

ARBITRAMENTO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E CONDIÇÕES ECONÔMICAS DAS PARTES

MORAL DAMAGE REPAIR ARBITRATION AND ECONOMIC CONDITIONS OF THE PARTIES

Alice Ribeiro de Sousa¹

RESUMO

O presente artigo tem como escopo discutir sobre o dano moral e, mais especificamente, verificar a eficiência em sua reparação com base na aferição da situação econômica das partes envolvidas. O artigo se divide, essencialmente, em duas partes. Na primeira delas, busca-se estudar a definição da responsabilidade civil, do dano e, por fim, do dano moral, para em seguida trazer breve notícia acerca da evolução do instituto do dano moral dentro dos ordenamentos de maior destaque na história do direito. Essa parte se encerra com uma análise sucinta do tratamento da questão pela Constituição brasileira de 1988. Na segunda parte, analisam-se os critérios de reparação trazidos pelo Código Civil de 2002, bem como os aspectos que levam o juiz ao arbitramento da indenização. Enfim, analisou-se a influência da situação econômica das partes como elemento contributivo para que a indenização cumpra suas funções de desestímulo do ato ilícito e, ao mesmo tempo, de compensação pelo sofrimento imposto à vítima. Conclui-se que, ao levar em conta a condição econômica da vítima e do ofensor, o julgador é capaz de arbitrar, de modo mais justo, o valor de indenização do dano moral.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Dano moral; Reparação; Arbitramento.

ABSTRACT

This article has as its goal to discuss moral damage, more specifically, to check the efficiency in its compensation based on measuring the economic situation of the parties involved. The paper is essentially divided into two parts. In the first, we seek to study the definition of liability, damage and ultimately, moral damages to then bring brief news about the progress of the moral damage institute within the most outstanding systems in the history of law. This part concludes with a brief analysis of the treatment of the issue by the Brazilian Constitution of 1988. During the second part, we analyze the criteria for compensation brought by the Civil Code of 2002, as well as the factors that lead the court to arbitrate the claim. Finally, we analyzed the influence of the economic situation of the parties as a contributing element to that indemnification fulfills the functions of discouraging the illegal act and at the same time, compensating for the suffering imposed on the victim. We conclude that, by taking into account the economic condition of the victim and the offender, the judge is able to arbitrate, more fairly, the value of compensation for moral damage.

Keywords: Liability; Moral damage; Repair; Arbitration.

¹ Procuradora Jurídica da Câmara Municipal de Uberlândia (MG). Professora titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (MG). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (MG). Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP).

1 INTRODUÇÃO

Um dos principais desafios do civilista contemporâneo está na fixação de critérios para a reparação do dano moral. Embora, com a evolução natural do direito ocidental, tenha-se atingido o consenso de que a dor psicológica é compensável, a existência de barreiras éticas à discussão do preço da dor e a dificuldade de se alcançar um ponto de equilíbrio entre o valor devido e aquele que pode ser pago pelo ofensor têm tornado o arbitramento da indenização por danos morais uma experiência invariavelmente frustrante, seja para o juiz, seja para as partes em litígio.

Nesse panorama, é dever do cientista jurídico a análise de alternativas que tornem viável a fixação do dano moral de um modo que possa ser considerado, senão eminentemente técnico, ao menos justo, sob um ponto de vista imparcial. A esse propósito, a análise da situação econômica da vítima e do ofensor como critério para o arbitramento da indenização assume destaque, tanto porque se trata de uma alternativa, quanto porque tem sido seriamente considerada por parte da doutrina, que contra ela desenvolve apaixonadas críticas.

Dentro desse contexto, o presente trabalho buscará, como seu objetivo final, analisar a viabilidade da adoção da análise econômica das partes envolvidas no arbitramento da indenização do dano moral, especialmente sob o ponto de vista do desestímulo da conduta ilícita. Reconhece-se que tal esforço é impraticável sem a prévia análise do instituto do dano moral, como derivado dos estudos de responsabilidade civil desenvolvidos desde a Antiguidade. Partimos, portanto, da análise do tomo de direito civil que cuida da responsabilização por atos ilícitos, com vistas a alcançar o instituto que estuda a indenização e/ou reparação por esses atos, incluindo sua definição, história e análise do direito comparado. Em seguida, passamos ao estudo do dano moral por si, da forma como se encontra tratado no direito brasileiro. Finalmente, tratamos das considerações acerca da reparação dessa espécie de dano, para desembocar na análise da possível adoção do critério econômico como auxiliar ou mesmo principal para o arbitramento do *quantum* a ser pago pelo ofensor.

1.1 Conceito de responsabilidade civil

A responsabilidade civil pode ser conceituada como o dever jurídico que surge do descumprimento de uma obrigação a ele preexistente, e que consiste na reparação do dano advindo desse descumprimento. A responsabilidade diverge da obrigação justamente porque, ao contrário dessa última, é sempre sucessiva, conseqüente a uma violação, enquanto a

obrigação é originária. Essa noção de consequência entre descumprimento de obrigação e responsabilidade, ou da própria distinção entre uma e outra, se revela claramente no enunciado do art. 389 do atual Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002).

Três elementos devem se fazer presentes sempre que se cogita da existência de responsabilidade civil: um ato ilícito, ou seja, contrário à norma jurídica posta para a situação em tela; um dano, que Pablo Stolze Gagliano conceitua como lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão de sujeito infrator (GAGLIANO, 2010, p. 78); e o nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo.

De acordo com Von Tuhr (1934, p. 264), a indenização do ato ilícito pressupõe a existência de dano causado a terceira pessoa, ilegalmente, e por culpa do que o causa (ou seja, o ato ilícito deve ser praticado intencionalmente ou por negligência). No mesmo sentido, Karl Larenz (1958, p. 632) afirma que “la infracción de um bien ‘ideal’ (como la salud, la libertad o el honor) puede traer consigo daños patrimoniales que, en cuanto sean ‘adecuados’ a la acción del agente, originan la obligación de indemnizar al perjudicado”.

Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, dependendo da natureza da responsabilidade – objetiva ou contratual, quando o dever de indenizar é consequência do descumprimento de um vínculo obrigacional; subjetiva, extracontratual ou aquiliana, quando o direito lesionado é subjetivo e independe da existência de relação jurídica entre ofensor e vítima –, a comprovação de existência do nexo de causalidade não é determinante para a constatação de responsabilidade civil. Em outras palavras, quando se comprovar que o ofensor desobedeceu a uma regra contratual, a prova do nexo causal entre sua conduta e o dano não é indispensável à configuração da responsabilidade e ao consequente dever de indenizar.

1.2 Conceito de dano. Dano material e moral

Viu-se acima que o dano pode ser conceituado como lesão a bem jurídico originada na ação ou na omissão de uma pessoa, que se dá em desacordo com o ordenamento. José de Aguiar Dias (2006, p. 972) ressalta que tal lesão deve incidir sobre outra pessoa, não despertando o interesse do direito o dano produzido pelo indivíduo contra si mesmo. Em complemento a tal definição, Yussef Said Cahali (2000, p. 25) anota que a palavra *dano* é perfeitamente adequada para descrever a ideia de um efeito penoso, de diminuição do bem-estar, e que ela deve ser entendida na pura e integral acepção da palavra, sem qualquer

limitação conceitual, uma vez que qualquer delas se revela arbitrária e incompatível com os sentimentos humanos.

O bem jurídico lesado com o dano pode ser materialmente tangível ou não, e essa diferença tem sido utilizada para subsidiar sua classificação em material ou moral.

O dano praticado contra bens jurídicos materiais pode representar a redução patrimonial da vítima causada pelo ato ilícito do ofensor (o que se conhece pela expressão *dano emergente*), ou consistir naquilo que a vítima deixou de auferir, com suas atividades produtivas cotidianas, face ao impedimento promovido pela ação ou omissão do ofensor (ao que se dá o nome de *lucros cessantes*) (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 386-387). Em qualquer dessas variações, o dano pode ser contabilmente mensurado sem maiores dificuldades, inclusive com o cálculo da respectiva atualização monetária desde a data do evento danoso. À soma das perdas patrimoniais emergentes e cessantes sofridas pela vítima o Código Civil se dá o nome de *perdas e danos* (art. 402).

Em contrapartida, o dano pode também consistir em prejuízo intelectual, psicológico, à vítima. É o que se tende a denominar dano moral, na atualidade. De modo mais específico, Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 79-81) ensina que o dano moral pode ser conceituado de forma negativa (ou seja, trata-se de toda espécie de sofrimento que não pode ser patrimonialmente contabilizado) ou positiva (como sendo a dor da alma, ou seja, vexame, desconforto, humilhação). Como exemplo de definição negativa, cita-se aquela apresentada por José de Aguiar Dias (2006, p. 992): “quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral”. Um conceito positivo é o de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 267), no sentido de que o dano moral corresponde à supressão de vantagens não patrimoniais.

Yussef Said Cahali (2000, p. 20-21) reconhece que a classificação, por exclusão, do dano como moral é insuficiente, e que se deve perquirir o reconhecimento dessa espécie de dano em função de seus próprios elementos. Em contrapartida, reconhece que o trabalho de enumerar as possíveis causas do dano moral é impossível, e acaba por conceituá-lo como “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado”. A exemplo disso, Antonio Jeová Santos também adota uma definição bastante abrangente, entendendo como dano moral “a afetação da capacidade de querer, sentir e entender, que seja de modo negativo e prejudicial” (SANTOS, 2003, p. 69).

De sua parte, Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 80-81) defende que essa dicotomia, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, deve ser superada por meio da busca de uma

conceituação albergada pela Constituição Federal de 1988. E aponta que, face ao corolário da dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade – amplamente abrigados pelo atual Texto Constitucional –, o dano moral tem autonomia face ao material, contudo, sua indenização depende de prévia violação a esses direitos. Com base nesse entendimento, conceitua o dano moral, em sentido estrito, como a violação dos direitos à dignidade e da personalidade.

Por adotar uma roupagem mais contemporânea e sintonizada com as disposições constitucionais, adotamos o conceito de Sérgio Cavalieri Filho. De fato, todas as ofensas aos direitos de dignidade e de personalidade devem ser entendidas como origem de sofrimento psicológico. Com efeito, a vinculação entre a violação de direitos de personalidade e o dever de reparar o dano daí advindo já havia sido identificada nas primeiras décadas do século XX, por Von Tuhr (1934, p. 266). Logo, dentro de um contexto em que a personalidade humana é inviolável (SANTOS, 2003, p. 53), não resta dúvida de que tal dano deve ser reparado.

No entanto, é importante reconhecer que esse conceito possui contornos bastante específicos, aplicando-se melhor especialmente a ordenamentos que, como o brasileiro, dão o devido destaque à defesa do princípio da dignidade da pessoa humana, tão duramente ofendido pelo próprio Estado durante o longo período de ditadura.² Assim, a definição trazida por Cahali encontra aplicação mais universal, aplicando-se a ordenamentos em que não há menção constitucional expressa à dignidade da pessoa humana.

2 O DANO MORAL E SUA EVOLUÇÃO

A reparação por ofensas não materiais está presente já nos livros do Antigo Testamento da Bíblia Sagrada. O livro do Deuteronômio, capítulo 28, versículos de 13 a 19 determina a imposição de multa (que neste caso assume verdadeira natureza jurídica de indenização moral) ao homem que difama a honra da mulher recém-esposada, questionando injustamente sua virgindade. Nos versículos 28 a 29 do mesmo capítulo, pena semelhante é

² Antônio Jeová Santos (2003, p. 65) reconhece que a forma de defesa dos direitos de personalidade, consoante previstos na Convenção Mundial de Direitos Humanos, variará conforme a diversidade cultural e de costumes e que a tradição impedirá a proteção de alguns direitos. Cita, por exemplo, a diferença das definições de privacidade entre o direito japonês e o direito ocidental como justificativa para reconhecer que tal direito não será defendido da mesma forma pela Constituição nipônica. Adotando outro ponto de vista, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 16) chega à mesma conclusão, ao reconhecer que, embora a dignidade da pessoa humana deva ser respeitada por ser uma condição intrínseca a toda pessoa, sua previsão constitucional é importante para sua efetiva proteção e desenvolvimento pelos órgãos públicos em geral, especialmente aqueles envolvidos na aplicação do Direito.

imposta ao homem que abusa de mulher virgem não desposada. Em ambos os casos, o ofensor fica proibido de repudiar ou se divorciar da mulher (CASTRO, 1993, p. 243-244).

O direito romano foi o responsável pelas origens da culpa extracontratual. A esse respeito, Alvino Lima (1999, p. 19-21) destaca que os romanos, principiando da ideia primitiva da vingança privada, passaram pela composição voluntária, com o arbitramento de uma *poena* a ser paga pelo ofensor (que poderia consistir na entrega de dinheiro ou de objetos, conforme as partes definissem em acordo) até chegar à composição tarifada imposta pela Lei das XII Tábuas, quando a própria norma definia os valores a serem pagos pelo ofensor, em determinadas hipóteses.

De fato, as reparações em dinheiro e não com dano físico encontravam plena aplicabilidade na Lei das XII Tábuas. Dentro deste compêndio, segundo Gagliano (2010, p. 104), destacam-se os §§s 2º e 9º da Tábua VII, que, por não fazerem acepção da natureza patrimonial do dano, permitiam que o prejuízo moral fosse indenizado.

Alvino Lima (1999, p. 21-27) destaca que o ápice da evolução da responsabilidade civil extracontratual no direito romano se deu com a lei Aquília, que, em seu último capítulo (*damnum injuria datum*), permitia a “destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido a coisa *corpore et corpori*, sem direito ou escusa legal”. Concedida primeiro aos proprietários da coisa danificada, logo a prerrogativa foi estendida, pela jurisprudência, a titulares de direitos reais, possuidores, peregrinos, homens livres feridos por coisas ou escravos, entre outras hipóteses. O autor ainda destaca que a lei Aquília prosseguiu na evolução do arbitramento do dano, substituindo penas fixas pela reparação pecuniária segundo o valor da coisa durante os 30 dias anteriores ao delito.

O direito anglo-americano evoluiu paralelamente ao direito latino para abrigar as hipóteses de responsabilidade civil. Como ocorria nos demais ramos do direito, a fonte dessa evolução eram os antigos *writs*, ou ações judiciais. Dentro delas, a expressão *tort* deixou de designar a vítima do delito civil para, já no século XVII, representar o conjunto de delitos dessa natureza. Alvino Lima (1999, p. 30) conceitua o *tort* como “a violação de uma obrigação imposta por lei e não por um contrato ou quase-contrato, violação sancionada por uma ação de perdas e danos, visando uma reparação, cujo montante pode ser previamente convencionado pelo autor e sua vítima”. Daí o autor conclui que o conceito de *tort* no direito anglo-americano é mais amplo que o de ato ilícito no direito latino, porque no *torta* responsabilidade pode ser restrita ou absoluta, com ou sem culpa. Em contrapartida, a violação da obrigação legal de cuidado que provoca dano passou a ser conhecida como *negligence* (LIMA, 1999, p. 33).

De outro lado, o ápice do desenvolvimento da responsabilidade civil no direito moderno cujas origens remontam diretamente ao sistema romano se localiza no art. 1.382 do Código Civil francês, que estabeleceu a responsabilidade extracontratual fundada na culpa efetiva e provada. Com efeito, seguiram os passos dessa legislação os códigos civis da Alemanha e da Suíça (LIMA, 1999, p. 27-29).

Gagliano afirma que, no Brasil pré-independência, não havia qualquer regra disciplinando a reparação do dano moral, razão pela qual é questionável a existência desse instituto jurídico. A questão assim permaneceu pelo menos até o advento do Código Civil de 1916. De acordo com Gagliano, Clóvis Beviláqua, autor do projeto do referido compêndio, admitia a possibilidade de reparação do dano moral, no entanto, reconhecia as dificuldades para a fixação do respectivo valor e, por essa razão, limitou as ocasiões em que a reparação seria cabível. No entanto, doutrina e jurisprudência adotaram posicionamento inflexível quanto à impossibilidade de reparação do dano moral, sob os argumentos de que o art. 159 do Código antigo não fazia menção expressa ao dano extrapatrimonial e de que o art. 76 do mesmo diploma era regra de natureza processual, não material (GAGLIANO, 2010, p. 106-107).

Entretanto, com a contínua evolução do pensamento jurídico aplicado a hipóteses concretas, tais justificativas se tornaram insuficientes para explicar a impossibilidade de perquirir juridicamente a reparação pelo sofrimento psíquico injustamente provocado. O legislador, atento a tal processo, inseriu paulatinamente no ordenamento situações em que se admitia o ressarcimento do dano moral. Cite-se, como exemplo mais emblemático dessa tendência, o ressarcimento por crime contra a honra instituído pelo art. 81 do Código Brasileiro de Telecomunicações (BRASIL, 1962).

Na mesma esteira, Sérgio Cavalieri Filho chama a atenção para o fato de que a reparação por dano moral era expressamente possível naquele ordenamento, nos casos de injúria, calúnia (art. 1.547 do Código Civil de 1916) ou agravo da honra da mulher (art. 1.548 daquele Código) (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 81-82).

De qualquer maneira, observa-se no Brasil, a exemplo do que ocorreu em diversos países ao redor do globo, que a evolução do dano moral passou por três fases. Na primeira, negava-se a reparação, sob o argumento de que era imoral fixar preço para a dor e que jamais se poderia indenizar dano de natureza e valor inestimáveis. Tais argumentos foram superados pela ideia de que a reparação do dano moral não deve buscar a restituição da vítima ao estado de antes, porque isso é impossível; mas sim uma compensação pelo dano sofrido, de modo a substituir o prazer já desaparecido por um outro. Não se olvide, ainda, a função de pena

pecuniária privada que a reparação deve possuir (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 81). A reparação, embora incompleta e aproximada, assume caráter de equivalência para a qual o dinheiro é servível (SANTOS, 2003, p. 39).

Na segunda fase, o ressarcimento do dano passou a ser admitido apenas se não houvesse cumulação com o dano material, pois um absorveria o outro. A evolução do pensamento doutrinário a respeito revelou que tal argumento não passava de um sofisma, dada a absoluta independência do patrimônio afetado pelo dano material do sofrimento imposto pelo ilícito moral. Assim, Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 82) cita como exemplo as distintas lesões materiais (perda do amparo material) e morais (perda da companhia) advindas de um evento em que uma família perde o seu chefe em um acidente.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 a reparação do dano moral, exclusiva ou concomitante com o dano material, se tornou inquestionável no ordenamento brasileiro. Elevada ao *status* de garantia fundamental, a reparação rapidamente tomou corpo como instituto jurídico frente à doutrina e à jurisprudência, de modo a já se encontrar razoavelmente desenvolvida quando do advento do Código Civil de 2002, que a admitiu expressamente em seus arts. 186 e 927 (BRASIL, 2002).

2.1 Dano moral no direito comparado

Segundo Yussef Said Cahali (2000, p. 29), o tratamento do dano moral pelos diversos ordenamentos mundialmente encontrados pode ser separado em quatro grupos: a) o daqueles que acolhem a reparação de modo mais ou menos amplo; b) o daqueles que só o acolhem quando há previsão taxativa e limitada em lei; c) o do direito anglo-americano, que possui características únicas; d) o de países que simplesmente ignoram o princípio da reparação dos danos morais, mesmo que não haja disposição legal expressa nesse sentido.

Feitas essas considerações iniciais, passamos a analisar, de modo sucinto e exemplificativo, o tratamento do dano moral de alguns ordenamentos importantes.

2.1.1 Alemanha

Já antes do vigor do Código Civil alemão de 1900, mais conhecido como *Bürgerliches Gesetzbuch* ou B.G.B., a legislação federal alemã já havia desenvolvido a noção de reparação por dano moral, ainda que de modo diferenciado do que ocorria no direito costumeiro inglês. É que se entendiadevido o pagamento de indenizações apenas quando o

dano provocasse dor física, o que ficou conhecido como *Schmerzensgeld*. A escolha de indenização de dor exclusivamente física, embora não excluísse a reparação pelo sofrimento moral, restringia bastante os casos em que tal indenização se aplica; por tal razão, quando entrou em vigor, o B.G.B., apesar de prever expressamente a reparação do dano moral, restringiu-a aos casos fixados em lei. Tais hipóteses foram bastante limitadas, incluindo a privação de liberdade e delitos contra os costumes cujas vítimas eram mulheres (SILVA, 2002, p. 93-97).

Em complemento a essa deficiência, o Código Penal alemão criou o instituto da *Busse*, por meio da qual o ofensor deve pagar ao ofendido uma quantia fixada pelo juiz até um limite legal, e que exclui qualquer outra reparação. Embora controversa a natureza jurídica da *Busse*, a maior parte da doutrina converge em que ela não tem natureza de pena, porque não é paga ao Estado, mas sim ao ofendido; por essa mesma razão, ela se faz enquadrada como espécie de indenização (SILVA, 2002, p. 101).

2.1.2 Itália

Segundo Silva, o direito italiano suportou um retrocesso no sistema de fixação de danos morais, porque o Código Civil vigente a partir de 1942 adotou limitações que não existiam no compêndio civil que o antecedeu, e que recebera influência direta do Código Civil francês, mais abrangente. Na realidade, o Código Civil italiano de 1942 tratava a questão do ressarcimento do dano moral de modo muito semelhante ao Código Civil alemão, ou seja, restringindo a reparação aos casos em que a lei o autorizava (SILVA, 2002, p. 101-104).

Criticada ferozmente pela doutrina, a limitação não pôde fazer frente à evolução jurisprudencial que se seguiu, reconhecendo, de modo semelhante ao que ocorreu no resto do mundo ocidental, a possibilidade de reparação do dano moral do mesmo modo como ocorria com a dor física, confiando-se à equidade um critério equivalente para a fixação do valor de indenização. Esse critério vem sendo aplicado até os dias atuais (SILVA, 2002, p. 104-105).

2.1.3 França

Como visto acima, o direito francês partiu de uma postura mais liberal em relação à admissibilidade do ressarcimento do dano moral. De fato, no Código Napoleônico, restrição legal expressa às hipóteses em que esse ressarcimento poderia se verificar não há, e a norma jurídica autorizadora da indenização não faz acepção entre dano patrimonial ou

extrapatrimonial. Com o tempo, o princípio da reparabilidade ampla do dano moral foi sendo instituído em normas esparsas (SILVA, 2002, p. 106).

Tal entendimento foi solidificado com remansosa jurisprudência acolhendo a ampla reparabilidade dos danos morais, que predomina até hoje. Tanto é assim que, no direito francês, observa-se uma tendência de que o dano material absorva o moral, de modo que a indenização por perdas e danos tem sido fixada em patamares elevados, sem que haja avaliação do prejuízo moral (SILVA, 2002, p. 108-109).

2.1.4 Espanha

A fonte da disciplina dos danos morais do Código Civil espanhol de 1890 foi o Código Napoleônico, razão pela qual a fixação dessa modalidade indenizatória não encontrou limitação expressa. No entanto, por questões históricas, sempre se interpretou que o dispositivo legal em questão se referia única e exclusivamente ao dano material, não concedendo guarida à indenização pelo sofrimento moral. Assim, a jurisprudência espanhola do século XIX era irreduzível no sentido de que a violação à honra ou os desgostos não eram causas de indenização (SILVA, 2002, p. 110).

No entanto, a Espanha não escapou à influência da doutrina europeia revolucionária do início do século XX, no sentido de que o dano moral não poderia deixar de ser reparado, e, já em 1912, foi publicada a primeira decisão no sentido de conceder indenização por dano moral. Curiosamente, o fundamento jurídico para a mudança do pensamento predominante não foi a ampliação interpretativa do comando legal autorizador da indenização pelo dano material, mas sim a aplicação do princípio da equidade, de modo a elevar o *quantum* a ser indenizado sem indicar expressamente que a reparação era de cunho moral. A reparação devida pelo dano moral puro só foi reconhecida em julgados de 1928. E a sua fundamentação no dispositivo legal que autoriza a indenização pelo dano, material ou moral, foi reconhecida pela primeira vez apenas em 1949 (SILVA, 2002, p. 111-115).

2.1.5 Inglaterra e Estados Unidos

No direito consuetudinário anglo-saxão, encontra-se notícia de indenização de danos morais pelo menos desde o século XVII. Silva (2002, p. 117) cita como exemplos o caso Hyde vs. Seyssor, datado de 1619, em que o marido propôs ação em face de o réu haver determinado o abandono do primeiro pela mulher; e o caso Russel vs. Corne, em que se

buscava reparação pelo fato de o patrão haver seduzido a empregada. Face à antiguidade do tratamento dos danos morais no direito inglês, é possível inferir que o assunto também evoluiu antes, de modo que há tempos já não havia dúvidas acerca da reparabilidade do dano moral naquele ordenamento. No entanto, a questão da cumulabilidade da indenização material com a moral ainda enfrentava dificuldades, por exemplo, nos casos de indenização por morte.

As funções punitiva e compensatória da indenização por dano moral também se fazem evidentes no direito anglo-americano. Nos Estados Unidos, o dano moral se subdivide nas modalidades *exemplary*, *vindictive* e *punitory* (DIAS, 2006, p. 1015). O direito escocês trata a indenização particular pelo nome de *solatium*, que pode ser traduzido como alívio, conforto ou consolação (SILVA, 2002, p. 117).

Outra característica da reparação dos danos morais de característica punitiva e compensatória, chamadas de *smart-money* no direito inglês, corresponde às elevadas quantias em que a indenização é fixada (DIAS, 2006, p. 1015). Américo Luís Martins da Silva (2002, p. 117) traz a notícia de que, apenas por haver atirado ao chão o chapéu de outra pessoa, o suposto ofensor foi condenado ao pagamento de indenização de 500 libras. Em outro caso, companhia ferroviária foi condenada ao pagamento de 4.500 dólares a passageiro que foi intencionalmente transportado a 400 jardas para além da estação final, o que tem recebido, pela doutrina brasileira, o nome de *indústria do dano moral* (SCHREIBER, 2007, p. 185-187).

Também seguindo direção contrária ao que defende a doutrina majoritária do Brasil, o direito anglo-americano admite sem reservas a indenização pelo dano moral ocorrido em relações conjugais, como nas ocasiões de desmanche de noivado (*breach of promise of marriage*) ou de adultério (*alienation of affection*) (SILVA, 2002, p. 119).

2.2 O dano moral no ordenamento brasileiro atual

A tese de irreparabilidade do dano moral se encontra definitivamente superada no ordenamento brasileiro pelo menos desde o advento da Constituição de 1988, o que representou um dos grandes avanços do novo Texto Constitucional (ANDRADE, 2006, p. 7). Segundo Antonio Jeová Santos (2003, p. 31-33), o princípio do *neminem laedere*, em que estão os fundamentos da indenização pelo dano, se manifesta em todos os 77 incisos do art. 5º da Constituição, mas tem seu cerne no *caput*, que assegura a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Assim, quando ocorre a violação a tais direitos, um outro direito exsurge para o ofendido, no sentido de obter a reparação.

Não demorou para que os ideais do Texto Magno influenciassem o legislador infraconstitucional. A Lei nº 8.069 (BRASIL, 1990a) menciona, em seu art. 17, que a criança e o adolescente têm direito ao respeito, consubstanciado na sua inviolabilidade física, psíquica e moral. A reparação ao dano moral foi, ainda, expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor, publicado apenas dois anos após a promulgação da Constituição (BRASIL, 1990b). De fato, o art. 6º, VI e VII do conhecido microsistema não apenas admoesta o fornecedor a evitar dano moral ao consumidor, como também alça à categoria de direito a respectiva reparação, caso o evento danoso ocorra.

Em outra frente, a jurisprudência finalmente se rendeu à tese da cumulabilidade do dano moral. Nesse sentido, em 12 de março de 1992, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado número 37 de sua Súmula, que enfim admitia o pagamento de indenizações por danos materiais e morais oriundos do mesmo fato (BRASIL, 1992).

Nesse sentido, a regulamentação do direito de ser indenizado pelo dano moral encontrou terreno fértil no Código Civil de 2002, florescendo expressamente em seu art. 186, combinado com o disposto no art. 927 (BRASIL, 2002). De fato, a nova codificação, segundo Santos (2003, p. 58), teve como escopo romper com o individualismo dos séculos XIX e XX, para outorgar protagonismo ao ser humano e, de consequência, aos direitos de personalidade que são dele indissociáveis. Assim, em uma codificação que refletia o pensamento doutrinário civil mais moderno desenvolvido na segunda metade do século XX, que consagrava os princípios da eticidade, sociabilidade e operabilidade, procurando, enfim, dar regulamentação à proteção dos direitos de personalidade consagrados no art. 5º da Constituição e resumidos na dignidade da pessoa humana, não poderia faltar tratamento especial à reparação do dano moral.

Nesse sentido, Dias (2006, p. 1020-1025) cita diversas hipóteses em que a jurisprudência reconheceu a incidência de dano moral: quando ocorre protesto de título, com abalo de crédito do devedor; quando há excesso na dispensa do empregado; quando pessoa é impedida de trabalhar em outra empresa por retaliação de seu empregador anterior; quando ocorre morte de menor.

Feitas tais considerações, cabe analisar a forma como os tribunais brasileiros têm promovido a fixação dos danos morais.

De modo geral, a indenização de dano oriundo de responsabilidade civil é fixada, desde antes do advento da atual ordem constitucional, em salários mínimos vigentes ao tempo da sentença, conforme orienta a Súmula 490 do STF (BRASIL, 1969). O valor fixado deve ser atualizado monetariamente, na forma definida pela Súmula 562 do Pretório Excelso

(BRASIL, 1977). No caso de morte de menor, o critério seguido pelo STJ é o de que, se a vítima pertencia a família humilde, a indenização deve compreender pensão por morte a partir da data em que a vítima completaria 14 anos de idade até os 25 anos, no valor de dois terços do salário mínimo vigente; e daí em diante, até a longevidade provável prevista pela Previdência Social ou até o falecimento dos pais – o que vier primeiro, à base de um terço do salário mínimo. O fundamento desse critério é o fato de que, em famílias menos economicamente afortunadas, os filhos proveem maior apoio financeiro aos pais entre 14 e 25 anos e, daí em diante, por constituírem suas próprias famílias, continuam prestando auxílio econômico de menor monta (DIAS, 2006, p. 1025; NETTO, 2008, p. 34). Se a família for de classe média ou alta, indenização por dano material não haverá, pois nesses casos se entende que são os pais os responsáveis pelo sustento do menor; nada impedirá, porém, que os familiares busquem a reparação por dano moral (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 387).

3 A REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Observou-se, até aqui, que a história do dano moral foi pautada, inicialmente, pelas discussões acerca da possibilidade de sua reparação ou mesmo da natureza da indenização, havendo aqueles que defendiam não ser possível a indenização em pecúnia e mesmo aqueles que consideravam imoral a substituição da dor física por dinheiro. As considerações acerca da evolução do pensamento jurídico concernente à superação dessas teses já foram feitas. Cabe, agora, enumerar as razões pelas quais a doutrina atual entende cabível a reparação do dano moral com dinheiro. Tais razões foram enumeradas com propriedade por Antônio Jeová Santos (2003, p. 60-62), em ensaio que passamos a acompanhar.

Inicialmente, deve-se reconhecer que a reparação do dano moral trará um bem-estar, uma comodidade à vítima, e que tal satisfação ajudará a confortá-la do sofrimento provocado pelo ato ilícito cometido pelo ofensor. O prazer gozado pelo uso e fruição de bens materiais não pode ser desprezado pelo operador do Direito, especialmente quando se leva em conta que o dano moral consiste na imposição de um sofrimento, que pode ser, por sua natureza, amenizado com a criação de um prazer. É a função do *solatium* (apaziguamento), que a reparação deve oferecer ao ofendido (DIAS, 2006, p. 1001).

Nesse panorama, a reparação do dano moral em dinheiro se justifica, pois é com ele que se adquirem os bens materiais capazes de conferir conforto à vítima. Embora esse conforto seja de natureza diversa daquele sentimento presente antes da ofensa moral, pode

ocupar o lugar do sofrimento que se instaurou após aquele evento, pois também possui natureza psíquica. De modo mais específico, Santos (2003, p. 61-62) afirma que a boa música satisfaz a audição, a beleza de um ato traz satisfação moral, o êxito científico origina gozos intelectuais, e tudo isso pode ser conseguido pelo dinheiro, ou com a sua ajuda.

Por outro lado, o ato ilícito não pode ficar sem sanção. Seria no mínimo injusto que o ofensor deixasse de sofrer a devida repreensão em face da sociedade apenas porque a natureza do dano por ele infligido não permite a restituição das coisas ao estado anterior à ofensa. Não haveria motivo algum para que o ofensor não voltasse a repetir o ato. Aqui, Santos (2003, p. 62) volta a invocar a origem do patrimônio jurídico violado como justificativa para a reparação: os direitos de personalidade, com raízes na dignidade da pessoa humana, não podem deixar de ser protegidos.

Demonstra-se, assim, em que situação se encontra a evolução da ciência jurídica brasileira atual. A reparação dos danos morais é não apenas viável, mas também muito importante; e sua realização em espécie monetária se encontra plenamente justificada.

3.1 Natureza jurídica da reparação do dano moral

Viu-se que um dos principais empecilhos para o reconhecimento do dano moral como ressarcível foi a impossibilidade de atribuir um preço à dor humana. Durante a vigência do Código Civil de 1916, as tentativas nesse sentido eram classificadas mesmo como imorais, uma vez que o sofrimento não poderia ser substituído por pecúnia sem que houvesse degradação dos princípios morais envolvidos. No entanto, observou-se também que a ausência de fixação de medidas de desestímulo ao ilícito moral era ainda mais perniciosa, pois o ofensor que encontrasse prazer em imprimir sofrimento a outras pessoas não encontraria obstáculo algum.

Nesse sentido, a faceta punitiva da reparação do dano moral despontou, em princípio, de modo destacado. De fato, diante da imoralidade da troca da dor psicológica por dinheiro, melhor seria considerar a reparação como um meio de desestimular as condutas que pudessem impor violação à integridade moral da pessoa. Entretanto, com o aprofundamento dos estudos científicos do assunto, ganhou força a tese de que o valor recebido pela vítima deveria servir para resgatá-la de seu estado de sofrimento, custeando-lhe tratamentos psicológicos ou possibilitando que alcançasse satisfação compensatória ao padecimento moral anterior.

Certo é que experiências humanas de sofrimento não são facilmente esquecidas; em lugar disso, encontram seu próprio lugar na psique humana. Com base nisso, Gagliano(2010,

p. 119-120) conclui pela natureza sancionadora da reparação do dano moral, sem no entanto desprezar sua função compensatória para a vítima. Há, pois, segundo o autor, compensação e não pena, dada a incompatibilidade entre a tese de ressarcimento (fundada na proteção obsessiva da vítima) e a de sanção (concebida em um contexto de proteção da sociedade contra o ato ilícito).

3.2 Critérios de reparação previstos no ordenamento

O sistema jurídico brasileiro não adota o tarifamento da indenização por danos morais. Sendo assim, na lição de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 377-382), o valor deve ser arbitrado pelo julgador, conforme a extensão do dano e a desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Os juristas susmencionados destacam que não há como precisar critérios fixos e objetivos para a fixação do valor da indenização, nem como subtrair do juiz a titularidade de papel tão importante. Reconhecem, entretanto, que a fixação do valor é algo difícil e que, para tanto, deve o magistrado adotar o critério da equidade para orientar seu senso de justiça, não se esquecendo de sua dupla faceta: além de integradora, corretiva.

Para Santos (2003, p. 151-152), a atividade de arbitramento do dano moral deve ser exercida com humildade pelo juiz, uma vez que não há critérios objetivos a serem aplicados, que fórmulas matemáticas não existem e que a busca científica do valor não leva a lugar algum. Assim, suas ideias se harmonizam com as de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, acima já expostas, no sentido de que a única solução é o emprego do prudente arbítrio do juiz. Entretanto, o jurista reconhece que a atribuição de atividade tão penosa a uma única pessoa é causa de dubiedades e incertezas, a justificar disparidades de fixação para casos semelhantes.

Por tais razões, entendemos importante a tentativa de enumerar critérios de fixação dos danos morais a serem seguidos pelo juiz, o que passamos a fazer a partir do próximo tópico.

3.3 O arbitramento dos danos pelo juiz e seus aspectos

O desenvolvimento dos estudos acima dá a entender que, ao fixar a reparação por danos morais, o juiz deverá levar em consideração não apenas o aspecto da satisfação da

vítima, mas também a repreensão do ofensor, de modo que envide esforços no sentido de evitar que o evento danoso se repita.

O efeito compensatório da indenização tem fundamento na própria justificativa para a reparação do dano moral. Viu-se acima que uma das funções do dano moral é compensar a dor da vítima, de modo que o ofensor lhe entrega uma quantia com a qual poderá adquirir bens materiais capazes de lhe trazer alguma consolação psíquica. Não obtendo valor suficiente para a substituição de seu sofrimento pelo prazer oferecido com o gozo de bens materiais, de nada terá valido, para a vítima, a reparação do dano; em outras palavras, quando a indenização é irrisória, sequer se pode dizer que o dano foi reparado.

Doutro ponto de vista, a indenização também deve ser suficiente para que o ofensor, em face do prejuízo sofrido, considere a adoção de medidas de cautela, preventivas, para evitar que o fato se repita. É o efeito pedagógico da reparação. Reconhecendo tal necessidade, Karl Larenz (1958, p. 642) já escrevia que “el dinero del dolor no solo hace referencia al menoscabo sufrido por el lesionado, sino principalmente a la actuación del dañador, es decir, al mayor o menor carácter ofensivo y reprochable de su proceder”.

Em vista da preocupante escalada de valores das reparações denominadas *smart-money* no direito anglo-americano, a adoção do caráter punitivo da reparação por danos morais tem sido vista com reservas por parte da doutrina. A esse respeito, Anderson Schreiber (2007, p. 200-205) alega o seguinte: a) o caráter punitivo do dano moral contraria expressamente o disposto no art. 944 do Código Civil de 2002, segundo o qual a indenização se mede pela extensão do dano; b) a combinação entre indenização compensatória e punitiva resulta em uma espécie de reparação que se afasta do modelo norte-americano; c) a incorporação dos *punitive damages* ao direito brasileiro fere a dicotomia entre ilícito civil e penal e pode ser causa de enriquecimento ilícito; d) o culpado pode se eximir da punição por meio de um contrato de seguro; e) os *punitive damages* têm sofrido críticas e restrições nos Estados Unidos.

Tais críticas podem ser rebatidas, de modo que prevalece a necessidade de que a reparação dos danos morais seja eficaz no sentido de desestimular a prática do ilícito. Passamos, então, a apresentar os argumentos em contrário.

É verdade que a indenização se deve medir pela extensão do dano, mas daí a dizer que a inclusão do caráter punitivo à reparação pelo dano moral viola o art. 944 do Código Civil de 2002 vai longa distância. Em primeiro lugar, o dispositivo não veda textualmente a inclusão desse caráter nas reparações dessa natureza. Em segundo, deve-se lembrar que não é possível medir a “extensão do dano” moral, nem dizer quando a indenização passou a exceder

o sofrimento psicológico da vítima. Afinal, o grande problema da fixação do valor devido por essa reparação sempre foi o fato de que a dor humana não tem preço. Daí, razoável concluir que a indenização a que se refere o art. 944 do Código Civil é a referente ao dano material, mesmo porque a doutrina tem evitado o uso do termo “indenização” para descrever o montante a ser pago com vistas a reparar dano moral.

O fato de o sistema legal brasileiro incentivar a fixação de um valor único a título de reparação por danos morais não torna ilegítimo, por si só, o caráter punitivo da reparação. Afinal, mesmo no sistema americano tal faceta continua a existir – aliás, é mais expressa ainda. Na verdade, o fato de os valores da reparação e da punição virem em uma única soma pode ser considerado uma vantagem do sistema brasileiro, pois, do ponto de vista do ofensor, se não tivesse praticado o ato ilícito não sofreria nenhuma diminuição em seu patrimônio – ou seja, sob sua interpretação, todo o valor por ele pago tem natureza punitiva. Para a vítima, realiza-se o raciocínio inverso: todo o valor por ela recebido será empregado na reparação do dano psicológico (SANTOS, 2003, p. 164). Nessa ordem de ideias, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 269-270) afirma que o sistema adotado no Brasil, de livre arbitramento do dano moral pelo juiz como regra geral, “tem sido considerado o que menos problemas traz e o que mais justiça oferece, atento que está para todas as peculiaridades do caso concreto”.

A propósito, Antonio Jeová Santos (2003, p. 158-159) entende que o grande erro do sistema de separação entre indenização punitiva e ressarcitória é atribuir a natureza de pena civil ao valor de indenização punitiva, quando, na verdade, tal montante é fixado para cumprir função pedagógica, preventiva, exatamente como ocorre atualmente no Brasil.

Quanto à exclusão da responsabilidade por contrato de seguro, trata-se de um argumento que produz efeitos altamente relativos na prática. Ao celebrar um contrato de seguro, o proponente contrata separadamente os valores devidos a título de responsabilidade civil e, quanto maiores tais valores, tanto maior será o valor do prêmio. Disso se conclui que: a) a responsabilidade da seguradora é limitada e, dependendo dos critérios de fixação do dano, o ofensor terá de complementar, com seu patrimônio, o valor da indenização; b) de toda maneira, o ofensor se responsabiliza pelo pagamento do dano moral por meio do pagamento do prêmio, aumentado conforme o valor estipulado para os eventos de responsabilidade civil. A esses argumentos, acrescenta-se que são comuns, nos contratos de seguro, a existência de cláusulas que isentem a seguradora de suas obrigações quando o segurado, mesmo estando em dia com o pagamento do prêmio, pratica atos ilícitos com culpa grave, má-fé ou intenção de prejudicar a terceiros – eventos em que a reparação com efeito sancionatório tem aplicação exemplar. Enfim, Antonio Jeová Santos (2003, p. 183) defende a ideia de que, quando o

ofensor estiver resguardado por contrato de seguro, o juiz, usando de sua capacidade moderadora, poderá ser mais generoso na fixação da reparação.

Com respeito às críticas ao sistema dos *punitive damages*, deve-se destacar que o sistema de reparação puramente compensatória dos danos morais possui, igualmente, valorosos adversários. O próprio Schreiber (2007, p. 199) reconhece que a doutrina brasileira defensora do caráter punitivo dos danos morais é amplamente majoritária.

Nesse sentido, Antonio Jeová Santos (2003, p. 44) adota o posicionamento segundo o qual a indenização, além do caráter compensatório, deve conter função punitiva, com vistas a dissuadir o ofensor e os demais de prosseguir no cometimento de infrações contra direitos personalíssimos. Segundo o autor, a reparação por danos contra direitos dessa natureza deve ter atividade pedagógica forte: dificilmente alguém que foi condenado a desembolsar razoável quantia em dinheiro por haver abalado o bem-estar psicofísico de alguém voltará a praticar a mesma conduta, com medo de que seu patrimônio volte a sofrer as consequências.

Comunga desse pensamento Felipe Braga Netto (2008, p. 41), para quem o desprezo, pelo agressor, de valores mínimos de convivência social, seu baixo apreço à dignidade humana ou até o potencial danoso de sua ação para toda a sociedade, com o estímulo à multiplicação dessas ações, podem ensejar a imposição da indenização punitiva.

A esse propósito, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 30-31) esclarece que a adoção de uma faceta punitiva para a indenização dos danos morais está em consonância com a proteção da dignidade da pessoa humana e, portanto, responde a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento, devendo ser adotado pelo menos naquelas hipóteses em que não há outra maneira de assegurar a proteção do princípio. O autor ressalta ainda que, em se tratando da dignidade da pessoa humana, não pode o juiz adotar posicionamento passivo, aguardando que o legislador crie mecanismos de sua proteção. Face à reconhecida importância do princípio, deve agir prontamente, com vistas a impor a vontade geral. Complementando tal raciocínio, Antonio Jeová Santos (2003, p. 159) afirma que, caso a indenização não contenha ingrediente que elimine a vantagem da conduta antijurídica, há a renúncia à paz social. Assim, não pode o juiz assistir passivamente ao espetáculo de degradação do Estado Democrático de Direito.

Segundo José de Aguiar Dias (2006, p. 997-1001), os quatro principais argumentos utilizados pela doutrina contrária à atribuição de uma função penalizadora à reparação do dano moral são os seguintes: a) a ideia repousa sobre o fundamento de vingança; b) deve ser condenada face à abolição das penas e à objetivação da responsabilidade civil; c) a pena viola

a separação entre direito civil e penal e, portanto, viola a organização jurídica das democracias; d) a pena conduz ao enriquecimento ou empobrecimento da vítima.

Prosseguindo, o próprio autor apresenta as impugnações a esses argumentos. Quanto ao primeiro, relata que a pena moral deve ser utilizada como “válvula de segurança” contra a vingança privada, ou seja, possui efeito oposto ao do estímulo à vingança. Em relação ao segundo, argumenta que a pena privada, consubstanciada na noção de culpa, é uma constante do direito e que o sistema de responsabilidade civil atual tende a vincular a possibilidade de indenização à existência de culpa, sendo a responsabilidade objetiva reconhecida apenas excepcionalmente. Com respeito ao terceiro, defende que a separação entre direito civil e penal tem base puramente empírica e movediça, sendo que situações anteriormente vistas como criminosas são hoje contempladas somente pelo direito civil e vice-versa – o que responde à crítica formulada por Schreiber (2007, p. 201) e já apontada em páginas anteriores. Enfim, quanto ao quarto, também levantado por Schreiber (2007, p. 201), combate-o com o argumento de que não é possível demonstrar que a justiça ou o direito exijam reparação uniforme, ou estabelecida sobre base imutável. Assim, considerando-se como justa a ideia de que a indenização por dano moral deve ter faceta de pena, então o enriquecimento ou o empobrecimento da vítima terá fundamento nessa ideia de justiça, devendo-se repelir qualquer argumentação em contrário.

O autor não se limita a rebater argumentos suscitados contra o caráter penal da indenização por dano moral; enumera, também, razões para se adotá-lo. Inicialmente, reconhece que o Código Civil de 2002 (arts. 939-941 e 1992) e o Código de Processo Civil (arts. 16 a 18) contêm dispositivos que estipulam a aplicação de sanções de caráter penal privado, ou seja, de mesma natureza que a indenização por dano moral com destaque para a penalização do ofensor.

Em seguida, assevera que os objetivos de prevenção e repressão próprios da pena privada advêm não da sanção como tal, mas do encargo que a indenização acarreta para o patrimônio do ofensor, como ocorre em qualquer outro caso de reparação de dano. Com base nessa observação, é possível concluir que, quando o ofensor seja rico, a gradação da indenização apenas com base na gravidade da ofensa é irrelevante. Por outro lado, se o patrimônio do ofensor for modesto, pode representar uma sanção excessiva.

Outro argumento suscitado por Dias (2006, p. 1001) em favor do caráter sancionatório da indenização é o de que a reparação do dano moral se dá em pecúnia. O dinheiro pode cumprir múltiplas funções: o de apaziguamento da dor por meio da substituição do sofrimento, a alteração do sentimento e da vontade, a satisfação da consciência da justiça

e, em sentido inverso, a repressão da conduta ilícita pela diminuição do patrimônio do ofensor. Assim, nada impede que a reparação por dano moral cumpra os efeitos de pena contra o ofensor e de satisfação em favor da vítima.

De sua parte, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 381) reconhecem que, em algumas hipóteses, como nos casos de violação dos direitos de personalidade de celebridades, o valor fixado a título de reparação do dano moral é revertido a instituições de caridade. Nesse caso, é evidente que a busca da tutela jurisdicional se deu exclusivamente para que incidisse o efeito sancionatório da condenação. Nem por isso a vítima deixou de buscar tal tutela, o que demonstra claramente a importância, para ela, de perquirir o desestímulo da prática do ato ilícito como efeito natural do direito à reparação.

Por fim, insta salientar que, embora adote as nomenclaturas *punitiva* ou *sancionatória* na doutrina, o efeito pedagógico da reparação não tem caráter penal, propriamente dito. É que, embora vise o atingimento de um efeito coletivo, social – qual seja, a não repetição do ato ilícito contra outra pessoa –, a indenização, ao contrário do que ocorre na multa penal, não é paga ao Estado, mas sim ao ofendido. Assim, mantém-se o equilíbrio entre as funções pedagógica e reparatória da reparação, que a posiciona de modo definitivo como instituto de direito civil.

3.4 A situação econômica das partes e sua repercussão na reparação dos danos

Do até aqui exposto, é perfeitamente possível concluir que o grande desafio do juiz ao fixar o valor da reparação pelo dano moral é a impossibilidade de valorar a dor psicológica humana. Entretanto, observou-se também que a necessidade de a reparação do dano moral cumprir sua dupla função – compensatória e punitiva – torna possível o estabelecimento de alguns critérios para que tal fixação ocorra. Como reflexo, a busca desses critérios habilita a aplicação da equidade das decisões e evita disparidades dos valores fixados em casos semelhantes.

Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 295-296), reconhecendo a existência de vários deles, enumera como critérios principais a natureza, gravidade e repercussão da ofensa, as condições pessoais da vítima, a intensidade de seu sofrimento, o grau de culpa ou dolo do ofensor e sua situação econômica. O fulcro do presente trabalho é a análise do último deles. De fato, havendo-se apontado, como feito alhures, a necessidade de que a reparação cumpra efeito educativo, desencorajador da conduta ilícita, ou mesmo punitivo, torna-se inevitável que a fixação do valor dessa reparação leve em consideração a situação econômica

das partes, como se passa a demonstrar. Realmente, a própria Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 276) aponta que o caráter punitivo se funda essencialmente na relação entre a culpa do agente e sua capacidade econômica.

A tomada em consideração da situação patrimonial do ofensor como critério para arbitramento do dano moral não é recente, quando comparada à história contemporânea da reparação dessa espécie de dano propriamente dita. Há notícia de sua defesa pelo menos a partir do início do século XX, havendo Karl Larenz (1958, p. 641-642) reconhecido que a jurisprudência alemã estava inclinada a ter em conta o patrimônio do ofensor dentro dos marcos de equidade e justiça da compensação pelo dano causado em função da dor, porquanto “también tiene importância la situación económica del dañador, porque la obligación de pagar el dinero del dolor no debe llevarnos a tratar al agente com injusta dureza”.

Observa-se que o jurista alemão estava preocupado em que a fixação da reparação por danos morais, por ter caráter sancionatório, não represente pena exagerada – e daí, injusta – contra o ofensor. Entretanto, dessa preocupação é perfeitamente possível concluir que a penalização de um ato injusto, cometido por pessoa de posses consideráveis, exigiria também que a indenização fosse fixada em patamares elevados, sob pena de sua completa ineficácia de um ponto de vista que leve em conta a função social dessas condenações.

Nesse sentido, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 323) reconhece que a função de prevenir a prática de novos delitos só é cumprida pela reparação quando ela é fixada em montante suficiente para afetar ou incomodar o ofensor. Em decorrência disso, o autor apoia a dosagem da pena conforme a situação econômica do ofensor, uma vez que determinada quantia pode funcionar bem como fator dissuasório em relação a dado agente, mas ser insignificante quanto a outro que tenha maior fortuna. Assim, o objetivo não deve ser simplesmente fazer pagar mais a quem tenha mais a pagar, mas concentrar a fixação no poder de desestímulo da prática de condutas antissociais.

Para Antonio Jeová Santos (2003, p. 163-164), o caráter desestimulador da indenização não deve ser abandonado nem em casos de ausência de culpa ou de responsabilidade objetiva, pois a reparação sempre é vista pelo ofensor em seu caráter sancionatório. Logo, ao fixar o respectivo montante, o julgador não deve abandonar essa faceta da reparação. Apesar disso, o autor reconhece que a aplicação de indenizações punitivas tem maior lugar quando os condenados são empregadores e grandes conglomerados financeiros, que têm melhores condições de adotar as necessárias medidas de prevenção aos danos. De outro lado, reconhece que de nada adianta a fixação de indenizações vultuosas

contra ofensores que não têm bens suficientes para com elas arcarem; segundo o autor, tal medida só contribui com o desprestígio da justiça (SANTOS, 2003, p. 189).

A importância da análise da situação econômica do ofensor quando da fixação do dano moral, em seu caráter punitivo, ficou marcada, no direito norte-americano, pelo chamado “Ford Pinto case”. Segundo Christopher Leggett (1999), nessa controvérsia judicial, a fabricante de automóveis Ford Motor Company foi condenada a pagar 125 milhões de dólares em *punitive damages* em face de um acidente, ocorrido em maio de 1972, envolvendo o veículo modelo Pinto, que pegou fogo após uma colisão traseira, provocando a morte de Lily Gray e ferindo gravemente Richard Grimshaw. Após recursos, o valor foi reduzido para 3,5 milhões de dólares. Em 10 de agosto de 1978, seis meses depois do veredito, outro veículo do mesmo modelo se envolveu em colisão semelhante, que também levou ao incêndio do automóvel e à morte de três mulheres. Ao longo das lides, apurou-se que o design do Ford Pinto favorecia a ocorrência de incêndios após colisões traseiras, em face do posicionamento do tanque de gasolina. A Ford desenvolveu projetos com vistas à redução do risco desses eventos ocorrerem, e apurou que o custo de implantação das mudanças seria de 11 dólares por veículo. Entretanto, depois de uma análise do custo/benefício dessas mudanças, a fabricante de automóveis optou por não aplicar tais melhoramentos nos veículos, sob o argumento de que gastaria mais do que se pagasse as indenizações havidas em função dos eventos de responsabilidade civil daí oriundos.

Não é preciso muito esforço para perceber que a atitude da Ford foi tomada levando em consideração exclusivamente dados econômicos e o custo da operação, desprezando absolutamente a dor das vítimas dos eventos de responsabilidade civil. Nesse talante, o posicionamento do juiz deveria se orientar pelo mesmo norte empregado pela empresa: o impacto patrimonial dos defeitos de seus produtos. É que a dor psicológica de quem perdeu um ente querido, ou de quem sofreu queimaduras extensas, não pode ser estimada.

Dessa maneira, é perfeitamente possível demonstrar que, se o valor dos *punitive damages* tivesse sido fixado em um montante compatível com o risco econômico assumido pela empresa, ela teria procedido aos reparos (por ser a medida menos antieconômica) e evitado a perda das estimadas 180 vidas. Logo, tal procedimento apresentaria sintonia muito maior com o princípio de que o sofrimento humano não tem preço. Curiosamente, a condenação inicial dos *punitive damages*, fixada em US\$ 125 milhões, provavelmente cumpriria tal papel e, se não tivesse sido reduzida em âmbito recursal, é provável que a fabricante de automóveis tivesse procedido às alterações de design necessárias.

Com respeito à consideração da situação econômica da vítima, a doutrina não tem recomendado sua adoção como parâmetro isolado. Nesse sentido, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 324-325) afirma que tal medida não contribui com o alcance dos efeitos de prevenção e punição a serem buscados pela reparação dos danos morais; ao contrário, reduz tal alcance, na medida em que desfavorece a busca da reparação das vítimas menos remediadas, em face daquelas em melhor situação econômica. Pelos mesmos fundamentos, o autor relata que tal critério, em lugar de justo, seria discriminatório e violador do princípio da igualdade, porquanto não há razão jurídica razoável para tratar melhor vítimas de dano com maior poder aquisitivo.

Também perfilha desse entendimento Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 302), para quem “o fato de a vítima mais desfavorecida receber menos pelo mesmo dano sofrido não responde a qualquer princípio de justiça”.

Contudo, a doutrina parece não claudicar quanto à possibilidade de consideração da situação patrimonial da vítima em cotejo com aquela do ofensor, especialmente quando as diferenças não são por demais pronunciadas; e tal tendência tem suporte jurisprudencial. Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 300) cita acórdão do STJ em que o dano moral arbitrado a uma cozinheira por ato ilícito praticado por gerente de supermercado foi reduzido de 50 mil para cinco mil reais, com base na situação econômica tanto do ofensor quanto da vítima. O argumento do relator foi no sentido de que o valor arbitrado era quatro vezes superior ao da folha de pagamento do estabelecimento e várias vezes maior que o salário percebido pela ofendida (BRASIL, 2000).

No entanto, Bodin de Moraes (2003, p. 301-302) alerta que o cotejo entre patrimônios de ofensor e da vítima não pode servir como argumento para reduzir a indenização, quando a vítima apresentar poucas posses. É que o ofendido não está condenado a sustentar má condição econômica eternamente. De fato, não há como o julgador prever se, futuramente, a vítima, com os rendimentos do seu trabalho, não será titular de patrimônio que lhe assegure indenização mais elevada, principalmente se isso for necessário para assegurar o desestímulo à conduta ilícita. Nesse panorama, para a autora, a alegação de que a indenização elevada em favor da vítima pode ser origem de enriquecimento ilícito não passa de pretexto para se reduzir o valor arbitrado para a reparação, pois nesses casos o enriquecimento, em vez de ilícito, é devido.

Analisando a questão de outro ponto de vista, Antonio Jeová Santos (2003, p. 188) chega a conclusão semelhante: a situação econômica da vítima deve ser analisada, porém com

vistas a se alcançar sua satisfação. Não há, portanto, que se utilizar tal constatação como fundamento para reduzir o valor a ser indenizado.

Desse modo, é possível defender o entendimento de que, entre outros critérios, a fixação do dano moral deve levar em consideração a situação econômica das partes, especialmente com vistas a promover com eficácia o efeito sancionatório da indenização.

4 CONCLUSÕES

Viu-se que, em qualquer cenário, a fixação do dano moral é tarefa árdua para o julgador, uma vez levando-se em consideração, no caso, a impossibilidade de retorno da situação fática ao estado anterior à ocorrência do ato ilícito. Assim, após a análise doutrinária e jurisprudencial a que se propôs o presente trabalho, não se pode afastar a conclusão de que o julgador deve se valer de critérios, embora não estritamente matemáticos, para a fixação do dano moral, a fim de que tal fixação se dê segundo a equidade e a justiça.

É certo que uma das grandes questões que permeiam o assunto é a reduzida homogeneidade na fixação de valores, consequência direta da impossibilidade de dar um preço à dor. No entanto, não menos correto é que dificilmente se podem equiparar situações de dano moral, em virtude das particularidades de cada caso e das partes envolvidas. Este é, portanto, mais um argumento em favor da adoção de critérios de fixação do dano moral que levem em consideração tais circunstâncias.

Se é importante, por razões de justiça, a homogeneização dos valores fixados a título de reparação do dano moral, então se torna indispensável a repreensão das condutas ilícitas que provoquem tal dano, uma vez que, se não ocorrem os ilícitos, tampouco acontecem os danos, e a homogeneização das respectivas reparações deixa de ser necessária.

Nesse panorama, a adoção de critérios para a fixação do dano moral encontra, pelo menos, duplo estímulo. Afinal, além de contribuir com a harmonização das decisões no que toca ao arbitramento da reparação, também exerce papel na repressão e na prevenção de condutas capazes de gerar dano psíquico a outrem.

Quanto a essa segunda função dos critérios de fixação do dano, deve-se reconhecer que a mera condenação reiterada, promovida por um Poder Judiciário célere e atento à ocorrência de condutas lesivas, já se presta ao desestímulo de atos ilícitos.

No entanto, em casos de culpa elevada ou intenção do ofensor em lesar, de reincidência no ilícito ou quando seu patrimônio é vasto, especialmente se o dano ocorreu em relações de consumo, a punição exemplar é medida que se impõe. Afinal, é nessas hipóteses

que tanto a sociedade quanto os agentes potencialmente ofensores têm suas atenções voltadas para a decisão judicial a ser proferida. A sociedade, para aferir se terá seus direitos protegidos com eficiência em caso de lesão, bem como a viabilidade de provocação do Judiciário para tal fim. Os agentes ofensores, para medir a relação custo/benefício da continuidade das práticas lesivas.

Embora seja uma conduta eticamente questionável, ao operador do direito não é dado ser inocente a ponto de ignorar que a avaliação dos procedimentos das empresas ocorre de acordo com o quanto se prevê ganhar ou perder. Nessa ordem de ideias, a alternativa do julgador, em uma perspectiva que leve em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana e da supremacia do interesse público, será a de alterar o equilíbrio dos cálculos de custo/benefício empregados por essas empresas, de modo a tornar altamente arriscada, sob o prisma da responsabilidade civil, a introdução no mercado de bens e serviços sem que sejam exaustivamente testados e, por isso, capazes de causarem lesão física ou psicológica aos consumidores.

Analisando o assunto a partir de outro ponto de vista, foi possível concluir que, embora não seja descartada em nossos Tribunais, a análise do patrimônio da vítima só se pode considerar justa quando concatenada com o estudo patrimonial do ofensor e, mesmo assim, quando não servir de argumento para reduzir o valor da reparação. Afinal, quando se tem em conta o fato de que não é possível atribuir preço ao sofrimento humano, o argumento de que a reparação por dano moral pode ser causa de enriquecimento ilícito perde sua sustentação. Noutros termos, se nenhum dinheiro paga a dor psicológica, então, do ponto de vista do ofendido, nenhum valor pago a título de reparação pode ser considerado excessivo.

Outra conclusão sólida obtida a partir destes estudos foi a de que pertence ao juiz, e a ninguém mais, a atribuição de fixar a reparação pelo dano moral. Logo, cabe à jurisprudência, analisando os argumentos aqui vazados, adotar critérios de arbitramento desses valores, com destaque para a situação econômica das partes. Nesse panorama, impõe-se reconhecer a importância do papel do STJ, enquanto tribunal encarregado da interpretação da legislação federal – no caso, os arts. 186 e 927 do Código Civil, que regulamentam a reparação do dano moral autorizada pela Constituição Federal –, na consolidação da jurisprudência, com vistas à adoção desses critérios. Afinal, é razoável esperar que, automaticamente, o arbitramento dos valores reparatórios de modo mais racional propiciará sua uniformização no âmbito da Corte Superior e, por conseguinte, em todo o país, graças à adoção desses critérios pelos demais juízos.

De todo modo, não se pode ignorar que os estudos acerca do arbitramento dos danos morais ainda precisam de maior aprofundamento. É fora de dúvida que doutrina e jurisprudência devem manter, indefinidamente, os esforços de pesquisa de parâmetros de fixação, com justiça, dos valores de reparação do dano moral. Mais do que a reparação em si, ao contribuir para o desestímulo dos atos ilícitos, tais esforços terão impacto decisivo no sentido de reduzir a ocorrência de eventos capazes de provocar dano psicológico.

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. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 29 jul. 2014.

_____. Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14117.htm>. Acesso em: 29 jul. 2014.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 29 jul. 2014.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 29 jul. 2014.

_____. Lei nº 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: 29 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 214.053, da Quarta Turma. CIVIL. DANO MORAL. QUANTIFICAÇÃO. "O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça" (REsp n. 53.321/RJ, Min. Nilson Naves). Para se estipular o valor do dano moral devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado. Recurso parcialmente conhecido e nessa parte provido. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 05 dez. 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900416619&dt_publicacao=19/03/2001>. Acesso em: 29 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 490. A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil, deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=490.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 562. Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=562.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CASTRO, João José Pedreira de. (Rev.). **Bíblia sagrada**. 73. ed. São Paulo: Editora Ave Maria, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil; das preferências e privilégios creditórios**. v. XIII (arts. 927 a 965). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. v. III. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEGGETT, Christopher. **The Ford Pinto case: the valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument**. Disponível em: <<http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

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

NETTO, Felipe P. Braga. **Responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2008.

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

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e sua reparação civil.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VON TUHR, Andreas. **Tratado de las obligaciones.** Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1934.