,00

⁶⁹ PESQUISA nacional por amostra de domicílio 2009/2011. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Adaptação da Tabela 7.2.1. Rio de Janeiro. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_anual/2011/Sintese_Indicadores/sintese_pnad2011.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2013.

Pernambuco	945,00
Alagoas	814,00
Sergipe	1.002,00
Bahia	937,00
Minas Gerais	1.228,00
Espírito Santo	1.341,00
Rio de Janeiro	1.537,00
São Paulo	1.665,00
Paraná	1.434,00
Santa Catarina	1.578,00
Rio Grande do Sul	1.416,00
Mato Grosso do Sul	1.483,00
Mato Grosso	1.434,00
Goiás	1.335,00
Distrito Federal	2.643,00

Como se vê, de acordo com dados fornecidos pelo IBGE, a renda mensal média dos brasileiros que exerciam atividade remunerada, em 2011, era de R\$ 1.345,00 no território nacional, com média máxima de R\$ 2.643,00 no Distrito Federal, e mínima de R\$ 745,00 no Piauí, totalizando, anualmente, R\$ 16.140,00.

Diante dessa informação, em que pese existirem muitas micro e pequenas empresas no Brasil, direciona-se a atenção àquelas empresas com faturamento anual multibilionário, para breve reflexão.

No mesmo ano de 2011, a Petrobrás e o Banco do Brasil tiveram lucro líquido de R\$ 33,3 bilhões⁷⁰ e R\$ 12,1 bilhões⁷¹, respectivamente, o que representa, no caso da Petrobrás, apenas para exemplificar, a soma de toda renda média anual de pouco mais de 2 milhões de brasileiros, frisa-se, de lucro.

Apenas para ilustrar melhor a diferença entre a simples pessoa física e a força das grandes empresas, 2011, o total ativo da Petrobrás se aproximava da casa

⁷⁰ NOSSO lucro líquido em 2011 foi de R\$ 33,3 bilhões. PETROBRÁS. 09 de fevereiro de 2012. Disponível em <<http://www.petrobras.com.br/pt/noticias/nosso-lucro-liquido-em-2011-foi-de-r-33-3-bilhoes/>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

⁷¹ BANCO do Brasil tem lucro recorde de R\$ 12,1 bilhões em 2011. BANCO DO BRASIL. 14 de fevereiro de 2012. Disponível em <<http://www.bb.com.br/portalbb/page118,3366,3367,1,0,1,0.bb?codigo%20Noticia=32929>>. Acesso em 13 jun. 2013.

dos 600 bilhões de reais⁷², quantia que figuraria, comparando ao PIB dos países naquele mesmo ano, conforme dado consultado no sítio do Banco Mundial, na 56ª posição⁷³, acima de outros países como Portugal e Finlândia, e dentre os da América Latina, Uruguai, Paraguai, Chile e Bolívia.

Assim, quando se propõe, para a fixação do *quantum* indenizatório, que se sopesem as capacidades econômica das partes, estar-se-á diante, nesses casos, de situação em que o disparate atinge um patamar tão absurdo que põe em cheque o julgador.

A análise das condições econômicas de ambos vítima e ofensor não é tarefa fácil quando a discrepância é tanta que é necessária a renda média anual de mais de 2% dos trabalhadores do país – considerando a população brasileira total em 190,75 milhões de pessoas⁷⁴, mas em 93,49 milhões⁷⁵ quando levada em conta apenas a parcela da população ocupada, exercendo trabalho remunerado ou não – para se chegar à equivalência em comparação ao lucro de apenas uma entre muitas outras empresas com faturamento estratosférico que existem no território nacional.

Sobre o cuidado necessário ao se verificar a capacidade econômica das partes, afirma Antônio Jeová Santos que “o julgador deve estar situado e sintonizado no contexto econômico do País. Deve ter em conta os males do custo social brasileiro. Ter em conta a situação média das empresas, dos fornecedores de bens e serviços. A situação média de nossa população. Ter em conta a expressiva

⁷² DEMONSTRAÇÕES Financeiras Padronizadas - 31/12/2011 - V2. R\$ 599.149.983.000,00. BM&F BOVESPA. Petrobrás, DFs Consolidadas, Balanço Patrimonial Ativo. Disponível em <<http://www.rad.cvm.gov.br/ENETCONSULTA/frmGerenciaPaginaFRE.aspx?NumeroSequencialDocumento=14307&CodigoTipoInstituicao=2>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

⁷³ Considerando U\$ 1,00 = R\$ 2,00, tomaria a posição da Grécia, que somou aproximadamente U\$ 290 bilhões, que, convertido para reais, totalizaria R\$ 580 bilhões. WORLD BANK. Gross domestic product 2011. Disponível em: <<http://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

⁷⁴ SINOPSE do Censo Demográfico 2010. Tabela 1.4. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas_pdf/Brasil_tab_1_4.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2013.

⁷⁵ PESQUISA nacional por amostra de domicílio 2009/2011. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Adaptação da Tabela 7.2.1. Rio de Janeiro. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_anual/2011/Sintese_Indicadores/sintese_pnad2011.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2013.

pobreza dos habitantes do País, além de levar em consideração o impacto que o valor da indenização venha a ter sobre o dinamismo econômico”.⁷⁶

Em relação à aplicação de função preventiva às indenizações por dano moral e sua repercussão na economia nacional, cumpre citar o pensamento de Humberto Theodoro Júnior:

O “custo Brasil”, destarte, se agrava por obra de tal postura jurisprudencial. É uma ilusão pensar que se podem extrair do meio produtivo reparações mirabolantes sem que isto deixe de influir sobre a economia nacional. O mundo econômico é formado por vasos comunicantes. Tudo o que se exige de sacrifício dos meios de produção transforma-se incontinenti em custos dos bens produzidos. Quem irá responder por esses custos majorados é a sociedade consumidora como um todo. Se o empresário onerado não conseguir repassar o custo para os preços finais, seu negócio se arruinará, e mais uma vez quem suportará a consequência mais grave será a sociedade, porque do desestímulo à produção lucrativa decorrem, imediatamente, o fechamento de empresas, a redução de empregos e a escassez de produtos indispensáveis.⁷⁷

Sustenta o doutrinador, em linha argumentativa contrária ao papel de pena privada assumido por esse tipo de indenização, que ainda que os tribunais começassem a fazer uso de maneira exemplar desse caráter pedagógico, as empresas simplesmente repassariam esse gasto adicional aos clientes de forma diluída, ou acabariam por se ver obrigadas a fechar as portas.

Raciocínio semelhante à ideia de que quando ocorre o aumento da matéria prima de um determinado produto, também aumentará o preço do item final em si.

Portanto, percebe-se que a análise da capacidade econômica das partes para arbitramento do *quantum* indenizatório, quando se analisam demandas do brasileiro médio contra grandes empresas, é um assunto de extrema delicadeza, pois ao mesmo tempo em que se espera moderação em decorrência da situação financeira do ofendido, para evitar que a reparação do dano moral se torne vantajosa a ponto do lesado ter vontade de sofrer o ilícito novamente, tem-se no

⁷⁶ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 182.

⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 88.

papel preventivo especial das indenizações motivação para elevar sua quantia a patamares mais significativos.

Diante desse impasse, resta refletir a respeito de qual sentido há de se mencionar efusivamente nas decisões dos tribunais a aplicação de uma função preventiva na fixação do montante condenatório nas ações de indenização por danos morais, quando o dispositivo das referidas decisões apontam em sentido diverso.

3.3 A impossibilidade de eficácia de um papel preventivo-pedagógico

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

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

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

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

Sabe-se que muitos casos ocorrem anualmente em todo o país de pessoas que acabam com o nome negativado em decorrência de situação absolutamente estranha a elas, que pode ter origem em diversas possibilidades, dentre as quais se pode citar, entre outros: fraude praticada por terceiro; erro em

computar dívida já paga; débito efetuado antes do prazo; e cobrança de valor diferente do acordado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho, como se propôs, traçou um panorama histórico evolutivo a respeito da aceitação da teoria da reparabilidade do dano moral no Brasil.

Frisou-se que, atualmente, a reparação por danos morais tem previsão legal, na forma de garantia constitucional, insculpida na Carta Magna em seu artigo 5º, incisos V e X, fazendo a corrente negativista perder força em um duplo sentido: seus adeptos diminuíram numericamente; e, qualitativamente, a tese perdeu um de seus principais argumentos, daqueles que defendiam a impossibilidade da reparação por danos morais pela inexistência de previsão legal e taxatividade das hipóteses estabelecidas pelo Código Civil de 1916.

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

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

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

A fim de tentar facilitar o entendimento de como fazer essa quantificação, foram analisados alguns procedimentos possíveis de se adotar e quais critérios utilizar-se-iam, esclarecendo a preferência pelo arbitramento prudente do magistrado, pois ao mesmo em tempo que daria liberdade suficiente para a

jurisprudência evoluir ao longo dos anos em relação aos valores, entre legislador e magistrado é este último quem mais condições tem de analisar o caso concreto e produzir decisão com maior equidade.

De forma lógica, fez-se necessária análise da principal ressalva feita tanto em doutrina quanto em jurisprudência quando se admite aplicação do aspecto preventivo das indenizações por dano moral: a expressa vedação ao enriquecimento sem causa.

Encarou-se o enriquecimento sem causa como a impossibilidade do lesado lucrar com a indenização. Ou seja, conforme interpretação simples do entendimento dominante da doutrina e jurisprudência, pode-se dizer que o enriquecimento sem causa restará caracterizado quando o valor arbitrado a título de indenização gere na vítima tamanho aumento em seu estado de espírito a ponto de se encontrar em estado superior àquele antes de sofrer o dano e cause vontade de ser vitimado uma segunda vez por aquele evento danoso para poder pleitear novamente indenização.

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

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

Frisou-se a prevalência do princípio geral de vedação ao enriquecimento sem causa no confronto com o caráter preventivo da indenização por dano moral, pois no Brasil há a primazia do direito legislado basilar intrínseca aos sistemas jurídicos romano-germânicos e, enquanto o primeiro é interpretação praticamente

literal de norma de direito, o segundo ainda está na fase de construção doutrinária e jurisprudencial.

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

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

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

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

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

Enfim, concluiu-se que, com a situação atual do ordenamento jurídico brasileiro, não se vê espaço para que as indenizações por dano moral no âmbito nacional adquiram efetivo caráter preventivo de modo a evitar a ocorrência futura de

práticas danosas semelhantes, e por esse motivo, poderia parar de ser mencionado “em vão” nas decisões dos tribunais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do direito brasileiro.** 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AUGUSTIN, Sergio. **Dano moral e sua quantificação:** artigos doutrinários. 4. ed. rev. ampl. Caxias do Sul: Plenum, 2007.

BAHIA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0019638-85.2005.8.05.0080.** Apelante: Coelba-Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia. Apelada: Jamily Carvalho Chagas. Rel. Des. Augusto de Lima Bispo. Julgada em 19 de novembro 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/pastadigitalsg/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0019638-85.2005.8.05.0080&cdProcesso=P00300GH10000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5BA&cdServico=190102&ticket=B7uujq7pLK6HY3x7mzqmgtoMuDTdkpbQ2sGp0Y9dfvB3i2PmahVWBgoFHMVUfcx786jO2mZJyaDqzjcEyelyCg%2FDOsrY%2F73wmrZrGjyW9w4Uk6LmyFOYnk1ncExk72igJoROaiRUZBhCo8bSJlpTNKiPLx2RE7mF4UbSvfx48apkvAaAmoa4AeJQQ6vu1qiG>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

BANCO do Brasil tem lucro recorde de R\$ 12,1 bilhões em 2011. BANCO DO BRASIL. 14 de fevereiro de 2012. Disponível em <<http://www.bb.com.br/portallbb/page118,3366,3367,1,0,1,0.bb?codigoNoticia=32929>>. Acesso em 13 jun. 2013.

BARBOZA, Jovi Vieira. **Dano moral:** o problema do quantum debeat in nas indenizações por dano moral. Curitiba: Juruá, 2006.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral:** critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 maio 2013.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 527.585/SP.** Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF. Agravado: TYPE ASSESSORIA CONTABIL SOCIEDADE COMERCIAL LTDA. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Julgado em 23 de junho 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200300925309&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1171826/RS.** Recorrente: AES SUL DISTRIBUIDORA GAÚCHA DE ENERGIA S/A. Recorrido: IRB - BRASIL RESSEGUROS S/A. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17 de maio 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200902302592&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 10 abr. 2013. STJ, Recurso Especial n. 1171826/RS, Rel. Mina. Nancy Andrighi, julgado em 17-5-2011.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1300187/MS.** Recorrente: Cleber Renato Borin Ferro. Recorrido: Rubens Ventura. Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 17 de maio 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201103000333&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 786.609/DF.** Recorrente: VARIG S/A Viação Aérea Rio Grandense. Recorrido: Roberta Beviláqua Rangel. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Julgado em 18 de setembro 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200501662191&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: volume 2 - obrigações, responsabilidade civil.** 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

DEMONSTRAÇÕES Financeiras Padronizadas - 31/12/2011 - V2. R\$ 599.149.983.000,00. BM&F BOVESPA. Petrobrás, DFs Consolidadas, Balanço Patrimonial Ativo. Disponível em <<http://www.rad.cvm.gov.br/ENETCONSULTA/frmGerenciaPaginaFRE.aspx?NumeroSequencialDocumento=14307&CodigoTipolns tituicao=2>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. v. 7. 2007.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil.** v. XIII, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0039191-34.2010.8.07.0001.** Apelante: UNIMED Confederação Centro Oeste e Tocantins. Apelado: Waldyr de Sousa Fonseca. Rel. Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito. Julgada em 29 de maio de 2013. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+>>

Consulta+Processual&SELECAO=1&COMMAND=ok&ORIGEM=INTER&CHAVE=0039191-34.2010.8.07.0001>. Acesso em: 12 abr. 2013.

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

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0145.10.058987-1/001**. Apelante: EMBRATEL Empresa Bras. Telecomunicações S/A. Apelado: Ademilson Mota Lima. Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes. Julgada em 6 de junho de 2013. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10145100589871001&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&comrCodigo=0024&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=10145100589871001&select=2>. Acesso em: 12 abr. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

NOSSO lucro líquido em 2011 foi de R\$ 33,3 bilhões. PETROBRÁS. 09 de fevereiro de 2012. Disponível em <<http://www.petrobras.com.br/pt/noticias/nosso-lucro-liquido-em-2011-foi-de-r-33-3-bilhoes/>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

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

PESQUISA nacional por amostra de domicílio 2009/2011. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Adaptação da Tabela 7.2.1. Rio de Janeiro. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_anual/2011/Sintese_Indicadores/sintese_pnad2011.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2013.

PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIO 2009/2011. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Adaptação da Tabela 7.2.1. Rio de Janeiro. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_anual/2011/Sintese_Indicadores/sintese_pnad2011.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2013.

PESQUISA nacional por amostra de domicílio 2009/2011. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Adaptação da Tabela 7.2.1. Rio de Janeiro. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de>

[_Domicilios_anual/2011/Sintese_Indicadores/sintese_pnad2011.pdf](#)>. Acesso em: 13 jun. 2013.

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

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0479283-19.2011.8.19.0001**. Apelantes: Caixa de Previdência dos funcionários do Banco do Brasil - PREV e outro. Apelados: os mesmo. Rel. Des. Antônio Saldanha Palheiro. Julgada em 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300112404>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70054361332**. Apelante: Dilsa Farias dos Santos. Apelado: BRASILTELECOM/OI. Rel. Des. Mário Crespo Brum. Julgada em 6 de junho 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2011.005236-4**. Apelante: Sata Eloísa Rinaldi Vieceli. Apelado: LUAGEL Comércio de Confeções LTDA. Rel. Des. Raulino Jacó Brüning. Julgada em 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000HZVX0000&nuSeqProcessoMv=36&tipoDocumento=D&nuDocumento=5657611>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

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

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0053176-05.2011.8.26.0002**. Apelante: Ricardo Alexandre Martins Einloft. Apelados: CLARO S/A e outros. Rel. Des. José Joaquim dos Santos. Julgada em 4 de junho de 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pasta_digital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0053176-05.2011.8.26.0002&cdProcesso=RI001IX9E0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190102&ticket=75soN%2B9RDxyzOKm%2Ff1sHteZLqN7Cc3TpRHj9gaPsBA9NrVzXw2C62CW%2B9ccemwn1RSD2FDjmaP%2FnN0qEzsr8tPHYsbwy7onWJp5uMZVnBFsmYu%2BYzhKqx7SwQhMi7j3nXCb3fraG%2BsanPnWk3vUTD3zt%2Fzop9V32p46NbQ8IW5MFr y7bUcE7fGjkDrwZhFM0X6ZFym6cYn7DDUeugZxl8g%3D%3D>. Acesso em: 15 abr. 2013.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Dano Moral Imoral**: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

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

SINOPSE do Censo Demográfico 2010. Tabela 1.4. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas_pdf/Brasil_tab_1_4.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2013.

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

TARTUCE, Flávio. Questões controvertidas quanto à reparação por danos morais. Aspectos doutrinários e visão jurisprudencial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 876, 26 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7586>>. Acesso em: 7 jun. 2013.

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

WORLD BANK. Gross domestic product 2011. Disponível em: <<http://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2013.