

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME RODRIGUES INGLEZ DE SOUZA

**OBSTÁCULOS À REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO MORAL: A TENDÊNCIA À
INDENIZAÇÃO MÓDICA**

SÃO PAULO

2022

GUILHERME RODRIGUES INGLEZ DE SOUZA

**OBSTÁCULOS À REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO MORAL: A TENDÊNCIA À
INDENIZAÇÃO MÓDICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
como um dos pré-requisitos para obtenção do
título de Bacharel em Direito, sob orientação do
Professor Oswaldo Peregrina Rodrigues

SÃO PAULO

2022

GUILHERME RODRIGUES INGLEZ DE SOUZA

**OBSTÁCULOS À REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO MORAL: A TENDÊNCIA À
INDENIZAÇÃO MÓDICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
como um dos pré-requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do
Professor Oswaldo Peregrina Rodrigues.

Data de aprovação:

Avaliação:

Assinatura do Professor orientador:

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Lygia e José Octaviano, que serão sempre meus nortes, pelo senso de justiça, afeto e humanidade. Que um dia eu seja alguém, como diz Gilberto Gil, com sua força para proteger, com seu carinho para confortar e com olhos e coração bem abertos para compreender.

Aos meus irmãos, toda minha família e amigos, que sempre estiveram comigo, me motivaram e proporcionaram valiosas lições, discussões e apoio.

Ao meu Professor e orientador Oswaldo Peregrina Rodrigues, que muito contribuiu à formulação do presente trabalho.

Agradeço também ao Professor Ragner Limongeli Vianna, que muito me auxiliou neste trabalho e que, sem dúvida, foi o melhor professor de direito com o qual tive o prazer e a oportunidade de aprender. Fica como referência sua dedicação irrestrita, paixão em ensinar e debater, para além da naturalidade com que discorre sobre Direito Civil, com razoabilidade, rigor e imenso comprometimento com a Lei e o estudo.

RESUMO

O presente estudo buscou analisar a alteração brusca pela qual passou o ordenamento jurídico e a jurisprudência nacional em relação aos danos morais, após a Constituição Federal de 1988 e posteriores legislações. Analisamos a tendência de parte da jurisprudência em arbitrar valores módicos a título de indenização por danos morais, inspirada em determinados critérios e receios frequentes no arbitramento do *quantum* indenizatório, como a impossibilidade de um “enriquecimento da vítima” com a indenização e a chamada “indústria dos danos morais”. Discutimos, por fim, a compatibilidade ou não destes argumentos com a nova ordem constitucional e qual o rumo que esta estabeleceu ao novo instituto dos danos morais.

Palavras chave: Danos Morais – Arbitramento – Condição Econômica da Vítima – Indústria do Dano Moral

ABSTRACT

The present study sought to analyze the sudden change that the legal system and national jurisprudence suffered in regard of moral damages, after the Federal Constitution of 1988 and subsequent legislation. We analyze the tendency of part of the jurisprudence to arbitrate modest amounts as compensation for moral damages, inspired by certain criteria and common fears in the arbitration of the indemnity *quantum*, such as the impossibility of an “enrichment of the victim” and the so-called “moral damages industry”. Then, we discuss the compatibility of these arguments with the new constitutional order and what is the course that it establishes for the new institute of moral damages.

Keywords: Moral Damages – Quantification of Moral Damages – Victim’s economic situation – Moral Damages Industry

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I. A REPARABILIDADE DOS DANOS MORAIS: HISTÓRIA E INCORPORAÇÃO DO INSTITUTO PELA LEI, DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIAS.....	10
II. PANORAMA QUANTO AOS NOVOS RUMOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E OS DANOS MORAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	27
III. A PREOCUPAÇÃO COM O ENRIQUECIMENTO DA VÍTIMA E A TENDÊNCIA À MODICIDADE DE PARTE DA JURISPRUDÊNCIA NO ARBITRAMENTO DAS INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL.....	32
IV. A CONSIDERAÇÃO DA "CONDIÇÃO ECONÔMICA" DA VÍTIMA NO ARBITRAMENTO E A CHAMADA INDÚSTRIA DOS DANOS MORAIS	48
CONCLUSÃO	70
BIBLIOGRAFIA	72

INTRODUÇÃO

A forma de reparação dos danos morais – danos sem expressão patrimonial – é um dilema filosófico eterno das civilizações humanas. Ante inevitáveis conflitos e violências, as formas de reparação são perenemente necessárias e variam conforme o momento histórico, a cultura, enfim, uma infinidade complexa de componentes que se manifestam na forma como determinado grupo decide promover a resolução de conflitos desta natureza.

O fato é que, após um extenso período em que os danos morais não eram protegidos integralmente pelo ordenamento jurídico pátrio, e a ideia da sua reparação pecuniária era tida quase como um *pecado*, o novo ordenamento, com a Constituição Federal de 1988, após décadas de debates, colocou os danos morais em lugar de destaque, fazendo da reparação integral um direito fundamental, assegurando a inafastabilidade da jurisdição na proteção dos direitos da personalidade injustamente atingidos.

Enquanto o ordenamento antigo voltava sua atenção aos danos de relevo patrimonial, a Constituição deu novo enfoque, absoluto, à Dignidade da Pessoa Humana, que foi posta no centro do ordenamento jurídico, fazendo das indenizações por dano moral, com o princípio da reparação integral, um importante instrumento na proteção dos direitos fundamentais.

Pretendemos neste trabalho analisar a compatibilidade entre a nova ordem constitucional e determinados critérios e discussões relativos ao arbitramento das indenizações, que revivem antigos receios e objeções comuns quando ainda em vigor o ordenamento abrogado.

Para analisar o rumo constitucional, a finalidade da indenização por dano moral, e a compatibilidade dos critérios introduzidos, entendemos necessário revolver as raízes do instituto e dos aludidos receios, considerando que “o direito constitucional positivo é um exame completo do passado (que reflete nas conquistas incorporadas ao Estatuto Supremo) e a exegese de um projeto da vida social que determinado povo, em seu território, pretende desenvolver” (Balera, 1989, p. 15)¹.

¹ BALERA, Wagner 1989 A seguridade social na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais. Apud. A Infância no constitucionalismo brasileiro: da indiferença à proteção integral. FERREIRA. Eduardo Dias de Souza. Texto publicado In, Estudos de direito constitucional em homenagem à Profª. Maria Garcia. RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes e BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. 2ª ed. São Paulo: IOB, 2008. p. 101

Assim, tratamos, no primeiro capítulo, das discussões históricas e o processo de aceitação pela jurisprudência da reparabilidade do dano moral, sua incorporação no ordenamento jurídico pátrio e doutrina.

Depois, no segundo capítulo, abordamos o novo papel do dano moral na Constituição Federal de 1988 e a lógica atual da reparação de danos.

Tratamos, então, no terceiro capítulo, da adoção por parte da jurisprudência pátria da concepção de que as indenizações por danos morais devem ser fixadas, por regra geral, em patamares *propositadamente* reduzidos, para evitar o enriquecimento da vítima. Analisamos a compatibilidade desta ideia com a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional contemporânea, discutindo os critérios geralmente empregados para diminuir as indenizações.

No quarto capítulo abordamos, neste sentido, o critério que propõe a consideração da "condição econômica" da vítima no arbitramento das indenizações e a chamada "indústria dos danos morais".

O fim deste trabalho, pois, é analisar a pertinência e a compatibilidade, perante a Lei em vigor, destes critérios e raciocínios que frequentemente têm sido invocados para restringir o arbitramento do *quantum* indenizatório, avançando na compreensão de o que se pretendeu com a indenização por danos morais e como deve ser pensada após a Constituição de 1988.

I. A REPARABILIDADE DOS DANOS MORAIS: HISTÓRIA E INCORPORAÇÃO DO INSTITUTO PELA LEI, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIAS

A questão da reparabilidade dos danos morais deu azo a ferrenhas e longas discussões entre notáveis doutrinadores, estando hoje pacificada, inclusive no que tange à sua cumulabilidade com o dano material.

É possível, com certa abstração, dividir as concepções doutrinárias a respeito do tema em três grupos: o das teorias negativistas, que sustentavam a irreparabilidade dos danos morais; das limitativas, posições intermediárias diversas que reconheciam a reparabilidade em certas situações (como quando os danos morais eram reflexos de danos materiais, quando previstos expressamente em lei, quando houvesse atentado contra o patrimônio social da vítima etc.); e, por fim, o das teorias afirmativas, que defendiam a plena reparabilidade dos danos morais².

Como o objeto da presente pesquisa é voltado ao *Quantum indenizatório* dos danos morais, sobretudo no âmbito nacional, analisar-se-á, mais detidamente, apenas alguns dos argumentos das teorias supramencionadas, cruciais à construção do entendimento por trás da reparação dos danos morais, e, mais adiante, o panorama da evolução da legislação e da jurisprudência pátrias, esta última que, de modo particular, trafevou por cada uma das teorias.

O principal, mais emblemático argumento das teorias negativistas foi, sem dúvida, o da impossibilidade e imoralidade de uma avaliação em dinheiro do dano moral³, argumento cuja análise nos importa, quer por sua aderência recalcitrante na jurisprudência brasileira, quer por ter contribuído à compreensão de elemento imprescindível à apuração do *Quantum indenizatório*: a finalidade da indenização por danos morais.

Por ser impossível chegar a um valor equivalente a dor, determinado bem imaterial subtraído ou atingido, este argumento gerou os maiores embates doutrinários, com veementes posições no sentido de que a indenização configuraria a “*Pretium Doloris*”, a imoral atribuição

² BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 4ª edição. Editora Saraiva, 2015, p. 80.

³ Expõe Humberto Theodoro Jr: “A mais séria e insistente resistência era a daqueles que negavam a legitimidade moral da atribuição de um preço à dor. Com isso, somente se admitia indenização para lesões extrapatrimoniais quando, para certos e determinados eventos, houvesse prévia e expressa previsão de sanção civil pecuniária (numerus clausus).” (JUNIOR, Humberto Theodoro. *Dano Moral*. 8ª edição. Grupo GEN, 2016. p. 3)

de um valor pecuniário aos mais superiores e insubstituíveis *bens inatos*, inerentes à *condição humana*.

Grande parte dos estudiosos do direito, ao pensar na reparação de danos, pensavam indefectivelmente na tarefa de conduzir as partes ao *Status quo ante*, o que enfrentava, no instituto dos danos morais, o intransponível obstáculo, ao menos pela ótica clássica, de que o dinheiro e os bens de natureza moral não guardam equivalência possível⁴.

Wilson Melo da Silva, na obra “O dano moral e sua reparação”, explica como a insistência em tentar transplantar à reparação dos danos morais o já erigido e habitual estalão aferidor dos prejuízos materiais, voltando os olhos à balança dos valores econômicos em análise, levava os juristas a eximirem o campo do direito da tutela do problema, que era antes delegado ao campo da moral:

“Para uns, o fundamento da irreparabilidade estaria em que o dano, em direito, sempre se deve entender como se referindo a uma diminuição do patrimônio econômico-material, enquanto que, para outros muitos, a irreparabilidade dessa espécie de danos reside na natureza mesma deles e, sobretudo, na sua inconversibilidade em valor econômico.

(...) Aliás, como adiante se verá, o vazo longo e centenário, no direito, de se atentar apenas para os danos materiais e o meio vulgar de reparação, consistente no estabelecimento da equivalência econômica entre dano e compensação, levou o doutrinador, quando, de modo acentuado, se cogitou dos danos morais, a imaginar, para estes últimos, as mesmas normas usuais, econômicas, de ressarcimento.

(...) Mas como os bens ideais não têm preço econômico e dada a impossibilidade material de se encontrar um denominador comum, valorativo, para os danos morais, pretendeu-se que a insistência de alguns doutrinadores e de alguns tribunais, determinando a reparação desses mesmos danos, só se poderia conceber, imoralmente, pela atribuição de um preço à dor.”⁵

É possível mencionar neste sentido inúmeros doutrinadores, muito citados pela jurisprudência contrária à reparabilidade dos danos morais, como Gabba, Savigny e Chironi. Ao analisar a dor, e a relação entre dor e dinheiro, parece inegável inexistir aquilo que Gabba, muito expressivamente, qualificou de *unità de misura*, o que, por obstáculos de ordem técnica e moral – defendia o autor –, faria impossível aferir a dimensão do dano moral, bem como obstar a equação entre valores de substâncias tão distintas:

⁴ O que tentaram rebater alguns autores, como Alfredo Minozzi: “L'equivalenza fra dolore e danaro, a prima vista tanto impossibile e scandalosa, diventa possibile e giusta se alla parola dolore si sostituiscono de sensazioni piacevoli bastanti ad estinguere quel dolore, ed alla parola danaro si sostituiscono le sensazioni piacevoli che una data quantità di danaro è capace di produrre.” (MINOZZI, Alfredo. Danno non Patrimoniale. 3ª ed. p. 65)

⁵ SILVA, Wilson Melo da. O Dano moral e sua reparação. 3ª ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 5/6

“Ma chi può misurare la quantità del dolore fisico o morale, del danno morale in generale, esprimendolo in un dato numero di unità di misura? Quale unità di misura? E dunque, come è egli possibile tradurre il danno morale in denaro, prestabilendo, come logica vuole, anzitutto che una data unità di misura de quel danno equivalga a una data unità di misura o qunatità di denaro? (...)”⁶

Gabba menciona na obra o exemplo da dor inestimável da mãe que perde seu filho, reprovando vigorosamente a tentativa, que parecia ao autor absurda e escandalosa, de repará-la por meio do dinheiro⁷.

Com o mesmo entendimento, e fervor religioso, defendia Giovanni Lomonaco em “Istituzioni di diritto civile italiano”:

"Ma parlare di risarcimento del dolore, lo ripetismo, vale lo stesso che profanare il dolore, che è santo, che è il severo educatore degli uomini"⁸

E outros tantos notáveis autores seguiam a mesma linha de raciocínio⁹.

Ficou famoso neste sentido o contraponto do eminente jurista Pedro Lessa, enquanto ministro do STF, nomeado em 1907, que em voto incomum no seu tempo advogava pela reparabilidade dos danos morais e questionava a visão daqueles que negavam a reparação pela ausência de equivalência:

“Quem assim conclui emite um raciocínio muito semelhante ao daquele mutuário que, devendo restituir mil libras, e possuindo apenas cem, se recusasse a restituir até essas mesmas cem, por serem insuficientes para a extinção do débito. Se o dano moral não se pode compensar completamente, por não haver preço suficiente que o pague, indenizem-no ao menos nos limites do possível¹⁰, dando-se uma soma que, se não é

⁶ GABBA, Carlo Francesco. Questioni di Diritto Civile. 2ª Ed. Turim, 1911. Volume II. p. 232.

⁷ Ibidem. p. 234.

⁸ LOMONACO, Giovanni. Istituzioni di diritto civile italiano. Ed. 1894. vol. III. p. 46.

⁹ Como, por exemplo, o já mencionado Giampietro Quironi: “Com’è possibile risarcire pecuniariamente il dolore? Se vero e sentito, come farne la esfimazione?” (QUIRONI, Giampietro. La colpa nel Diritto Civile odierno – Colpa extra-contrattuale. 2ª Ed. Turim. 1903. 2 vols.; Studi e Questioni di Diritto Civile. ed. 1914. Turim. 4 vols. p. 413). Friedrich Savigny, um dos mais influentes doutrinadores da Alemanha no século XIX, defendia que “*direitos originários, bens inatos*”, inerentes à condição humana, ao contrário dos chamados “*direitos adquiridos*”, cobertos pelo direito positivo, constituíam uma classe à parte, que transcendia à dos demais, situando-se para fora do alcance da tutela dos direitos comuns e, portanto, não sendo suscetíveis de restauração pelos meios jurídicos ordinários. (SILVA, Wilson Melo da. O Dano moral e sua reparação. 3ª ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. Observações do autor quanto a Friedrich Carl Von Savigny em “*Traité de Droit Romain*”, 1855, I, p. 300 e seguintes)

¹⁰ Fazia a mesma observação Aguiar Dias: “A condição de impossibilidade matemática exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo. Não é razão suficiente para não indenizar e, assim, beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbítrio é até da essência das coisas (Natur Der Sache)” (DIAS, Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 9ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1994. vol. II. p. 740)

um perfeito ressarcimento, representa todavia aquela compensação que comportam as forças humanas.”¹¹

Wilson Melo da Silva, na obra já referida (uma rigorosa e relevante defesa da reparabilidade dos danos morais no Brasil, cuja primeira edição remonta 1949), expõe que, se por aquela ótica seria imoral a indenização, mais imoral ainda seria deixar um pai que perdeu o filho assassinado sem qualquer tipo de reparação. Qualquer construção “jurídica” que o impedisse – refletia o autor, atendo-se ao mesmo exemplo – estaria a esconder suas verdadeiras razões ou a deturpar o papel do direito:

“Um impulso forte generoso não nos levaria, nesta conjectura, a clamar por um castigo contra o ofensor e por uma reparação qualquer em favor da vítima angustiada?

Que não nos dissessem, então, ser isso impossível em virtude de certas dificuldades técnicas, de ordem jurídica. Uma voz nos segredaria que nos estavam mentindo, que a escusa envolveria grosseiro embuste, senão mesmo inconcebível mistificação.”¹²

Ora, decorre naturalmente da vida em sociedade, da concepção do pacto social, a imposição de reparação do dano provocado injustamente na esfera alheia¹³. Cada membro da sociedade tem seus fins individuais, sua esfera privada, e constitui parte de um todo indivisível, do mesmo *corpo moral e coletivo*, de modo que investidas ilícitas contra direitos alheios perturbam a tranquilidade e os fins das relações sociais, a convivência pacífica, sendo esperado do Estado-juiz o dever de restabelecimento do equilíbrio social¹⁴.

¹¹ Revista Forense. vols. XXIV. p. 475 e XXV. p. 75

¹² SILVA, Wilson Melo da. op. cit. p. 361.

¹³ É uma necessidade perene, diante dos conflitos inerentes ao corpo social: “A idéia de reparação é uma das mais antigas idéias morais da humanidade. Foi posta, no primeiro plano, pela moral cristã” (RIPERT, George. La Règle Morale dans les Obligations Civiles. p. 223)

Nas sociedades tribais, quando não por bens materiais, era comum a reparação do dano moral por meios vingativos, místicos ou religiosos: “Among North African Bedouins, for instance, it sometimes happened that the only way to settle a feud was for the killer’s family to turn over a daughter, who would then marry the victim’s next of kin – his brother, say. If she bore him a male child, the boy was given the same name as his dead uncle and considered to be, at least in the broadest sense, a substitute for him.” (GRAEBER, David. Debt: the first 5.000 years. Melville House Publishing. 2014. p. 136)

¹⁴ Incontáveis autores comentam a necessidade de ampla reparação dos danos morais ante a necessidade de restabelecimento do equilíbrio social rompido. Assim aludia Aguiar Dias, por exemplo, Clayton Reis, em opt. cit. 1994. p. 103 e Carlos A. Bittar, em “Reparação civil por danos morais. 4ª edição. Editora Saraiva. 2015. p. 20 e seguintes”.

A ideia de reparação dos danos morais por valores pecuniários não é inovadora, vê-se em tempos remotos¹⁵, não raro sendo recomendada, mesmo nos sistemas que admitiam a autotutela, como mais meritória do que a vingança¹⁶.

Mais do que nunca, no estado atual do capitalismo, a tese negativista, com o objetivo de não precificar os bens morais, antes acabaria precificando-os em zero, dando carta branca aos corriqueiros ilícitos lucrativos, sobretudo – mas não só – no âmbito do direito do consumidor: seria o triunfo, impune, de toda espécie de práticas torpes, abusivas, cobranças ostensivas, enfim.

A título de prestigiar os bens morais, ficariam eles desprestigiados em absoluto, menos tutelados pelo direito do que o dano em uma bicicleta e, no mais das vezes, sem qualquer meio de reparação possível, relegados à resignação da vítima¹⁷ ou à justiça divina.

Assim, o argumento da chamada *Pretium Doloris* acabou vencido por concepção hoje unânime, no sentido de que, sendo necessário, pela própria essência do direito, estabelecer um meio de reparação dos danos morais injustamente impingidos, deve ela ser feita não como precificação do bem moral atingido, ou visando restituir ao estado anterior, mas sim por meio de um valor de algum modo correspondente à lesão¹⁸, que servirá de compensação à vítima, de contraprestação, a ser utilizada para proporcionar-lhe alguma alegria.

¹⁵ Possível observar no Código de Hammurabi (por volta de 1.700 a.C: “209. se um homem livre ferir a filha de um outro homem livre e, em consequência disso, lhe sobrevier um aborto, pagar-lhe-á dez ciclos de prata pelo aborto”); no Código de Manu (Índia, II a.C à II d.C); no Direito Canônico etc., geralmente estipulando indenizações de valores pré-estabelecidos, para ilícitos em rols taxativos.

Mesmo em algumas sociedades tribais ou arcaicas, em que não havia “dinheiro” como entendemos hoje, via-se o costume de dar específicos bens, tidos como valiosos e sagrados, como forma de reconhecimento e reparação dos danos morais (não como “preço”, pois sabia-se ser impossível atribuir valor à vida ou à honra da vítima):

"Much as in the case of the Nuer [tribo do Sudão], there were complicated schedules of exactly how many fathoms of wampum were paid over, depending on the status of the victim and the nature of the crime. As with the Nuer, too, everyone insisted that this was not payment. The value of the wampum is no sense represented the value of the dead man's life: 'The present of white wampum was not in the nature of a compensation for the life of the deceased, but of a regretful confession of the crime, with a petition for forgiveness. It was a peace-offering.(...)" (GRAEBER, David, opt. cit. p. 135)

¹⁶ Há passagens eloquentes neste sentido no Alcorão: “Se vos vingardes, que a vossa vingança não ultrapasse a afronta recebida. Porém, aqueles que sofrerem com paciência farão uma ação mais meritória” Vers. 127, Cap. XVI “Ó Crentes! A pena do talião está prescrita para o caso de homicídio. Um homem livre (nessa conjectura) será morto por outro homem livre; um escravo, por outro escravo, e uma mulher, por outra mulher. Aquele, porém, que perdoar o matador de seu irmão, terá direito de exigir uma razoável indenização, que lhe será paga com o reconhecimento” Vers. 173, Cap. II (v. Le Koran, trad. Francesa de M. Savary, ed. Garnier Frères, Paris)

¹⁷ Neste sentido observava Afranio Lyra, 1977: “Não se pode exigir, em nome de um moralismo hipócrita, o desprendimento total, a resignação absoluta das vítimas de ofensas morais. Não deve o direito acolher as pseudo-razões de uma moralidade farisaica para, com elas, impor àqueles que sofrem danos morais o dever de perdoar sempre.” (Responsabilidade Civil, Vellenich Editora, 2ª Ed., São Paulo, p. 106)

¹⁸ (...) Na reparação do dano moral, o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quanto da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível

Explica Carlos Alberto da Mota Pinto, em “Teoria Geral do Direito Civil”:

"Os interesses cuja lesão desencadeia um dano não patrimonial são infungíveis, não podem ser reintegrados mesmo por equivalente. Mas é possível, em certa medida, contrabalançar o dano, compensá-lo mediante satisfações derivadas da utilização do dinheiro. Não se trata, portanto, de atribuir ao lesado um ‘preço de dor’ ou um ‘preço do sangue’, mas de lhe proporcionar uma satisfação, em virtude da aptidão do dinheiro para propiciar a realização de uma ampla gama de interesses, na qual se podem incluir mesmo interesses de ordem refinadamente ideal".¹⁹

E mais incontáveis autores²⁰.

Além da tese da *Pretium Doloris*, de se ressaltar o argumento, na mesma linha, no sentido de que a indenização por danos morais geraria enriquecimento sem causa, pois o credor teria acréscimo em seu patrimônio sem que houvesse tido desembolso (Alfredo Colmo, 1920)²¹.

Entre estes e outros, é possível sintetizar os argumentos principais da Teoria negativista nos seguintes: 1ª) falta de um efeito penoso durável do dano moral; 2ª) a incerteza, nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado; 3ª) a dificuldade de descobrir-se a existência do dano; 4ª) a indeterminação do número das pessoas lesadas; 5ª) a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; 6ª) a imoralidade de compensar uma dor com dinheiro; 7ª) o ilimitado poder que se tem de conferir ao juiz; 8ª) a impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação (Pires da Lima, 1940)²².

Como dito no início, não cabe analisar cada um dos argumentos, extensamente debatidos em relevantes obras, como a de Alfredo Minozzi e Wilson Melo da Silva. Antes convém anotar, para além do eloquente histórico da jurisprudência nacional que ver-se-á adiante, como alguns destes argumentos, sobretudo o da impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro e o do enriquecimento sem causa, aparecem, de diferentes formas, até hoje, muitas

tal equivalência" (MARIA HELENA DINIZ. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo. Saraiva. 1990. vol. 7. Responsabilidade Civil. 5ª ed. p. 78/79)

¹⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra. Coimbra Editora. 1976. p. 86

²⁰ Amílcar de Castro, em “Rev. Forense 93/529” citava Ripert, Pedro Lessa, Clóvis, Planiol, Vanni, entre outros, para defender que a indenização não compensa propriamente a vítima, tampouco faz desaparecer sua dor, mas é a forma de tutelar o bem não-patrimonial violado, substituindo um bem jurídico por outro.

Assim também aduz Carlos A. Bittar, na obra já citada, p. 83/84 e A. Von Tuhr, em “Tratado de las Obligaciones”, Madrid, Reus, 1934

²¹ COLMO, Alfredo. De las Obligaciones em General. 3ª ed. nº 158

²² LIMA, Pires da. Responsabilidade Civil por Danos Morais. Revista Forense. vol. 83. p. 218

vezes não para defender a falta de reparação do dano moral, mas sua reparação de forma *módica*, simbólica.

Não se abordará o tema agora, mas em outro capítulo, convindo, apenas, frisar que a discussão e os argumentos ora expostos (contra e a favor da reparabilidade) não são de toda uma discussão ultrapassada, vencida pela atual jurisprudência, após plena e definitiva conquista da civilização contemporânea. A questão nacional, hoje, que revive alguns dos antigos debates sob outro enfoque, nem sempre se situa na não reparação dos danos morais, mas muitas vezes em sua - comum - reparação insuficiente (cujas raízes são complexas, não apenas históricas, embora não se possa desprezar neste trabalho o fator histórico).

O fato é que a argumentação tecida pelos negativistas foi perdendo força nos embates doutrinários e cedendo espaço na jurisprudência, a muito custo e várias décadas, às teorias limitativas. Como ver-se-á, algumas destas, notadamente as mais adotadas pela jurisprudência pátria, eram teorias negativistas enrustidas; outras, mais recentes, denunciavam o avanço rumo à aceitação da plena reparabilidade dos danos morais, na medida em que demonstravam uma verdadeira timidez, um acanhamento do judiciário em se posicionar taxativamente contra a doutrina.

Durante muito tempo, porém, a jurisprudência brasileira foi firme em rechaçar em absoluto a reparação ampla dos danos morais, assumindo apenas as indenizações fixadas em Lei, que, para alguns magistrados, se tratariam de danos materiais presumidos²³. Via-se mais na doutrina o entendimento de que os artigos 76 e 159²⁴ do Código Civil de 1916 permitiriam

²³ Exemplo deste entendimento está no voto do Ministro Nelson Hungria, em 1950, no RE nº 11.786: “Afirma-se que o nosso Código Civil permite a indenização do dano moral, no caso de crime contra a honra, ou seja, de injúria e calúnia. Não é exato. Logo acrescenta o preceito legal: ‘...quando daí resulte dano material’. Para ser indenizado, o indivíduo injuriado ou caluniado terá de demonstrar que sofreu realmente um dano material, de provar que da injúria ou calúnia resultou para ele um sensível prejuízo patrimonial. É verdade que, no parágrafo, se admite indenização, justamente sujeita a um quantum prefixo, ainda que não possa ser provado o dano material; mas isso porque a lei, em tal conjuntura, resolveu presumir o dano material, e não porque julgue indenizável o dano simplesmente moral.”

²⁴ “Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou á sua família.” e “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

a ampla reparação dos danos morais²⁵, embora alguns autores fizessem a ressalva de que nos casos de homicídio a legislação seria expressa em afastá-la, em razão do Art. 1.537.²⁶

Opinava sobre a exceção, a princípio um tanto estranha, o Ministro Antonio Neder em voto no RE 83.978/RJ, julgado já em 1981:

“(...) Parece contraditório que se admita indenizar-se o dano moral no caso de lesão deformante e não se permita solução idêntica para o caso de homicídio.

Todavia, não há contradição no caso.

É que o dano moral sofrido pelos familiares ou parentes da pessoa vitimada tem duração limitada.

As pessoas que conviviam com a vítima (pais, irmãos, etc), sofrem a dor profunda por seu falecimento, não porém uma dor constante, permanente, visto que ela desaparece ao fim de alguns meses, ao passo que a pessoa que sofreu lesão deformante, como seja o amputar as pernas, ou os braços, ou que perdeu a visão, essa pessoa, é claro, sofre permanentemente as consequências de tais lesões deformantes.

(...) Por conseguinte, não está em causa a indenização do dano moral por solicitação dos beneficiários da vítima a título de *pretium doloris*, porque, como se sabe, incomensurável monetariamente o preço da dor. Cuida-se, antes, de verba concedida a pedido da própria vítima, como indenização pelos defeitos físicos e alterações psíquicas que lhe acarretou o acidente.”

Clóvis Beviláqua, autor do projeto do Código Civil de 1916, expunha o entendimento prevalente na jurisprudência:

“O Cód. Civil não desconhece a satisfação por dano moral.

(...) Todavia, é certo que o dano moral não se deve considerar suscetível de satisfação, na sistemática do Código, senão quando constituir uma das figuras consideradas nos arts. 1.547 a 1.550, ou quando puder ser apreçado por arbitramento.

A morte de uma pessoa da família não se indeniza. O pai, que perde o filho menor, tem direito de reclamar as despesas de tratamento, funerais e luto. O filho menor, que perde o pai, reclama os alimentos devidos”²⁷

Os casos em que a indenização por dano moral estava prevista no Código Civil de 1916 eram de (i) indenização por injúria ou calúnia (art. 1.547); (ii) da mulher agravada em sua honra, que, conforme disposto no art. 1.548, tinha o direito “a exigir do ofensor, se este não puder ou

²⁵ Retrata Humberto Theodoro Jr: “Entre nós, embora sem maior explicitude acerca dos direitos da personalidade, a doutrina majoritária defendia a tese de que o art. 159 do Código Civil [de 1916], ao disciplinar a responsabilidade civil aquiliana e ao mencionar a reparabilidade de qualquer dano, estaria incluindo, em sua sanção, tanto o dano material como o moral. A jurisprudência, todavia, vacilava e predominava a corrente que negava a reparabilidade do dano moral fora das hipóteses explicitamente enumeradas em textos de lei.” (opt. cit., 2016, p. 3)

²⁶ “Art. 1.537. A indenização, no caso de homicídio, consiste: I. No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família. II. Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.”

²⁷ BEVILAQUA, Clóvis. Notas ao Art. 1.537 do Código Civil de 1916. Vol. 5º

não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida: I. Se, virgem e menor, for deflorada; II. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças; III. Se for seduzida com promessas de casamento; e IV. Se for raptada; (iii) Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor (art. 1.549); (iv) além de indenizações em caso de ofensa à liberdade pessoal e ferimento ou outra ofensa à saúde (arts. 1.550 e 1.538).

Não é por mera coincidência que as previsões na legislação alemã, que entrou em vigor em 1900, guardavam grande semelhança para com as nacionais. Na Alemanha foi dada preeminência à dor física, a chamada *pecunia doloris*, e desenvolvido o instituto do *Schmerzensgeld* (*schmerzens* = da dor e *geld* = indenização). A indenização era concedida em casos de lesão corporal, à saúde, privação de liberdade e também, e exclusivamente, ao sexo feminino, nos casos de crime ou delito contra os bons costumes ou quando, por engano, ameaça ou abuso da relação de dependência, a mulher foi levada à coabitação extraconjugal.

Ressalte-se também a posterior previsão da *Busse* alemã, de até 6000 marcos, indenização que era cabível nos casos previstos de injúria e lesões corporais, a ser concedida, nos termos do art. 188 do Código Penal do Império Alemão, “a requerimento do ofendido, quando a injúria o ferir no patrimônio, na posição ou no seu futuro”.

Vê-se que as aludidas indenizações tinham por fim dar proteção destacada, de modo bem próprio do período histórico e de notório cunho patrimonialista, a determinados bens tidos por especialmente relevantes, como a honra, a liberdade, geralmente ligados a danos físicos e materiais.

Confira-se, neste sentido, trecho do acórdão de relatoria do Desembargador Aprígio Ribeiro de Oliveira, em 1946, confirmado e citado no acórdão do Recurso Extraordinário nº 11786/MG, julgado pela Segunda Turma do STF, em 1950:

“Entronca-se o nosso direito de obrigações no sistema germanico e o Código Civil alemão somente concede reparação econômica para acudir à lesão de interesses extra patrimoniais em hipótese, prefixadas. E o rôl desses casos é notavelmente discreto.

Investigando-se o processo elaborativo do brasileiro sente-se visível a influência (Felício dos Santos, 626 e segs.; Coelho Rodrigues, 1220 e segs.; Clovis, 1.664 e segs.; Comissão Revisora, 1.384 e segs.). (...) tanto o código não quis abrir diques ao ressarcimento do dano moral que expressamente o excluiu nos casos de homicídio e lesão corporal leve e feriria de morte o senso do legislador o se admitir que, estabelecendo o regime de irrestrita reparação, a fosse vedar justamente onde o dano moral pôde atingir proporções violentas e dramaticas. Ao revés, o que a nossa lei civil estatuiu com função de regra foi a reparação do prejuízo material ao qual abriu

exceções explícitas, e isso mesmo com ânimo tão circunspécto que todas, ou quase todas oferecem inequívoco residuo patrimonial.”

Quanto às previsões de indenização à mulher, esclarece o caráter patrimonial Wilson Melo da Silva, que expõe aspecto da realidade do início do século XX (retratado pelo brilhante conto *Numa e a Ninfa*, de Lima Barreto, 1915). As observações do doutrinador refletem inúmeros julgados, que se referiam à virgindade da mulher e à possibilidade de contrair casamento, como, inclusive, faz referência expressa o § 2º do art. 1.538²⁸ do Código Civil de 1916, do qual trata o autor:

“Naturalmente, toda mulher, via de regra, se destina ao casamento, à formação de uma família, à procriação de filhos. À parte o lado moral, seu bem-estar material, praticamente, se resume no seu lar, na assistência que o marido lhe presta de maneira ordinária.

Seu futuro, sua subsistência, seus alimentos (tomada a palavra no seu mais alto sentido jurídico), comumente ela os encontra no matrimônio.

Esta é a regra geral, que não chega a ser infirmada pelas exceções.

(...) A mulher solteira ou a viúva ainda casadoira, quando vítimas de lesões deformantes, não experimentam apenas danos de natureza exclusivamente econômica. E se bem certo é que para a mulher considerada artista, por exemplo, cantora, manequim ou modelo, em suma, que nos próprios dotes da beleza física encontra, no mais das vezes (mais até que nos do próprio talento), os motivos do sucesso de sua vida profissional, o dano estético acarretasse, sem sombra de dúvida, consideráveis prejuízos de natureza econômica, não menos certo é, também, que para todas elas em geral, casadoiras ou não, jovens ou não jovens, viúvas ou não, ricas ou pobres, dadas, ou não, a qualquer profissão, o dano estético sempre seria fonte, também de danos morais, de maior ou menor relevância.”²⁹

Neste sentido, ainda, o art. 276 e parágrafo único do Código Criminal de 1890:

“Art. 276. Nos casos de defloração, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condenar o criminoso o obrigará a dotar a offendida.

Paragrapho unico. Não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida, si for maior.”

É desnecessário discorrer sobre a antigüíssima noção patrimonial de honra, imagem (bom nome), tão incorporadas com o *espírito capitalista*, que como dito tornaria presumível, para alguns juristas, o prejuízo de ordem material em caso de ofensa.

²⁸ “Art. 1.538, § 2º. Se o ofendido, aleijão ou deformado, for mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dota-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.”

²⁹ SILVA, Wilson Melo da. opt. cit. p. 505/507

À semelhança do Código Napoleônico e seu art. 1.382³⁰, difundiram-se pela Europa, como por exemplo no Código Civil Italiano de 1865, previsões vagas, que se referiam a danos de modo abrangente (daí parece ter vindo o art. 159 do Código Civil de 1916), o que levou às extensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito de os ordenamentos abarcarem ou não os danos morais.

As previsões limitativas também foram comuns até meados do século XX, e, na Itália, o que para muitos foi visto como retrocesso, o Código Civil de 1942 passou a dispor, em seu art. 2.059, que: “Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”.

À exceção, o Código Civil Português de 1867 já previa expressamente a possibilidade da reparação dos danos morais em seu art. 2.383.³¹ Muito embora o Código Português estabelecesse também a exclusão dos danos morais em caso de homicídio (art. 2.384), vindo a plena reparabilidade ser consagrada com o Código de Processo Penal de 1929, que revogou o referido dispositivo, estatuiu em seu art. 34, § 2º que “o juiz condenará o réu a pagar uma indenização que abrangerá o dano material e moral causado pelo crime, atendendo, no cálculo da reparação, à gravidade da infração e à situação econômica e social do ofendido”.

Como dito, no Brasil, de meados até quase o fim do século XX, era notória na jurisprudência uma impermeabilidade à ideia da reparabilidade dos danos morais e uma especial preocupação com o enriquecimento sem causa, com a especulação em cima da dor³², para além da *Pretium Doloris*, propriamente.

A máxima de que o Direito não cria dinheiro reverberou entre os magistrados brasileiros: o dinheiro, como mera riqueza material, jamais atenuaria a dor profunda, e reclamá-lo com essa finalidade, por algo absolutamente desprovido de valor econômico, não oriundo ou

³⁰ Cujo texto era: “Tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”.

³¹ “art. 2.383. Os prejuízos que derivam da ofensa de direitos primitivos, podem dizer respeito à personalidade física, ou à personalidade moral; os prejuízos relativos aos direitos adquiridos referem-se aos interesses materiais expressos”

³² Dizia Clóvis Beviláqua: “(...) mas o dano moral, nem sempre, é resarcível, não somente por se não poder dar-lhe valor econômico, por se não poder apreça-lo em dinheiro, como, ainda, porque essa insuficiência dos nossos recursos abre a porta a especulações desonestas, acobertadas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos. Por isso o Código Civil afastou as considerações de ordem exclusivamente moral, nos casos de morte e de lesões corpóreas não deformantes (arts. 1.537 e 1.538).” (Código Civil, vol. 5º, p. 322 - edição de 1926)

comunicável com o trabalho³³, denunciaria o vil objetivo de intentar, por meio do judiciário, tresloucado enriquecimento sem causa.

Neste sentido, há revelador trecho de Sentença do Juiz Henrique de Paula Andrade, em processo ajuizado em 1937 (posteriormente confirmada em acórdão do STF em 1950³⁴, por maioria dos votos, três contra a reparabilidade dos danos morais e dois a favor).

O juiz daquele caso acusa o autor da ação, que reclamava danos morais em razão de a municipalidade ter demolido o jazigo de sua esposa, removendo os despojos à vala comum, de buscar converter em réis brasileiro os ossos de sua esposa. Pede-se escusas pela longa transcrição, mas que a nosso ver é inevitável:

“Contrastando com uma verdade sabida desde os bancos acadêmicos, qual a de que não existem, em direito, duas causas semelhantes, conheço hipótese absolutamente igual à que ora me preocupa. não há busquei no bojo das revistas jurídicas do País. Ao revés, fui buscá-la num livro que diverte e faz rir... em férias a minha atividade funcional, quis deleita-la com uma leitura qualquer. e foi assim que os meus olhos, cansados de interpretar duros textos de leis, pousaram sobre um livro de contos de Humberto de Campos. a páginas tantas do Mealheiro de Agripa, o saudoso escritor comenta um julgado da corte de apelação do Distrito Federal, segundo o qual aquele tribunal condenou a Santa Casa de determinado lugar a pagar a um viúvo a importância de Cr\$ 100.000,00 A título de indenização pelo desaparecimento misterioso dos ossos de sua mulher, inumada havia quatro anos, em um cemitério daquela Capital. Sim, porque os coveiros, na azáfama com que trabalhavam, teriam lançado a vala comum os ossos da virtuosa Senhora, supondo tratar-se de outra sepultura qualquer. E, conclui o citado escritor, como o marido a amasse loucamente, reclamou a Santa Casa a referida indenização.

Lembra Humberto de Campos, prosseguindo na sua narração, uma passagem escrita pelo original Lima Barreto, ao comentar caso análogo ocorrido em outra cidade de São Paulo. disse ele que na cidade de Tupiacanga, no interior do Brasil, certa tarde apareceu uma personagem bizarra, conduzindo uma infinidade de aparelhos misteriosos. Era o alemão Edmundo Flamel, indivíduo de reputação universal, que procurava, pacientemente, uma fórmula para a fabricação do ouro. decorrido um ano o mistério se aclarou; resolvido estava, para ele, o problema da alquimia, para a fabricação do ouro; Flamel aliou-se a um farmacêutico local, e, ambos juntos,

³³ O Ministro do STF Orozimbo Nonato, sem escapar da ideia, assim expos no acórdão da ACi nº 7.526, julgado em 03/11/1942, ao deliberar sobre a reparabilidade do dano moral: "Si o dano, ainda que tenha origem, no a que chama Polacco 'lesão da personalidade moral' de alguém, repercute no seu crédito, nas sua saúde, nas suas possibilidades de trabalho, apresenta, como observa o professor paduano, 'valore economico, certamente difficile, ma non impossibile a determinarai con sufficiente precisione' (Obligazione, ed. de 1915, pag. 580)"

Teceu o mesmo raciocínio na defesa dos danos morais o Juiz Francisco de Paula Rebêlo Horta, em sentença: "(...) Há, sim, padecimentos que devem participar de estimação: o desgaste dos nervos, a melancolia, a tristeza, que reduzem o indivíduo todas as manifestações de alegria e de vigor, tornando-o inerte para prazeres e as pelejas da profissão e da carreira. A dor moral reflete-se no físico, trazendo ao paciente não só as privações dos prazeres da vida, como redução na capacidade de trabalho" (Sentença transcrita por Wilson Melo da Silva, opt. cit. p. 412)

³⁴ "NÃO E ADMISSIVEL QUE OS SOFRIMENTOS MORAIS DEEM LUGAR A REPARAÇÃO PECUNIARIA, SE DELES NÃO DECORRE NENHUM DANO MATERIAL." (RE 11.786, Relator(a): OROZIMBO NONATO, Relator(a) p/ Acórdão: HAHNEMANN GUIMARÃES, Segunda Turma, julgado em 07/11/1950, DJ 19-01-1951)

fabricavam o ouro, servindo-se como ingrediente principal ossos de defunto. E, ao serem surpreendidos no cemitério, na ocasião em que violavam os túmulos, quase foram linchados. entre os que mais se revoltaram contra eles achavam-se o juiz de direito, o tabelião, o engenheiro da estrada de ferro, o carteiro, o chefe da banda de música, etc. apanhados em flagrante fugiram, e isso depois de esclarecerem o seu invento. na noite seguinte, começou a povoar-se de sombras e vultos desconfiados o cemitério de tupiacanga. Esses vultos se curvavam cavando a Terra junto aos túmulos antigos. Eram o juiz de direito, o engenheiro da estrada de ferro, o carteiro, o mestre da banda de música, o tabelião, enfim era a cidade inteira que revolia, frenética, o solo da casa dos mortos... e o comentador, sempre alegre e brejeiro, tira a moral de seu escrito: a solução desta causa pertence a uma alquimia perigosa. dentro de alguns meses não haverá mais viúvos, talvez, que encontrem, sob a lousa fria, na tristeza do sono eterno, os ossos da mulher... *Mutadis mutandis*, é a hipótese destes autos.

Todavia, nota-se entre os dois casos uma pequena diferença. É que Edmundo Flamel Procurava fazer o ouro com os ossos de defunto, enquanto o autor, bem mais prático, quis fazer, de vez, a própria moeda sonante, com o réis brasileiro, o futuro cruzeiro.

Mas, não será com a alquimia da lei que o conseguirá fazê-lo. Pelo menos assim penso e assim decido.”³⁵

A Sentença supra reproduzida foi reformada pelo Tribunal, que concedeu o pedido de danos morais, mas, como já dito, foi depois confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 11.786/MG. O Ministro Nelson Hungria assim pronunciou-se no julgamento:

“Sr. Presidente, sempre me alinhei entre aqueles que negam formalmente no sistema do direito pátrio, a reparabilidade do dano moral. (...) Trata-se de um cidadão que deixa abandonado o túmulo de sua esposa e, anos depois, porque a Municipalidade andou tocando a sepultura, embora depois a recompusesse, achou de se declarar moralmente ferido, exigindo dinheiro para o seu consolo. Como se o dinheiro fosse bálsamo ou anestésico de aplicações da alma! Chega a ter laivos de irrisório a pretensão do embargado.”

O Ministro Hahnemann Guimarães, defendendo também a impossibilidade de atenuar o sofrimento com dinheiro, disse:

“Presidente, é, sem dúvida, um sinal dos nossos tempos materialistas a preocupação de transformar a ofensa de puros sentimentos morais em dano estimável em dinheiro; tornou-se o dinheiro padrão de todos os valores, inclusive dos valores morais; só essa atitude exageradamente materialista poderia justificar que se admitisse a possibilidade de converter os sofrimentos exclusivamente morais em fonte de enriquecimento, ou em fonte de reparação de dano. A doutrina tem admitido a “pecunia doloris”, o “Schmerzensgeld”, a indenização pela dor sofrida, mas quando dessa dor decorre prejuízo material (...)”

E respondeu-o o Relator, Ministro Orozimbo Nonato, em réplica, após extenso e minucioso voto vencido advogando pela doutrina da reparabilidade dos danos morais:

“(...) antes de tudo, curioso observar que S. Exc. Atribui ao materialismo dos tempos modernos, à onda crescente de grosseria que invade os espíritos, crestando a delicadeza dos sentimentos mais puros, a tendência para dar expressão material às

³⁵ Sentença transcrita por Wilson Melo da Silva, opt. cit. p. 396.

ofensas à personalidade moral, ao passo que Demogue entende que o materialismo do direito germânico tem sido obstáculo à vitória da ideia da ressarcibilidade do dano moral. Materialistas serão os que só compreendem a ocorrência do dano material...”

Foi com veementes embates e votos vencidos que o entendimento foi se alterando e acatando a doutrina vagarosamente, passando às teorias limitativas.

Aqui, porém, cabe aquela observação: mesmo no início e em meados do século XX já apareciam com frequência na jurisprudência pátria vertentes das chamadas teorias limitativas da reparabilidade dos danos morais, que, no entanto, não eram posições menos extremadas ou materialistas do que as negativistas: eram, na realidade, teorias negativistas travestidas. Era o caso dos que, literal e paradoxalmente, defendiam a reparação dos danos morais quando se tornavam danos materiais.

Era uma confusão de conceitos, entre causa (lesão) e efeitos (dano moral ou material). Bom exemplo é o acórdão da ACi 8210, julgado pelo STF em 1944, em que menor impúbere processava a União, pois havia perdido ambos os pais, que morreram violentamente em acidente ocorrido em estrada de ferro. Tal causa (acidente) foi chamada de dano moral (efeito). Assim, tratar-se-ia de um chamado dano moral – note-se, não houve no acórdão qualquer indenização a título de dano moral – que havia provocado danos materiais (alimentos), de modo que seria “indenizável”³⁶.

Wilson Melo da Silva³⁷, citando neste sentido as posições de Dalloz, Meynial, Baudry-Lacantinerie et Barde e Virgílio de Sá Pereira, dizia que foi uma forma de buscar ser “ecclético”, harmonizar correntes antagônicas, mas que caiu na obviedade de que reflexos patrimoniais do dano moral, também chamados danos morais indiretos (à oposição dos chamados danos morais “puros”, tidos por não indenizáveis), não são danos morais – não passam de danos materiais, comuns.

³⁶ “Quando o dano moral reclamado incide no patrimônio de quem reclama a indenização, torna-se dano material, prejuízo patrimonial, e é, por isso, indenizável. Responsabilidade civil das empresas ferroviárias, por acidente mortal verificado em suas linhas. É de se aplicar em títulos da Dívida Pública Federal o capital definitivo da indenização, nos termos do art. 912 do Código de Processo Civil. Majoram-se os honorários do advogado, quando parecer ao Tribunal “ad quem” serem aminguados os que foram fixados pela sentença apelada.” (ACi 8210, Relator(a): WALDEMAR FALCAO, julgado em 18/01/1944)

Confira-se, ainda: “PODE SER REPARADO PECUNIARIAMENTE O DANO MORAL, QUE HAJA PRODUZIDO CONSEQUENCIAS MATERIAIS. SE O DANO E SOMENTE MORAL, NÃO HÁ O QUE SER RESSARCIDO EM DINHEIRO.” (RE 11974, Relator(a): ROCHA LAGOA, Relator(a) p/ Acórdão: HAHNEMANN GUIMARÃES, Segunda Turma, julgado em 12/05/1953)

³⁷ SILVA, Wilson Melo da. opt. cit. p. 8/9

Houve todo tipo de entendimentos jurídicos que mesclavam danos materiais e morais, mais ou menos próximos à ideia de ampla reparação destes últimos, como expõe Wilson Melo da Silva:

“(...) de passagem, poderíamos lembrar, a esta altura, o Douto Vidari que, muito embora entendendo por dano moral aquele mesmo dano puro, não-patrimonial, indenizável segundo os moldes do *Schmerzensgeld* Germânico, consignou, contudo, alhures que as dores morais ou físicas dão direito ao ressarcimento pelas consequências negativas que possam determinar na capacidade econômico-financeira da pessoa lesada...”³⁸

Neste sentido o voto do ministro Lafayette de Andrada, em 1948, que confundia danos morais com o que hoje chamar-se-ia de pensão, no Recurso Extraordinário nº 12.039/AL, em que se decidiu contra a indenização por danos morais – não sem demonstrar certo acanhamento – em caso em que um menor fora morto por eletropressão, ao ser alcançado por um fio de alta tensão:

“na hipótese ficou provado que a vítima, menor de 13 anos, não exercia qualquer profissão, nenhum serviço remunerado praticava. Ao contrário, como ginásial, era mantido por sua mãe, sem prestar mesmo auxílio à família. Razão, portanto, para não se poder exigir a reparação do bem moral na espécie, O QUE NÃO RECUSO EM OUTROS CASOS” (Revista dos Tribunais, vol. 244, p. 631)

Depois, o STF passou a entender pelo cabimento de indenização por danos morais em casos de morte de menor, que pertencesse à família humilde, justificado pela “expectativa de que o menor viesse a ser útil” (ainda travestindo, pois, a indenização em esdrúxula modalidade de danos patrimoniais³⁹).

As decisões cumularam em um marco, em 1969: a emblemática Súmula 491 do STF, que dispõe que “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

Ao mesmo passo, tornou-se dominante na jurisprudência a noção de que os danos materiais “absorviam” os danos morais, admitidos apenas quando autônomos. O STF deu um pequeno passo à frente, reconhecendo a cumulabilidade do dano moral com o material desde que pleiteados pela vítima, negando, ainda, quando pleiteados por familiares (como expõe

³⁸ SILVA, Wilson Melo da. opt. cit. p. 8.

³⁹ Exemplo é o RE 65281, julgado em 1968. Anos depois, observou o Ministro Eduardo Ribeiro, já negando o entendimento: “(...) Algo frágil tal sustentação, que admite indenização de dano hipotético. Em realidade, era um modo de conceder indenização pelo dano moral, sem afirmá-lo diretamente.

A admissão explícita de que isso se passava veio a ser feita em diversos julgados. Assim, no RE 83.168, RTJ 88/927; RE 84.748, RTJ 94/653; RE 87.650, RTJ 83/642.” (REsp n. 6.852/RS, relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 29/4/1991, DJ de 3/6/1991, p. 7425.)

Sérgio C. Filho, 2011⁴⁰). O melhor exemplo é o Recurso Extraordinário nº 95103-2, julgado em 1982, que cita vasta jurisprudência da Corte Superior.

Trinta anos antes do acórdão supra reproduzido, constatava o Ministro Orozimbo Nonato, ao defender em voto vencido a reparabilidade dos danos morais, no já mencionado RE nº 11.786, em 1950:

“(...) quanto ao dano puramente moral, pode se afirmar que a noção da reparabilidade vai lançando raízes e prosperando nas legislações e na doutrina, a que, entretanto, se opõe os julgados dos nossos tribunais, ocorrendo a situação a que alude Alcino Salazar, ‘de evidente contradição entre a tendência da doutrina e a resistência obstinada da jurisprudência’⁴¹ numa atitude que Pontes de Miranda chamou de patrimonialista’ (Alcino Salazar, *Reparação do Dano Moral*, Introdução).”

Com os avanços na jurisprudência, algumas leis, entre 1960 e 1980, chegaram a fazer referência expressa à expressão “danos morais”, o que antes não se verificava, como por exemplo o Código de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), que, em seu art. 81, previu expressamente danos morais aos casos de calúnia, difamação ou injúria⁴².

Depois, acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (como o REsp 6.852/RS, julgado em 1991), proclamaram que eram cumuláveis os danos morais e materiais.

A tese, após reiteradas decisões, veio a ser incluída nos enunciados de Súmula do Superior Tribunal de Justiça, sob nº 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundo do mesmo fato”. A referida Súmula, ressalte-se, é de 1992, após promulgada a Constituição Federal.

A Carta Política de 1988, com os incisos V e X do art. 5º, já havia colocado a pá de cal, quanto ao fundamento jurídico, na questão da ampla reparabilidade do dano moral, erigindo-a a patamar de garantia constitucional, abolindo a possibilidade de resistência que até então permanecia.

⁴⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 15ª edição. Grupo GEN. 2011. p. 102.

⁴¹ Observa Venosa: “Durante muito tempo, discutiu-se se o dano exclusivamente moral, isto é, aquele sem repercussão patrimonial, deveria ser indenizado. Nessa questão, havia um aspecto interessante: a doutrina nacional majoritária, acompanhando o direito comparado, defendia a indenização do dano moral, com inúmeros e respeitáveis seguidores, enquanto a jurisprudência, em descompasso, liderada pelo Supremo Tribunal Federal, negava essa possibilidade. De uma postura que negava peremptoriamente a possibilidade de indenização por danos morais, inicialmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, esse Pretório passou a admitir danos morais que tivessem repercussão patrimonial até a promulgação da Constituição de 1988, que finalmente estabeleceu o texto legal que os tribunais e a maioria da doutrina reclamavam.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 249)

⁴² Como fez também o art. 49 da Lei nº 4.961, de 1966, que alterou o Código Eleitoral; o art. 53 da Lei de imprensa, Lei nº 5.250, de 1967; e o art. 126 da Lei nº 5.988, de 1973, regulando direitos autorais.

Logo depois, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, a consagrou também em seu art. 6º, VI e VII. E, por fim, o Código Civil de 2002, no art. 186, terminando de impor a impactante transição, a ser adiante tratada. Conclui Humberto Theodoro Júnior:

“Com a Constituição de 1988 veio, finalmente, o enunciado do princípio geral que pôs fim às vacilações e resistências dos tribunais (art. 5º, V e X). Por fim, o Código Civil de 2002 adotou expressamente a reparabilidade do dano moral (art. 186).

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.”⁴³

⁴³ Júnior, Theodoro Humberto, opt. cit., 2016, p. 4

II. PANORAMA QUANTO AOS NOVOS RUMOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E OS DANOS MORAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como já referido, foram comuns os modos de reparação que atingiam pessoas absolutamente alheias ao dano causado, no que se convencionou chamar de métodos vingativos de reparação. Isto fez da ideia de *culpa*, de *imputabilidade*, como fundamento da obrigação de indenizar, uma evolução no instituto da reparação de danos, introduzida pela *Lex Aquilia*, século III a.C, que por muito tempo perdurou como dogma basilar da reparação. Observam Rosalice Fidalgo Pinheiro e José Roberto Della Tonia Trautwein:

"A culpa é a pedra angular da responsabilidade civil oitocentista, que inspirou os redatores da codificação francesa de 1804, transpondo-se para os demais códigos que se lhe seguiram no século XIX. Por influência do liberalismo e do individualismo, estabeleceu-se que o dever de reparar os danos só poderia ser imputado ao seu autor quando decorrente do mau uso da liberdade individual (SCHREIBER, 2013, p. 12). Assim, a culpa tornou-se o critério da responsabilidade civil subjetiva, sendo não apenas suficiente, mas necessária para determinar a obrigação de indenizar (TUNC, 1989, p. 56). Trata-se não apenas da condição da responsabilidade, mas da medida da própria reparação (VINEY, 1965, p. 14), de modo que se afirma que “não há responsabilidade sem culpa”.”⁴⁴

O que antes foi uma conquista, tornou-se insustentável em um dado momento do desenvolvimento capitalista⁴⁵. Com a complexificação e massificação dos conflitos no mercado consumerista, nas relações de trabalho, a reparação de danos submetida necessariamente à demonstração de culpa tornou-se incompatível com a manutenção do equilíbrio social.

No entanto, houve uma forte resistência, que até hoje se vê, nas hipóteses em que a Lei assim o prevê, em não condenar ao pagamento de indenização quem não teve culpa pelo dano⁴⁶. Durante um extenso período, nas hipóteses em que não havia demonstração de culpa mas seria

⁴⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. TRAUTWEIN, José Roberto Della Tonia. opt. cit. p. 73.

⁴⁵ Como bem observa Ragner Limongeli Vianna, “conforme o momento histórico varia o fundamento da ‘reparação de danos’”. (Causas e Cláusulas ou Convenções de Impedimento de Formação ou de Exclusão da Obrigação de Reparação de Danos. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2001. p. 24)

⁴⁶ Ragner Limongeli Vianna defende que a expressão “Responsabilidade Civil”, em razão do termo *responsabilidade*, que remete à culpa, ao *neminem laedere*, é um dos fatores que amplia a resistência às obrigações indenizatórias desvinculadas da culpa. Dado que o novo enfoque do instituto é a reparação do dano injusto, o autor recomenda a substituição pela expressão “Reparação de Danos”, o que acatamos no presente trabalho. Diz o jurista: “É importante advertir que, seja pela origem e significado lingüístico, seja pela sua história, em tudo ligada à responsabilidade aquiliana, fundada na teoria da culpa, a manutenção da expressão “responsabilidade civil” (para indicar toda a matéria da reparação de danos) é diretamente responsável pela lentidão na aceitação e desenvolvimento da obrigação de reparação de danos que decorre diretamente da lei (independentemente da existência de culpa) em doutrina, legislação e jurisprudência.” (Vianna, Ragner Limongeli, “Causas e Cláusulas ou Convenções de Impedimento de Formação ou de Exclusão da Obrigação de Reparação de Danos”, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 20)

injustiça gritante negar a indenização, resistiu-se em chamar de “culpa presumida” o fundamento da reparação de danos. Abordando as raízes da ideia, prosseguem os Autores Rosalice Fidalgo Pinheiro e José Roberto Della Tonia Trautwein:

“O princípio da culpa está ligado a uma fase do desenvolvimento econômico da sociedade, baseada na produção agrícola e na pequena indústria (FIGUEIRA, 1989, p. 204). Nessas condições, o dano somente seria indenizado quando causado por culpa, pois a sociedade moderna baseava-se num sistema de propriedades individuais, que somente se tutelavam no momento de confronto com o comportamento negligente do ofensor (FIGUEIRA, 1989, p. 204).

O sistema baseado na livre determinação dos sujeitos revelou-se insuficiente diante do desenvolvimento econômico, suscitado pelo advento das sociedades pós-industrializadas. Os acidentes de trabalho, os acidentes de consumo e os danos ao meio ambiente multiplicaram-se, diminuindo a importância da culpa como critério da responsabilidade civil. Para tanto, instituíram-se presunções de culpa, em que se desloca o ônus da prova da vítima para o ofensor, alcançando, por vezes, teor absoluto. Trata-se de uma solução intermediária, que, segundo Schreiber (2013, p. 31), impedia as injustiças perpetradas pela severa exigência da prova da culpa, ao mesmo tempo em que negava acolhida à teoria do risco como novo fundamento da responsabilidade. Na prática, todavia, as presunções de culpa foram passando, por meio da atuação jurisprudencial, de presunções relativas para presunções absolutas, de tal modo que o juiz, ao final, já presumia de forma tão definitiva a culpa do ofensor que isso equivalia a dispensá-la para fins de responsabilização.

Com base no princípio da solidariedade, atribuíram-se os riscos da atividade econômica aos proprietários dos meios de produção. Pelo critério do risco, os empresários passaram a suportar os perigos de sua atividade econômica. Por outro lado, a responsabilidade pelos riscos foi transferida para o sistema de seguros, ensejando o pagamento de prêmios, que entram no custo das mercadorias, arcando toda a coletividade com o ressarcimento dos danos, o que leva a uma socialização das perdas.

Passa-se, então, a cogitar da responsabilidade sem culpa, idealizada por um processo de objetivação, que dispensa o nexo de responsabilidade, a culpa e a ilicitude do ato (FIGUEIRA, 1989, p. 202).⁴⁷

Com as mudanças ocorridas nas últimas décadas, tornou-se imperativo que um banco, por exemplo, que explora e auferi lucro com aplicativo digital, e tem como um dos fins de sua atividade lucrativa garantir a segurança das contas dos seus correntistas, responda, independentemente de culpa, pelas fraudes de hackers que invadiram seu sistema e esvaziaram contas bancárias. A culpa neste caso é irrelevante à obrigação de reparar, caso contrário o banco estaria explorando e recebendo os bônus da atividade lucrativa sem arcar com os respectivos ônus, os riscos da atividade, que seriam repassados ao consumidor.

Ante situações como esta, e uma infinidade de outras, como a garrafa de refrigerante que subitamente explode ferindo o consumidor, o acidente que fere passageiro de ônibus de empresa de transporte, acidentes de trabalho, enfim, tornou-se necessário o acolhimento pelo

⁴⁷ Ibidem. p. 74

ordenamento jurídico pátrio – para além da responsabilidade aquiliana (fundada na culpa) – da responsabilidade objetiva e da teoria do risco.

Como anota Ragner Limongeli Vianna, “A preocupação é, e sempre foi, a de ensejar a reparação do dano injusto”⁴⁸ e, assim, pela nova ótica da reparação de danos, “assume primazia a reparação do dano e não mais a culpabilidade do agente”⁴⁹.

Com as novas formas de *responsabilização*, como a objetiva, e a preocupação central na Constituição Federal de 1988 com a Dignidade da Pessoa Humana, a Lei maior pôs o leme do instituto dos danos morais em direção dramaticamente distinta, rompendo a feição patrimonialista do ordenamento anterior no trato das relações sociais, priorizando a reparação integral dos danos injustamente impingidos à vítima. Asseveram Rosalice Fidalgo Pinheiro e José Roberto Della Tonia Trautwein:

“De modo semelhante, os princípios da solidariedade e da justiça distributiva, previstos no art. 3º, I e II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), moldam novos contornos para a responsabilidade civil no Direito brasileiro (TEPEDINO, 1999, p. 176). Eles sinalizam uma ruptura com a feição individualista e subjetiva da reparação dos danos e impõem a socialização e objetivação dos critérios de reparação. Concorrem a previsão legislativa de hipóteses de responsabilidade objetiva e o trabalho tecido pela jurisprudência, ampliando os parâmetros da reparação civil e da repartição social dos danos (TEPEDINO, 1999, p. 176).

Assim, o dano passa a ocupar posição central na responsabilidade civil, na medida em que, sem ele, não subsistirá o dever de indenizar, passando-se a um “direito de danos”. A nova expressão traduz a ideia segundo a qual a vítima de um dano não pode ficar sem reparação. É o princípio da reparação integral, que encontra fundamento no princípio da igualdade de todos perante a lei (LORENZETTI, 2016, p. 370) ou também no princípio da dignidade da pessoa humana, ao determinar a irrestrita compensação dos danos morais (art. 5º, V e X, da CRFB) (MONTEIRO FILHO, 2018, p. 3).”⁵⁰

Neste ínterim, o dano moral assumiu relevância e dimensão inimagináveis à ordem antiga, servindo a mais ampla reparação dos danos contra bens inerentes à *condição humana*, direitos fundamentais, postos em lugar de estatura máxima na Constituição Federal, como observa Carlos Edison do Rego Monteiro Filho:

“Nosso direito caminha no sentido da prevalência dos valores existenciais, por determinação expressa dos artigos 1º, 3º e 5º do Diploma Maior. Nesta nova ordem constitucional insere-se a reparação por dano moral, diante da notável ênfase dada pelo constituinte às relações jurídicas não patrimoniais, de maneira a garantir os

⁴⁸ Enquanto o direito penal volta os olhos ao ofensor, o direito civil volta os olhos, precipuamente, à *vítima*, ao dano que merece reparação.

⁴⁹ Vianna, Ragner Limongeli, “Causas e Cláusulas ou Convenções de Impedimento de Formação ou de Exclusão da Obrigação de Reparação de Danos”, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001. 23 e 29.

⁵⁰ opt. cit. p. 76.

ditames da Carta magna atinentes à dignidade da pessoa humana, o que indica que toda reparação deve ter em conta estes princípios dirigidos ao intérprete e ao legislador (...) não sendo mais necessária a demonstração de algum reflexo no patrimônio.”⁵¹

E Maria Celina Bodin de Moraes:

“A utilização da responsabilidade civil como instrumento de proteção de interesses existenciais foi impulsionada pela Constituição de 1988. A reparação do dano moral, expressamente garantida no texto constitucional, revelou-se como um dos mais importantes mecanismos de concreta proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico.”⁵²

A dignidade humana e a igualdade tornaram-se, assim, enfoques na análise da reparação dos danos morais: pôs-se a premissa de que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”⁵³, pôs-se o Princípio da Isonomia em destaque, no caput do Art. 5º, e a Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos da República⁵⁴, um valor a guiar todo o ordenamento jurídico, como observa José Afonso da Silva:

“(...) a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica, Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.”⁵⁵

Na legislação pátria anterior, como já demonstrado, danos muito mais ultrajantes à dignidade da pessoa humana, do que àqueles discriminados em Lei, ficavam sem reparação. A dignidade não era o enfoque: os poucos danos morais indenizáveis, preestabelecidos pelo legislador, guardavam alguma relação com o patrimônio. Os valores das indenizações também não eram atentos à reparação integral: havia previsão de valores fixos a determinados danos.

Assim, por todas as óticas da hermenêutica, pela interpretação histórica, teleológica, sistemática, literal, vê-se com clareza a lógica, o rumo que a Constituição determinou a respeito de como deve ser enxergado o dano moral e sua reparação, voltada à dignidade e aos direitos

⁵¹ MONTEIRO FILHO. Carlos Edison do Rego. Elementos de responsabilidade civil por dano moral. p. 161.

⁵² BODIN DE MORAES, Maria Celina. Conceito, função e quantificação do dano moral. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 24, nov.-fev./2019 p. 2

⁵³ Art. 3º, I da Constituição Federal de 1988

⁵⁴ Art. 1º, III da Constituição Federal de 1988

⁵⁵ SILVA. José Afonso da. A dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. 1998. *Revista de direito Administrativo*. p. 92

fundamentais da vítima, em frontal rompimento com as ideias anteriormente prevalentes, que buscavam a todo custo vincular danos morais ao patrimônio. Explica Sergio Cavalieri Filho:

“Temos sustentado que após a Constituição de 1988 todos os conceitos tradicionais de dano moral tiveram que ser revistos. Assim é porque a citada Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada questão social, colocou o homem, a pessoa humana no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dela a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. Com efeito, a par dos direitos patrimoniais, que se traduzem em uma expressão econômica, a pessoa humana é ainda titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana. São os direitos da personalidade, que ocupam posição supraestatal, dos quais são titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida (Código Civil, arts. 1º e 2º). São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à dignidade da pessoa humana.”⁵⁶

⁵⁶ FILHO. Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 15ª edição. Grupo GEN. 2020. p. 128/130

III. A PREOCUPAÇÃO COM O ENRIQUECIMENTO DA VÍTIMA E A TENDÊNCIA À MODICIDADE DE PARTE DA JURISPRUDÊNCIA NO ARBITRAMENTO DAS INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL

Os longos debates quanto à ampla reparabilidade dos danos morais, tida antes por impossível ou imoral, foram, então, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sepultados no ordenamento jurídico pátrio⁵⁷.

O impacto foi brusco, de ordem prática: todos os magistrados brasileiros passaram a ter de reconhecer e livremente *arbitrar*, com suas ideias e senso de equidade, valores de indenização por danos não patrimoniais diversos.

Não surpreende à prática jurídica que haja um lapso temporal de adaptação da jurisprudência à aplicação de novos princípios e regras, em face da alteração do ordenamento jurídico (sobretudo em se tratando de alteração de tamanha profundidade, como a introduzida pela intitulada Constituição Cidadã de 1988).

No entanto, vê-se que, sob novos enfoques, a tão enraizada resistência no Brasil – ou, nas palavras de Wilson Melo da Silva, a *impermeabilidade* – à ideia da ampla reparabilidade dos danos morais perdurou em parte, sendo visível na propagação dos mesmos – e novos – argumentos, preocupações viscerais, e mesmo em alguns critérios de arbitramento, um a nosso ver especialmente nocivo e incompatível com a Lei maior, que passou a ser reproduzido, como se inócuo, pela maioria da comunidade jurídica.

Vive vigorosa a antiga preocupação com a *especulação* em cima da dor e o *enriquecimento* da vítima (até hoje mencionado em quase todas as decisões que arbitram danos morais).

Atualmente, as preocupações tomam forma no combate à chamada *indústria do dano moral*; na consideração da *condição socioeconômica da vítima* no arbitramento das

⁵⁷ Como expõe Ragner Limongeli Vianna: “A sociedade atual não pode contemporizar com a violação da dignidade humana, com a falta de respeito aos direitos da personalidade. Com efeito, nosso ordenamento assim não permite e, sua aplicação, a isto não pode conduzir. Do contrário, os mais modernos diplomas legais, desde a Constituição Federal vigente que ratificou de vez a indenizabilidade do dano moral, como o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, nos permitem afirmar que o dano moral deve ter reparação plena, de molde a promover a compensação da vítima e a garantir efetividade à dignidade da pessoa humana.” (VIANNA, Ragner Limongeli. Artigo “A Dignidade Humana comporta indenização módica?” em Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo. Coordenação de Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas. 2008. p. 457)

indenizações; na concepção de que a reparação dos danos morais não pode ser *fonte de enriquecimento* ou representar mudança nas *condições de vida* da vítima.

Parte da jurisprudência pátria, compartilhando dos aludidos critérios e determinados receios, passou a arbitrar indenizações módicas, simbólicas, a título de danos morais, restringindo as indenizações a patamares por vezes patentemente insuficientes para reparar o dano, que dirá cumprir função pedagógica-punitiva.⁵⁸

A diretriz de se evitar o enriquecimento sem causa seria, à primeira vista, compreensível.

Trata-se, como se sabe, de um Princípio Geral basilar: o direito pátrio repele o enriquecimento sem causa⁵⁹, não admite que alguém tenha acréscimo patrimonial, de qualquer dimensão, sem que haja causa jurídica para tanto.

Assim, pela ótica clássica da reparação de danos, em que incumbe ao magistrado conduzir as partes ao *Status quo ante*, deve o dano ser integralmente reparado, em seu mais próximo valor patrimonial, pois indenização maior ou menor do que o dano constituiria enriquecimento sem causa de uma das partes⁶⁰. Neste sentido, expõe Rosalice Fidalgo Pinheiro e José Roberto Della Tonia Trautwein:

⁵⁸ Observa o Desembargador Edson Nelson Ubaldo, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “Embora nosso direito já adotasse, em casos específicos, a reparação pecuniária por danos morais, a ampla e irrestrita consagração do princípio foi inserida na Constituição de 1988. De início houve certa perplexidade, pois nosso sistema jurídico não estava acostumado com a idéia de que o sofrimento moral pudesse ser reparado monetariamente fora das situações já conhecidas.

O Código de Defesa do Consumidor deu contornos mais precisos à matéria e a partir de então surgiram as primeiras ações. Os valores começaram a ser fixados em patamares condignos e à medida em que os pleitos se multiplicaram foram diminuídos, chegando hoje a valores no mais das vezes insignificantes ou irrisórios.

(...) A aplicação de valores expressivos e exemplares, defendida pela magistrada, vai em sentido contrário à posição assumida pela maioria dos juízes brasileiros que, em geral, fixam indenizações insignificantes, sob o argumento de vedar o que entendem por enriquecimento ilícito.” (UBALDO, Edson Nelson. A propósito do dano moral. Revista “O Judiciário”. Associação dos Magistrados Catarinenses. Edição nº 38 de junho de 2009)

Aponta, também, Ragner Limongeli Vianna: “(...) o receio exacerbado e mal interpretado de impedir a ‘fonte de enriquecimento ilícito’ desvirtua, completamente, o enfoque da questão, e para evitar-se o ‘enriquecimento da vítima’ contemporiza-se com a infração delituosa, e concede-se verdadeira autorização ao infrator para a prática do ato, mediante o pagamento de algo que se equivaleria, em termos práticos, a ‘uma taxa’. Com efeito, ‘valores módicos’ passam a ser encarados pelos infratores como ‘custo de seus produtos’!

Notamos inapropriada preocupação dos tribunais superiores com a manutenção das condenações em níveis módicos, o que significa indenizações pequenas, por vezes em valor meramente simbólico.” (opt. cit. p. 456)

⁵⁹ Define o Art. 884 do Código Civil que “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

⁶⁰ Não se pode olvidar que o enriquecimento sem causa não ocorre apenas quando arbitradas indenizações excessivas, mas também quando não são reconhecidos danos morais existentes ou quando arbitradas indenizações módicas, como explica Antonio Jeová Santos: “A indenização não pode servir de enriquecimento indevido para a

“O princípio da reparação integral encontrou desenvolvimento no Direito francês, ao ser enunciado na expressão ‘todo o dano, mas nada mais que o dano!’ (JOURDAIN, 2010, p. 146, tradução nossa). Dessa afirmação resulta a sua dupla função de piso e de teto indenizatório. A primeira busca assegurar a compensação da totalidade dos prejuízos, ao passo que a segunda procura evitar o enriquecimento sem causa do lesado.”⁶¹

Transplantando a mesma lógica ao dano moral, defende-se que a indenização não poderia ser “fonte de lucro”, como diz Humberto Theodoro Junior, posicionando-se contra à adoção de uma função punitiva da indenização:

“Mas estamos igualmente convencidos de que, se o juiz não fixar com prudência e bom-senso o dano moral, vamos torná-lo injusto e insuportável, o que, de resto, tem ocorrido em alguns países, comprometendo a imagem da Justiça.

Cremos que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o *princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro*. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.”⁶²

É curioso notar, neste íterim, que a maioria das decisões judiciais expõe que a indenização por dano moral não deve sobressair o dano, o que causaria enriquecimento sem causa à vítima, mas dizem, concomitantemente, adotar indenização pedagógico-punitiva, considerando a condição econômica do ofensor, para fixar *quantum* indenizatório suficiente a inibir a reincidência da conduta. Alguns autores apontam nisto uma contradição, afinal ao majorar o valor da indenização com o fim de desestimular o ofensor, arbitrar-se-ia indenização para além da reparação do dano impingido à vítima. Observa Wesley de Oliveira:

“Fato interessante é a existência de julgados que, ao mesmo tempo em que reconhecem o caráter punitivo do dano moral vedam o enriquecimento por parte do lesado. Ocorre que, nestes casos, o enriquecimento do lesado é consequência inevitável, visto que receberá, além da compensação dos danos sofridos, quantia representativa dos danos punitivos.”⁶³

É comum ver decisões que dizem aplicar a função pedagógico-punitiva das indenizações, hoje comumente referida e acatada no corpo dos acórdãos, mas que, apesar da

vítima. Idêntico raciocínio é efetuado em relação ao detentor do comportamento ilícito. Uma indenização simbólica servirá de enriquecimento indevido ao ofensor que deixará de desembolsar quantia adequada, enriquecendo-se com o ato hostil e que desagradou, de alguma forma, algum ou quaisquer dos direitos da personalidade” (SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 199).

⁶¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; TRAUTWEIN, José Roberto Della Tonia. O princípio da reparação integral e a “contraofensiva da culpabilidade”: revisitando a cláusula de redução equitativa da indenização. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 78, abr./jun. 2020

⁶² FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 15ª edição. Grupo GEN. 2011. p. 145

⁶³ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano Moral: Critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. op. cit. p. 177-178

carismática fundamentação, mantém condenações em patamares diminutos, a fim de evitar o “enriquecimento” da vítima⁶⁴. Observa Ragner Limongeli Vianna:

“No entanto, mesmo reconhecido o ilícito e o motivo vil (pois que a lesão é dolosa e o interesse exclusivo do infrator é o lucro a ser obtido, conscientemente, com a violação da dignidade alheia), as decisões judiciais inspiradas pelo equivocado “receio do enriquecimento sem causa” ou de “evitar a indústria do dano moral”, embora de forma expressa condenem a prática delituosa, censurem e reprovem com veemência tanto atos específicos praticados nos casos concretos como sua prática genérica e indiscriminada sem qualquer cuidado e respeito sérios, na parte dispositiva acabam por condenar o infrator em quantia inexoravelmente irrisória.”⁶⁵

O problema de dar destaque à necessidade de que o dano moral não seja fonte de lucro é que o conceito é perigosa e indefectivelmente vago, turvo, pelo fato de que os danos morais têm, justamente, a peculiaridade de não possuírem equivalência com o patrimônio. Qual

⁶⁴ Os exemplos na jurisprudência, certamente familiares a quem atua no cotidiano forense, são fartos. Cite-se caso de relatoria do Desembargador Dimas Rubens Fonseca, antigo presidente da Seção de Direito Privado do TJSP, a respeito de um call center que, em uma “abordagem incisiva”, dando parcas informações, em uma acelerada conversa telefônica de 2 minutos, “contratou” com idosa um seguro de vida e passou a realizar descontos em conta bancária destinada ao recebimento de seu benefício previdenciário. Foi reconhecido o dano moral e sua função punitiva, mas arbitrada indenização de R\$ 3.000,00. Nas palavras do acórdão:

“Certo o dever de indenizar, no que concerne ao quantum, de se observar que a indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha constituir enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação (...).

.Neste sentido, mantém-se o quantum de R\$3.000,00 (três mil reais), por se afigurar condizente com as atribuições impostas à autora, sem se olvidar o caráter repressivo e pedagógico próprio da indenização por dano moral.” (TJSP; Apelação Cível 1000402-29.2022.8.26.0411; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 11/08/2022)

Ainda:

“Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos materiais e morais e pedido de tutela antecipada” (sic). Contrato de empréstimo consignado não solicitado. (...) Dano moral caracterizado, posto que presumível na situação em tela. Indenização fixada em R\$ 5.000,00 que, entretanto, enseja redução para R\$ 2.000,00, em sintonia com a norma do Art. 944, caput, do CC e com os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação do locupletamento ilícito (Art. 884, CC), estando dentro dos parâmetros adotados por esta C. 24ª Câmara. Valor suficiente para compensar os dissabores sofridos, permanecendo na condenação o teor educativo que se busca, a fim de forçar os prestadores de serviços a exercerem seu múnus com acuidade. (...). (TJSP; Apelação Cível 1011576-76.2021.8.26.0344; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/11/2022; Data de Registro: 01/11/2022)

“AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. DESCONTO DE PARCELAS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DANOS MATERIAIS DEVOUÇÃO EM DOBRO. DANOS MORAIS. QUANTUM (...). (...) Dano moral caracterizado - Ainda que não haja prova do prejuízo, o dano moral puro é presumível. Indenização devida, devendo ser fixada com base em critérios legais e doutrinários. Indenização reduzida para R\$2.000,00, ante as peculiaridades do caso, quantia suficiente para indenizar a autora e, ao mesmo tempo, coibir o réu de atitudes semelhantes” (TJSP; Apelação Cível 1003688-58.2021.8.26.0408; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ourinhos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/09/2022; Data de Registro: 15/09/2022).

Tais valores de R\$ 2 mil, 3 mil, não cumprem a propalada função punitiva do dano moral, refletindo-se no patrimônio do lesante, a fim de que seja desestimulado. Tratar-se-á melhor adiante, mas é evidente que, se nos poucos casos que chegam à justiça, as indenizações são fixadas em 3 mil reais, que mal cobrem os custos para acessar o judiciário, encaixar-se-ão como luvas no cálculo atuarial das empresas que fazem as contratações abusivas, que continuarão dando mais lucro do que prejuízo; é antes um conto dizer, nestas circunstâncias, que a indenização por danos morais deve ser suficiente a inibir a reincidência da conduta.

⁶⁵ VIANNA, Ragner Limongeli. opt. cit. 2008. p. 451

indenização por dano moral constituiria *lucro*, enriquecimento *sem causa*, para alguém que ficou tetraplégico? Ou que foi assediado ou perdeu um familiar?⁶⁶

Nas palavras de Aguiar Dias, "(...) a maior dificuldade do dano moral é precisamente o fato de não encontrar correspondência no critério valorativo patrimonial"⁶⁷.

Tanto é uma das maiores e mais complexas dificuldades, que foi uma das mais antigas e populares objeções à reparabilidade do dano moral. Expõe Rosalice Fidalgo Pinheiro e José Roberto Della Tonia Trautwein:

“A exigência de equivalência entre o dano e a reparação suscita dificuldades quando está em jogo o dano extrapatrimonial. Considerando-se que sua reparação não é mera fórmula matemática, delineia-se uma das principais objeções ao princípio da reparação integral no Direito francês. Citando Viney, Sanseverino (2010, p. 78) assevera que o princípio perde todo seu significado diante de dano extrapatrimonial, uma vez que ele não tem conteúdo econômico.”⁶⁸

Tendo isto em vista, após extensos debates, que continuam em menor medida até hoje, a forma consagrada de reparação dos danos morais, majoritariamente reconhecida como necessária, foi o arbitramento da indenização pelo magistrado com plena liberdade de limites previamente estipulados ou qualquer sistema de tariffação⁶⁹.

⁶⁶ Parece-nos insistência no que Wilson Melo da Silva considerou uma das maiores dificuldades à aceitação da ampla reparabilidade dos danos morais: o vexo centenário, no direito, voltado aos danos materiais e ao estabelecimento de equivalência econômica entre dano e reparação. Anota, neste sentido, o Desembargador Osny Claro de Oliveira Junior: “Com efeito, diz-se que o valor da indenização por danos morais não pode ser superior ao valor correspondente ao efetivo dano, dado o caráter unicamente compensatório que se deve emprestar-lhe. Por esta peculiar formulação, somente poderia ocorrer condenação à indenização por danos morais quando ocorresse um dano material oriundo do mesmo fato ou fatos, não podendo o montante pecuniário daquela suplantar o valor deste.

À parte o estudo da lógica pura e a análise da correção do raciocínio empregado, que são tarefas dos lógicos, é trabalho do jurista averiguar a veracidade das premissas quando postas em termos jurídicos. E nesse passo se constata desde logo a fragilidade dos argumentos acima referidos, porque a indenização por danos morais independe da ocorrência de danos materiais, assim ocorrendo nas hipóteses do chamado *dano moral puro*.” (JUNIOR. Osny Claro de Oliveira. Judiciário pune adequadamente quem ofende honra alheia. Revista Consultor Jurídico. 2002. p. 3)

⁶⁷ DIAS. José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, v. I e II, Forense, 10ª edição, 1995, p. 730.

⁶⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; TRAUTWEIN, José Roberto Della Tonia. opt. cit. p. 79.

⁶⁹ É uma atividade intrinsecamente humana. Ainda que leve até hoje a extensas discussões, o entendimento prevalente formou-se no sentido de que a impossibilidade de uma uniformização das indenizações decorre do próprio fundamento do instituto, a Dignidade da Pessoa Humana: os danos morais são por natureza heterogêneos, cada pessoa e caso concreto possuem particularidades, não cabendo à Lei limitar a reparação destes danos em tariffações. A lesão, seja um inadimplemento, uma fraude bancária, a perda de um familiar, pode impingir danos radicalmente distintos, a depender das circunstâncias específicas do caso concreto, de modo que limitar a indenização seria cercear o direito de ação e deixar de lado a plena reparação dos danos morais, em atentado à Constituição Federal.

Anota Humberto Theodoro Jr.: “(...) Em se tratando, porém, de fato necessariamente solucionável pelos critérios da equidade e da razoabilidade, é, à evidência, inviável o estabelecimento de qualquer tabela de ressarcimento. Foi, por isso, que o STJ acabou por impedir até mesmo o recurso a certas tabelas de indenização estabelecidas em legislação especial, como, v.g., a Lei de Imprensa: “a indenização por dano moral não está sujeita à tariffação

Pesa sobre os magistrados, assim, a difícil, humana e excepcionalmente livre tarefa do arbitramento das indenizações por danos morais⁷⁰. Observa Maria Celina Bodin de Moraes:

“(…) este é também o campo em que a arbitrariedade judicial se mostra mais desenvolvida. O magistrado, na prática, recebe um cheque em branco, para decidir o que bem entender: ele *personifica* o dano bem como sua valoração e não se exige – nem se espera – que motive, do ponto de vista da racionalidade ou da quantificação, a sua decisão.”⁷¹

(…) Este, o estado da arte sobre tema que se apresenta, indubitavelmente, como irracional e confuso em cada um de seus aspectos: conceito, função e valoração. Trata-se de um sistema de justiça intuitiva, sem qualquer possibilidade de sistematização racional. Um típico exemplo de *Khadi justice*, isto é, como descrito por Weber, um regime jurídico altamente particularista no qual um resultado não precisa – e nem tampouco permite – prever nenhum outro.”⁷²

Nestas circunstâncias, tratando-se de um instituto ontologicamente existencial (Anderson Schreiber, 2012, p. 192)⁷³, asseverar que a indenização, fixada em juízo, não pode constituir enriquecimento sem causa, soa a princípio uma diretriz ampla, pouco fecunda, uma forma de referir à necessidade de bom senso, de evitar indenizações que extrapolem a realidade social ou que provoquem na vítima e nos demais a impressão de que sofrer o dano “valeu a pena”, de que o ofendido saiu no “lucro” (ressalte-se aqui a linha tênue, o terreno cinzento entre o que para alguns seria enriquecimento sem causa e o *bem-estar* esperado da vítima, proporcionado por reparação correspondente ao dano, que afinal é objetivo da indenização).

prevista na Lei de Imprensa” (Súmula n. 281/STJ). É, outrossim, de relembrar que a Lei de Imprensa foi, afinal, considerada pelo STF como revogada, por não ter sido recepcionada pela Constituição de 1988” (JUNIOR, Humberto Theodoro. Dano Moral. 8ª edição. Grupo GEN. 2016. p. 45)

⁷⁰ Diz, neste sentido, Agostinho Alvim: “As dificuldades que os Juizes encontram para decidir sem uma fórmula e a repugnância louvável de lançar mão do arbítrio, constituem a causa principal dessa relutância dos tribunais” (ALVIM. Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências. 5ª edição. São Paulo. Saraiva. 1980. p. 224)

⁷¹ Para evitar o que comenta a Autora, sobre decisões que fazem transcrições de doutrina e jurisprudência (que serviriam a fundamentar qualquer outra decisão), para depois singelamente dizer o valor considerado razoável perante as circunstâncias do caso, o STJ passou a incentivar a adoção do “método bifásico” nas decisões, que não chega a resolver a problemática, mas mitiga uma posição de oráculo, juiz de paz, difícil de escapar em se tratando dos danos morais.

Explica o método o REsp nº 1.152.541/RS: “5. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.

6. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.” (REsp n. 1.152.541/RS, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13/9/2011, DJe de 21/9/2011.)

⁷² MORAES. Maria Celina Bodin de. Conceito, função e quantificação do dano moral. Revista IBERC. Minas Gerais. v. 1. n. 1. nov.-fev./2019. p. 2 e 7

⁷³ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 192

Se tornou comum na jurisprudência a afirmação de que a indenização por dano moral elevada provocaria *enriquecimento ilícito/indevido* da vítima⁷⁴. Ora, até chegar ao valor final da indenização ter-se-á percorrido todo o caminho do devido processo legal, com a obtenção de quantum indenizatório chancelado pelo Poder Judiciário, de modo que constituiria um contrassenso considerar que houve enriquecimento ilícito da vítima (Osny Claro de Oliveira Junior, 2002, p. 2).⁷⁵

A preocupação com o *enriquecimento* não ficou restrita à máxima de repelir o enriquecimento sem causa, o que – naturalmente – fariam as instâncias superiores, se provocadas a decidir. A expressão extrapolou os mencionados conceitos jurídicos para assumir significados um tanto criativos, impertinentes ao instituto: a indenização por dano moral não poderia consolidar *fonte de enriquecimento, mudança de padrão econômico, melhores condições de vida* à vítima.

Vasto o emprego destas expressões em doutrina e jurisprudência, como critério para contrabalancear o arbitramento, reduzindo as indenizações. Já se via comentar em trecho de Decisão do Supremo Tribunal Federal em 1914:

“A necessidade jurídica de ressarcir essa espécie de ofensas à pessoa singular é geralmente admitida no atual estado do direito”, tanto que ‘A jurisprudência dos mais abalizados tribunais contemporâneos tem consagrado o direito à indenização por danos puramente morais’, acabando por concluir, no tocante à dificuldade atinente à fixação da indenização, com o seguinte, que, de certa forma, vai ao encontro do acima referido, quanto ao fundamento da indenização por dano moral: ‘O juiz tem um poder discricionário para determinar a indenização que deve ser, sempre, atendendo-se às considerações individuais, uma justa compensação do prejuízo sofrido, e não uma fonte de enriquecimento.’”⁷⁶

Cite-se, neste sentido, Antônio Jeová Santos:

“A reparação de um dano moral, seja qual for a espécie, não deve significar uma mudança de vida para a vítima ou para a sua família. Uma fonte de enriquecimento surgida da indenização. O dano moral não pode servir a que vítimas ou pseudovítimas vejam sempre a possibilidade de ganhar um dinheiro a mais, enriquecendo-se diante de qualquer abespinhamento.”⁷⁷

⁷⁴ “(...) O critério que vem sendo adotado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo, contudo, o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades e aos fatos de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.” (REsp n.º 1.133.386/RS. Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Quarta Turma. J. 17-06-2010).

⁷⁵ JUNIOR. Osny Claro de Oliveira. opt. cit. p. 2.

⁷⁶ Revista dos Tribunais, Ano III, São Paulo, vol. XI, nº 1, os. 35 e seguintes, nº 1.723

⁷⁷ SANTOS, Antônio Jeová. opt. cit. p. 204.

E Giovanni Ettore Nanni:

“(…) na ausência de parâmetros para pautar a atuação do julgador na fixação dos danos extrapatrimoniais, não se admitem indenizações muito elevadas, sob pena de tipificar um enriquecimento sem causa.

(…) A verba ressarcitória não é uma forma de enriquecer o lesado, razão pela qual não pode servir de meio para mudança de padrão econômico de vida, sob pena de gerar um enriquecimento sem causa.”⁷⁸

A raiz da preocupação, o enriquecimento sem causa, é expressão com significado jurídico preciso: ganho patrimonial sem razão jurídica. Não importa se a indenização é elevada⁷⁹, diminuta ou inexistente, o que importa é se é justa, correspondente ao dano (Ragner Limongeli Vianna, 2008, p. 450)⁸⁰. O enriquecimento sem causa é vedado, mesmo que em quantia simbólica, como ensina Ragner Limongeli Vianna:

“Não se trata de tornar uma pessoa rica. Basta que se lhe acrescente patrimônio indevidamente. Este é o significado da expressão e somente com tal conceito preciso é que pode ser compreendido e aplicado.

(…) Portanto não é o valor elevado, mas o valor mal arbitrado, que poderá ensejar injustiça. Forçoso é reconhecer, pois, que injustiça ocorrerá tanto se a indenização for arbitrada acima como se for arbitrada abaixo do valor apropriado para as circunstâncias.”⁸¹

Assim, expressões como “fonte de enriquecimento” ou “mudança de padrão econômico”, que não indicam absolutamente nenhuma ilicitude, não guardam nexos jurídicos com a reparação de danos: a preocupação jurídica é de evitar o enriquecimento sem causa, não o mero “enriquecimento”. Tais conceitos parecem antes ter por fim restringir as indenizações a um teto simbólico e pouco claro, que não permita as mencionadas alterações “significativas” na vida da vítima.

Como já dito, a indenização por dano moral levará, por sua própria essência, a um indefectível enriquecimento, um aumento patrimonial à vítima. Já foi assentado, ademais, que o dano moral é causa jurídica de indenização, havendo com a reparação plena do dano um

⁷⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva 2012 - Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo. p. 374 e 385.

⁷⁹ “Evidentemente, não haverá de ser tão alta e despropositada que atue como fonte de enriquecimento injustificado da vítima ou causa de ruína do ofensor, nem poderá ser inexpressiva a ponto de não atingir o objetivo colimado, de retribuição do mal causado pela ofensa, com o mal da pena, de modo a desestimular o autor da ofensa e impedir que ele volte a lesar outras pessoas. Deve-se sempre levar em consideração a máxima indenizar sem enriquecer. (Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 1.733-1.734).” (TJSC – Apelação Cível n. 0014805-26.2012.8.24.0023. Quarta Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Joel Figueira Júnior. Data do julgamento: 20.10.2016)

⁸⁰ VIANNA. Ragner Limongeli. opt. cit.

⁸¹ VIANNA. Ragner Limongeli. opt. cit. p. 450.

enriquecimento com causa jurídica. O que se quer dizer, pois, com a afirmação de que o dano moral não deve ser “fonte de enriquecimento”?

As novas expressões, supramencionadas, carregam intolerável vagueza⁸². Poderiam ser entendidas, por exemplo, como uma forma de evitar indenizações milionárias, por danos morais não tão graves, como as que ficaram notórias em alguns precedentes norte-americanos, mais próximas de mudar a vida de alguém.

Mas não parece ser este o significado geralmente empregado às expressões, afinal, se assim fosse, não faria sentido serem frequentemente mencionadas em decisões que diminuem indenizações por danos morais de poucas dezenas de milhares de reais ou mesmo em montantes bem menores⁸³.

Depois, fosse este o caso, ter-se-ia um receio verdadeiramente infundado, sobre um fenômeno que peremptoriamente inexistente no Brasil⁸⁴.

⁸² Sobre a importância da linguagem, atesta Hannah Arendt que “Sempre que a relevância do discurso entra em jogo, a questão torna-se política por definição, pois é o discurso que faz do homem um ser político. E tudo que os homens fazem, sabem ou experimentam só tem sentido na medida em que pode ser discutido. (...) homens que vivem e se movem e agem neste mundo, só podem experimentar o significado das coisas por poderem falar e ser inteligíveis entre si e consigo mesmos.” (ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007. p. 12)

⁸³ A título de exemplo, a 26ª Câmara Cível do Rio de Janeiro, considerando que a indenização deveria ser “simbólica”, e não “fonte de enriquecimento”, abaixou danos morais fixados no primeiro grau em R\$ 25 mil para R\$ 10 mil, devidos em razão de a autora ter ficado com hematoma em seu braço e feridas de longa extensão na perna, suturadas com 10 pontos, em razão de um acidente de ônibus. Diz o acórdão: “No que se refere ao valor a ser arbitrado para compensar o dano moral, a jurisprudência deste Tribunal tem assentado o entendimento de que ao Juiz compete estimar o *quantum* da indenização, adotando os critérios da prudência e do bom senso, levando-se em consideração que a quantia representa um valor simbólico.

O valor fixado para a indenização por danos morais não pode se desvirtuar dos seus objetivos. Por um lado, deve representar sanção pela prática de ato ilícito, e, por outro, há de se configurar uma satisfação moral para a vítima, sem que se transforme em fonte de enriquecimento.

Nesse cenário, reputa-se que a indenização arbitrada pelo Juízo em primeiro grau, a título de danos morais, merece ser reduzida para o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)(...).” (0071341-79.2014.8.19.0038 - APELAÇÃO. Des(a). WILSON DO NASCIMENTO REIS - Julgamento: 15/09/2022 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL)

⁸⁴ Aponta Anderson Schreiber, neste sentido, que, no Brasil, “na maior parte dos casos, o resultado das ações de danos morais é antes frustrante que efetivamente enriquecedor. Há, por certo, casos pontuais de reconhecimento de danos, por assim dizer, imaginários, ou de atribuição de indenizações exageradamente elevadas, mas nem estas duas hipóteses se combinam com frequência, nem o percentual destes julgados em relação à grande massa das condenações pode ser considerado alarmante.” (SCHREIBER, Anderson. *opt. cit.*, p. 192)

Aponta também o Desembargador Osny Claro de Oliveira Junior: “Entretanto, para justificar a teoria do “dano moral imoral”, recorre-se sempre a casos pontuais e extravagantes, e que correspondem a uma pequena parte restrita às exceções diante de uma avassaladora maioria, sem considerar os inúmeros pedidos que são julgados improcedentes, justamente porque os fatos da causa não ensejaram qualquer dano moral significativo a ponto de permitir a condenação.

Embora se fale em indenizações milionárias, não se apresenta para conhecimento amplo e prova cabal da dita “indústria milionária” sequer o exemplo de um brasileiro que, aquinhoado com tão vultosa indenização por danos

Não são comuns na jurisprudência pátria indenizações por danos morais que superam 300 mil reais (patamar geralmente restrito a danos especialmente graves, com irreparável impacto na vida da vítima⁸⁵). O Tribunal de Justiça de São Paulo tem arbitrado em torno de 100 mil reais indenizações por morte de genitor em acidente de trânsito⁸⁶, sendo comuns decisões que arbitram em valores menores.

Um dos raríssimos casos em que houve condenação à indenização milionária no Brasil foi o de Marcos Mariano da Silva contra o Estado, por ter sido preso injustamente por 13 anos, em razão de ter o mesmo nome de um homem que cometeu homicídio.⁸⁷

Durante os 13 anos na prisão, sem direito à defesa, esquecido no cárcere sem condenação em pena privativa de liberdade ou medida que a justificasse, Marcos, antes casado

morais, tenha largado o seu barraco na favela e mudado de mala e cuia para os bairros chiques, deixando aquela vidinha dura de antes para tornar-se um marajá de pijama.

Não nos esqueçamos de que entre os maiores pagadores de indenizações por danos morais estão as instituições financeiras, que ainda assim reiteram as práticas lesivas, porque as indenizações pagas a despeito de serem consideradas por alguns altíssimas e até mesmo milionárias, não teriam atingido o seu objetivo desestimulador.” (JUNIOR. Osny Claro de Oliveira. opt. cit. p. 2)

⁸⁵ Exemplo é o REsp nº 1.171.826/RS: por falha na prestação de serviços da concessionária, mãe e filha morreram por choque em razão da queda de fio elétrico. A Corte de origem havia arbitrado o valor módico de R\$ 57.000,00 para cada familiar, no caso o cônjuge e pai das vítimas e o filho e irmão. O STJ majorou as indenizações para R\$ 279.000,00 para cada ofendido. (REsp n. 1.171.826/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/5/2011, DJe de 27/5/2011).

Ainda, o REsp 1.189.465: “(...) 5. A fixação do valor do dano moral sofrido pelo autor, que ficou paraplégico e se viu condenado a permanecer indefinidamente em uma cadeira de rodas, no montante de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) encontra-se em dissonância com as balizas desta Corte para casos análogos.

7. Recurso especial parcialmente provido para majorar o quantum indenizatório para R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).”

(REsp n. 1.189.465/SC, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/10/2010, DJe de 9/11/2010.)”.

Em acórdão do TJSP a indenização à queda de passageira de ônibus que lhe resultou estado tetraplégico permanente e irreversível foi de R\$ 100.000,00. (TJSP; Apelação Cível 0022736-80.2011.8.26.0566; Relator (a): José Reynaldo; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 10/03/2014; Data de Registro: 10/03/2014). Em outro processo em que a vítima ficou tetraplégica em razão de acidente de trânsito, os danos morais foram arbitrados em R\$ 88.000,00. (TJSP; Apelação Cível 0006201-13.2011.8.26.0296; Relator (a): Luiz Eurico; Órgão Julgador: 38ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Jaguariúna - 2ª Vara; Data do Julgamento: 13/03/2018; Data de Registro: 13/03/2018).

⁸⁶ Para citar alguns: Processo nº 00051371920068260271 - R\$ 100.000,00 - 26ª Câmara; Processo nº 10204332320158260506 - R\$ 100.000,00 - 27ª Câmara; Processo nº 10067308920158260032 - R\$ 100.000,00 - 36ª Câmara; Processo nº 02054042520128260100 - R\$ 100.000,00 - 35ª Câmara; Processo nº 10104547720178260664 - R\$ 80.000,00 - 25ª Câmara; Processo nº 10006034420158260030 - R\$ 70.000,00 - 32ª Câmara; Processo nº 10425008620188260114 - R\$ 100.000,00 - 33ª Câmara; Processo nº 100002468620188260118 - R\$ 100.000,00 - 31ª Câmara; Processo nº 10027775320178260451 - R\$ 103.900,00 - 33ª Câmara; Processo nº 1041443-24.2018.8.26.0602 - R\$ 150.000,00 - 29ª Câmara; Processo nº 100897823.2017.8.26.0302 - R\$ 50.000,00 - 36ª Câmara; Processo nº 1003997-77.2018.8.26.0572 - R\$ 150.000,00 - 34ª Câmara.

⁸⁷ Recurso Especial nº 802.435/PE. O caso chegou a ser veiculado em algumas notícias e artigos.

e com filhos, foi deixado pela esposa, contraiu tuberculose e ficou cego dos dois olhos, em razão da explosão de uma granada em uma rebelião. A indenização por danos morais contra o Estado brasileiro foi fixada, pelo juízo de primeiro grau, em R\$ 240.000,00.

Seria justa esta reparação? Correspondente ao dano, considerando a gravidade e extensão da lesão, a conduta e a posição do ofensor? Serviria, afinal, para cumprir a função compensatória à vítima e inibir a conduta pelo ofensor?

O Tribunal de Pernambuco reformou a sentença, em decisão mantida pelo STJ no Resp nº 802.435/PE, para condenar o estado a pagar a indenização de R\$ 1.844.000,00.

Não se desconsidera aqui que indenização nenhuma, nem bilionária, faria a vítima recuperar o que perdeu. O que se critica são indenizações notoria e propositadamente baixas, que deixam de reparar integralmente o dano, geralmente com a ideia de nivelar indenizações por danos morais em patamares de não “enriquecimento”, o que só tem a gerar, não conter, o enriquecimento *sem causa* (por parte do ofensor)⁸⁸.

Confunde-se a melhoria na vida da vítima, correspondente ao dano (que é afinal o objetivo da indenização), com o temido *enriquecimento*⁸⁹, que, desvinculado de conceitos jurídicos, vira uma ampla diretriz, cujo efeito claro e perigoso é manter as indenizações em níveis baixos, “simbólicos”, por supostamente não poderem os danos morais, pela sua própria natureza, ser *fonte* de um valor pecuniário expressivo⁹⁰. Critica o Desembargador Osny Claro de Oliveira Junior:

“(…) Fala-se também em enriquecimento *sem causa* quando oriundo das indenizações por danos morais. Outra incorreção.

Veja-se: faltará causa somente quando o valor da indenização escapar ao que alguns convenciam como razoável ou assim ocorrerá quando não houver fato provado a justificar a indenização?

⁸⁸ Nas palavras de Ragner Limongeli Vianna: “(…) Se não houver dano, não pode haver condenação. Se os casos são irrelevantes ou revelam intenção ilegal de enriquecimento, aí sim, sem causa, a decisão judicial deve, reconhecendo a hipótese, ser pela improcedência da ação. O que não se compreende é que, provada a violação, provado o dano e reconhecidos ambos pela sentença judicial, a indenização seja reduzida, módica.” (opt. cit. p. 454/455)

⁸⁹ Neste sentido pontua o Desembargador Edson Nelson Ubaldó: “(…) Travam-se discussões, às vezes acirradas, em torno de cem ou duzentos salários. Confunde-se a pequena melhoria de vida da vítima, proporcionada pela indenização, com o temido enriquecimento sem causa – como se algumas poucas dezenas ou mesmo centenas de salários mínimos pudessem enriquecer alguém.” (opt. cit.)

⁹⁰ Diz Humberto Theodoro Junior: “se o dano moral não é de fácil dimensionamento no plano econômico, é certo que não pode servir de pretexto para enriquecimento da vítima, nem de ruína para o ofensor” (Dano Moral, 8ª edição, Grupo GEN, 2016, p. 71/72)

Na primeira hipótese, parte-se de premissas falsas para chegar à conclusão desejada, mas não menos falsa, e que é assim resumida: *uma indenização por danos morais só seria legítima quando baixo o seu montante e fosse, no máximo, equivalente ao valor do dano material sofrido. Além disso, seria mesmo imoral pleitear e obter indenização por danos morais.*

Ora, o dano moral pode ocorrer sem que tenha corrido qualquer dano material. Ademais, o termo "moral", nesse campo do direito, antes de designar propriamente um dado comportamental afeito aos bons costumes, quer significar um dano não-material, por contraposição ao dano material.”⁹¹

Visível tratar-se de reedição, agora no âmbito da quantificação da indenização, das discussões e receios anteriores, sobre a incompatibilidade entre dor e dinheiro, sobre a imoralidade e o perigo do “enriquecimento” decorrente de indenização por danos morais⁹². Conclui o Professor Ragner Limongeli Vianna:

“No plano prático, entretanto, volta sob a forma da discussão sobre o valor da indenização e sua conseqüente efetividade. A questão é a mesma: a ausência de equivalência entre ‘valor econômico’ e ‘dor’. Os argumentos são os mesmos: não se pode atribuir uma satisfação à vítima. A vítima não pode sentir-se ‘bem’. Já é conhecida a forma cínica de revelar-se tal receio: não pode a indenização gerar na ‘vítima’ uma sensação de que gostaria de sofrer (receber) ‘uns três danos desses por ano, pois nem precisaria mais trabalhar’.”⁹³

Ora, a indenização tem a função de causar exatamente um bem-estar; não pela condenação em si, mas em razão do que seu montante pode oferecer à vítima. Não se apercebem, os partidários da ‘preocupação com o enriquecimento’, que rediscutem matéria já superada nos planos filosófico e jurídico-positivo.

Aceita-se, por disposição constitucional expressa, que indenização deve haver, mas, ‘que seja mitigada, reduzida, simbólica, para que não seja imoral ou fonte de enriquecimento’.

Já se disse que meia justiça não é justiça; indenização pela metade implica não indenizar.”⁹⁴

Sendo os bens morais pertencentes a todos os seres humanos e incompatíveis com bens materiais, defende-se que não poderia eventual dano servir de fundamento para que uma pessoa “enriqueça”, receba de indenização, por um dano materialmente inexpressivo, mais do que ganharia em vários meses ou anos de seu trabalho⁹⁵. Permanece a concepção de que há nisso

⁹¹ JUNIOR. Osny Claro de Oliveira. opt. cit. p. 2

⁹² O STF, em 1948, pontuava, citando Clóvis Beviláqua: “(...) o dano moral, nem sempre, é resarcível, não somente por se não poder dar-lhe valor econômico, por se não poder apreça-lo em dinheiro, como, ainda, porque essa insuficiência dos nossos recursos abre a porta a especulações desonestas, acobertadas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos.” (STF, 2ª Turma, RE nº 12.039/AL, Rel. Min. Lafayette de Andrada, j. 6/8/1948)

⁹³ Nas palavras do Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes deve-se evitar “possibilitar lucro fácil ou reduzir a reparação a valor irrisório” (TAMG - AC 385.825-7 - (71530) - 7ª C. Cível - Relator - julgamento em 22/05/2003).

⁹⁴ Obra já citada, p. 446

⁹⁵ Um bom exemplo é o REsp nº 214.053/SP. No interior de uma igreja, a autora da aludida ação foi abordada por um funcionário do supermercado que frequentava, acompanhado de policiais militares, e acusada de ladra, mais especificamente de usar cheques furtados para pagamento das despesas no mercado. Foi criado um tumulto,

uma imoral “alquimia”, que só tem a atingir – pelas mãos do judiciário – a ordem da economia, além de incentivar a judicialização dos conflitos, transformando a reparação de danos em uma *indústria*.

A conclusão da longa discussão quanto à reparabilidade dos danos morais e a finalidade da indenização acaba distorcida: a indenização deveria ser, justamente, fonte de uma alegria *correspondente* ao dano moral, que o reparasse o máximo possível. No entanto, passa-se a entender que, não tendo o condão de levar às partes ao Status quo ante, nem devendo enriquecer a vítima, a indenização deve ser uma quantia *simbólica*, restrita a um patamar diminuto.⁹⁶

Reconhecido o dano moral, não faz sentido indenizá-lo pela metade.⁹⁷ É trair o norte contemporâneo da Responsabilidade Civil, que preza pela integral reparação do dano injustamente impingido à vítima e pelo reestabelecimento do equilíbrio social.

atraindo a atenção dos fiéis presentes no culto religioso. Depois de um tempo, verificou-se que o funcionário do mercado estava errado.

O Tribunal estadual fixou a indenização em alto valor, de R\$ 50 mil, mas o STJ reduziu a indenização para R\$ 5 mil, asseverando, na fundamentação, para além da mais arrazoada ponderação da condição financeira do ofensor, o fato de que a autora era empregada doméstica e a indenização não deveria constituir um prêmio indevido:

“CIVIL. DANO MORAL. QUANTIFICAÇÃO. (...) Recurso parcialmente conhecido e nessa parte provido.

(...) Nessa linha, observo que, conquanto tenha a recorrida sofrido o desconforto anunciado, a quantia fixada é desproporcional ao padrão econômico da recorrida e da recorrente, sendo quatro vezes superior à sua folha de pagamento e várias vezes mais o salário percebido pela recorrida no seu honrado labor de empregada doméstica. Esses elementos devem ser considerados pois não podem ser desprezadas as condições pessoais dos envolvidos, adequando-se o valor indenizatório à situação de cada um deles, conjugadamente, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que a indenização não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado.” (REsp n. 214.053/SP, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 5/12/2000, DJ de 19/3/2001, p. 113.)

⁹⁶ “A reparação será sempre, sem nenhuma dúvida, inferior ao prejuízo experimentado, mas, de outra parte, quem atribuisse demasiada importância a esta reparação de ordem inferior se mostraria mais preocupado com a idéia de lucro do que mesmo com a injúria às suas afeições; pareceria especular sobre sua dor e seria evidentemente chocante a condenação cuja cifra favorecesse tal coisa”. (DIAS. Aguiar. opt. cit. p. 740)

Compreende-se, no plano prático – pelo bom senso e funcionamento da justiça, que para ofensas graves, mas infelizmente recorrentes, como a perda de um genitor em acidente de trânsito, não podem ser fixadas indenizações milionárias, sem fim, o que seria incompatível com a vida social. Da mesma forma que algumas dezenas de milhares de reais não são reparação razoável por ter ceifado a vida de um pai de família, e a reparação de um dano não é um “prêmio” simbólico, que cuida principalmente de não *interferir* na vida econômica.

Ademais, na maioria dos casos, como é comum nos pertinentes ao direito do consumidor, consuma ser plenamente viável o arbitramento de valor que não deixe a vítima com a sensação de que houve “reparação de ordem inferior”.

⁹⁷ Bom exemplo do que se quer dizer com reconhecimento em valor simbólico é reformado pelo REsp nº 1.332.366/MS.

Em 2016, a quarta turma do STJ analisou a indenização a ser paga por um clube recreativo à família de uma criança que veio a falecer, após ter sido encontrada afogada por um dos banhistas, com possíveis sinais de violência sexual. O Tribunal estadual registrou a negligência do clube, a falta de funcionários, tanto para prevenir quanto para prover os primeiros socorros, que foram realizados por uma outra frequentadora do clube, sem os equipamentos necessários.

Em primeira instância, o pedido de indenização havia sido negado. Após recurso, o Tribunal reconheceu os danos morais, mas fixou a indenização, pela morte da filha e irmã, em R\$ 30 mil, a serem repartidos pelos três autores, a mãe e os dois irmãos da vítima, sendo R\$ 10 mil para cada um.

Com a indenização simbólica, causa-se um novo dano à vítima, desta vez por parte do estado juiz, como observa Ragner Limongeli Vianna:

“Há evidente desvio de enfoque, com influência direta e relevante na aplicação da justiça aos casos concretos. A consequência prática de referido posicionamento é precisamente o arbitramento de módicas quantias que não ensejam nem a satisfação do interesse legítimo da vítima, nem a punição do infrator a lhe desestimular a reincidência.

Mais, e pior, passa-se a entender que a condenação judicial deveria representar apenas um valor simbólico.

Nada mais aviltante da norma constitucional, que determina a indenização do dano moral e não uma condenação simbólica. É um grave equívoco pensar-se que a simples condenação de valor simbólico dá à vítima uma satisfação pelo reconhecimento da violação.

Não dá! Gera, ao contrário, profunda sensação de injustiça que agrava a angústia daquele que viu sua dignidade violada, agora duas vezes: uma pelo ato ilícito, outra pela ausência de condenação efetiva em seu benefício.”⁹⁸

Cite-se, ainda, trecho da obra de José Cretella Júnior, extraído do RE nº 222795:

"Se no próprio ressarcimento do dano material, em que o valor de uso e o valor de troca raramente coincidem, o ressarcimento nunca é perfeito, completo, integral, satisfatório do prisma do lesado, havendo sempre, por parte deste, a sensação de injustiça, como pretender que o dano moral seja ressarcido de modo total, completo, justo? E, se isto é praticamente impossível, pela natural dificuldade do cálculo, não se deve erigir tal barreira como argumento contrário à reparação total, ou pelo menos se faça tentativa sincera para a obtenção desse desideratum.”⁹⁹

Há vários outros graves problemas, de ordem prática, por vezes expressos nas decisões judiciais, por vezes não, que decorrem da preocupação excessiva com o dano moral não significar “fonte de enriquecimento”, “mudança de padrão econômico” da vítima.

Ocorre com frequência em casos de famílias que ajuízam ações indenizatórias, por exemplo, que o arbitramento do *quantum* devido a cada membro, para evitar o enriquecimento *da família*, seja reduzido a patamares irrisórios, pensando não individualmente nas vítimas, mas no valor total a ser pago ao núcleo familiar¹⁰⁰. Defende Humberto Theodoro Junior, tratando das ações indenizatórias por morte:

O STJ reformou o acórdão e fixou a indenização em 150 salários-mínimos para a mãe e 50 salários-mínimos para cada irmão.

⁹⁸ VIANNA. Ragner Limongeli. opt. cit. p. 449.

⁹⁹ JÚNIOR. José Cretella. Comentários a Constituição de 1988. Forense Universitária. vol. I. p. 260. Apud. RE nº 222795, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 08/04/2002, DJ 24-05-2002

¹⁰⁰ No Processo nº 0297996-89.2012.8.19.0001, da Vigésima Câmara Cível do Rio de Janeiro, cinco autores pleiteavam indenização pela morte de familiar, que foi atropelado na condição de pedestre. Fixou-se a indenização em R\$ 10.000,00 para cada um dos filhos e de R\$ 5.000,00 para os irmãos da vítima.

“Sempre nos pareceu que a indenização do dano moral não deve ser apurada de maneira diversa do que se passa com o dano material. Assim como o pensionamento se estipula em bloco para a família, também a indenização da dor moral deve ser única, e não repetida inúmeras vezes diante de cada parente que compareça em juízo em busca de igual reparação.

O complicado tema foi enfrentado pelo 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que chegou, a nosso ver, a uma solução bem razoável, diante de um quadro em que os irmãos da vítima pleitearam indenização depois que os pais e a filha já haviam sido reparados pela mesma lesão, em ação anterior. (...)

Em síntese, o aresto assentou que não é possível a repetição da ação indenizatória de dano moral por outros parentes da vítima, depois de já ter havido um ressarcimento à família, porque a indenização, na espécie, ‘tem cunho familiar’. Uma vez estipulada e paga, ‘não há que se falar em outra indenização por dano moral’, pelo mesmo evento danoso (RT 772/255).”¹⁰¹

Ora, não compreendemos como a indenização possa ter “cunho familiar”. A indenização é a reparação a que tem direito quem sofreu um dano moral injusto, em seu patrimônio ideal próprio. A “família” não é o sujeito de direitos.

A pensão é absolutamente distinta, trata-se um dano material: seria uma ficção, sem nexos, repetir a pensão “inúmeras vezes diante de cada parente”, afinal o *de cujus* contribuía para o sustento da família com uma só renda. O dano moral não é um só, não é um dano a um patrimônio ideal compartilhado pela família: atinge cada uma das vítimas, de modo próprio.¹⁰²

Não raro, ademais, são considerados os danos materiais impingidos à vítima no arbitramento dos danos morais, para evitar o *enriquecimento*. Comum o raciocínio de que se a vítima já está recebendo alta pensão, restituição em dobro etc., não deve receber expressiva indenização por dano moral. A noção volta a confundir conceitos: já foi peremptoriamente assentado que danos materiais e morais são distintos, cumuláveis com plena independência.

Um outro problema com a preocupação do enriquecimento, e o que mais salta aos olhos, a ser discutido no capítulo seguinte, trata do estranho componente classista que veio embutido

No tribunal paulista, no Processo nº 0007478-94.2011.8.26.0189, perante a 36ª Câmara, arbitrou-se a indenização por morte de genitor em R\$ 60.000,00 (R\$ 180.000,00 para os 3 filhos). No processo nº 0002655-80.2015.8.26.0369, perante a 29ª Câmara, arbitrou-se em R\$ 50.000,00 para viúva e R\$ 30.000,00 para cada uma das 3 filhas. No processo nº 1001562-56.2018.8.26.0338, perante a 34ª Câmara, arbitrou-se em R\$ 33.300,00 (R\$ 100.000,00 para os 3 autores). No processo nº 1002690-22.2014.8.26.0510, perante a 32ª Câmara, arbitrou-se em R\$ 50.000,00 (R\$ 200.000,00 para os 4 autores).

¹⁰¹ JUNIOR. Humberto Theodoro. opt. cit. p. 105.

¹⁰² Como já anteriormente abordado, é consequência lógica do fundamento do instituto, a Dignidade da Pessoa Humana. Diz Maria Celina Bodin de Moraes: "Cada perda e cada dano deverão ser avaliados separadamente, valorizados em relação à pessoa da vítima (pessoalmente, quase se poderia dizer), de modo que de nada servirá produzir uma tabela, por assim dizer fixa, de que hoje se procura não chamar de ‘preço da dor’. (...)" (Maria Celina Bodin. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar. 2003. p. 310)

nestes critérios, pintando de aceitável a consideração da condição financeira da vítima no arbitramento da indenização por danos morais.

IV. A CONSIDERAÇÃO DA "CONDIÇÃO ECONÔMICA" DA VÍTIMA NO ARBITRAMENTO E A CHAMADA INDÚSTRIA DOS DANOS MORAIS

A maioria da doutrina e jurisprudência pátrias assumiram a condição econômica da vítima¹⁰³ como um dos critérios objetivos a serem considerados no arbitramento do *quantum* indenizatório dos danos morais.

Passou-se a compreender que, se o dano moral não poderia ser fonte de enriquecimento da vítima, quem ganha um salário-mínimo por mês não deveria receber a mesma indenização que um rico, por um mesmo dano¹⁰⁴.

Causa certa perplexidade, mas é uma das conclusões que se extrai dos desvios conceituais anteriormente expostos: se a indenização por dano moral não deve significar *melhoria nas condições de vida* da vítima, um morador de rua, um pobre, um rico terão diferentes “tetos” para as indenizações.¹⁰⁵

R\$ 10 mil para um seria “lucro”, pois é *o que ganha em um ano de trabalho*, de modo que a “satisfação” proporcionada pela quantia seria muito maior do que a de um empresário,

¹⁰³ “(...) O critério que vem sendo adotado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo, contudo, o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades e aos fatos de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.” (REsp n.º 1.133.386/RS. Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Quarta Turma. J. 17-06-2010).

¹⁰⁴ Vê-se a preocupação com o enriquecimento, e a forma anteriormente comentada de ver a questão, em acórdão do TJSP: “Não divergem os doutrinadores, nem existe dúvida na jurisprudência, no sentido de que indenizações não devem servir ao enriquecimento da vítima, mas à compensação pelo que perdeu e deixou de ganhar. Dessa maneira, levando-se em consideração a intensidade dos danos ocasionados, a condição financeira da vítima e do ofensor, bem como o tempo em que perdurou o apontamento, a quantia de R\$5.000,00 reflete a situação descrita nos autos.” (TJSP; Apelação Cível 1000619-71.2019.8.26.0607; Relator (a): Mario de Oliveira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tabapuã - Vara Única; Data do Julgamento: 10/05/2022; Data de Registro: 10/05/2022)

¹⁰⁵ Diz o Desembargador Osny Claro de Oliveira Junior: “Assim, em termos práticos, deve-se considerar para a aferição do valor indenizatório a *condição econômica das partes* - evitando-se o enriquecimento indevido de um e o empobrecimento do outro - *a extensão do dano e o grau de culpa do ofensor (e até mesmo do ofendido)*.

(...) O que é salutar que se evite no âmbito das indenizações por danos morais, mormente diante da sua saudável proliferação, é o enriquecimento *desmedido e desproporcional* em relação às características e à dimensão da lesão em si mesma, é a condição do lesado, mas não *qualquer enriquecimento*.

Neste sentido, desmedido e indevido seria o acréscimo de um valor indenizatório que levasse a vítima a saltar de um patamar sócio-econômico para outro mais elevado, tornando remediado quem era pobre, rico quem era apenas remediado, e milionário quem era tão somente rico.” (opt. cit. p. 1)

que ganha cinco vezes este valor por mês, para quem a indenização seria insuficiente, indiferente, injusta!¹⁰⁶

Foi maciça a incorporação deste critério pela comunidade jurídica, dando forma a expressão “condição socioeconômica *das partes*”, que se repete sem maiores reflexões, sem a esperada perplexidade e objeção visceral à consideração, patentemente inconstitucional, da condição socioeconômica da vítima. Confira-se, neste sentido, precedentes recentes do TJSP:

“Não obstante, também é certo que devem ser considerados os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade para fixação do valor da indenização por danos morais e estéticos, a fim de se atender a sua função reparatória e punitiva, não podendo o dano representar procedimento de enriquecimento para aquele que se pretende indenizar, já que, dessa forma, haveria um desvirtuamento ilícito e inconstitucional do ordenamento jurídico atinente à responsabilidade civil.

E, na hipótese dos autos, o valor fixado a título de indenização, R\$ 50.000,00, revela-se muito elevado e irrazoável. Primeiro, porque não tem direito a tal indenização a pessoa jurídica, mas apenas a pessoa física do Coautor. Segundo, porque referido Coautor é pessoa pobre na acepção jurídica do termo, já que inclusive se beneficia da Justiça Gratuita nos presentes autos. Tal constatação não permite a fixação de patamar indenizatório elevado, sob pena de indevido enriquecimento sem causa da parte.”¹⁰⁷

“Indenização por danos materiais e morais. Tratamento odontológico realizado sem êxito. Recurso interposto, exclusivamente, com relação valor dos danos morais. Pretensa majoração sem suporte. Verba reparatória, fixada em R\$5.000,00, compatível com as peculiaridades da demanda. Importância que afasta o enriquecimento sem causa em relação à apelante, bem como tem finalidade pedagógica, para que a apelada não reitere no comportamento irregular. Danos materiais também foram objeto de indenização. Apelo desprovido.

(...) Em relação aos danos morais, fixados em R\$ 5.000,00, estes também se mostram condizentes, haja vista que a autora é beneficiária de gratuidade de justiça, de acordo com interlocutória de pág. 67, o que afasta enriquecimento sem causa a qualquer das partes, preservando a finalidade pedagógica para que a ré não reitere no procedimento inadequado.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ Há incontáveis casos. Arbitrou-se em R\$ 10 mil reais a indenização à um preso, em face do Estado, que sofreu lesões corporais graves por ter recebido facadas. Reconheceu-se que a cadeia, mais do que superlotada, não fiscalizava o ingresso de armas brancas, os policiais deixavam de recolher dos presos, como lhes cabia, as facas usadas na cozinha. Reconhecido o dano, ao arbitrar a indenização, asseverou-se que “(...) o valor da verba indenizatória deve ser mantido, eis que equitativo, sem exagero e, sobretudo, levando-se em conta a situação sócio-econômica do autor”. (TJSP; Apelação Cível 0004785-89.2010.8.26.0281; Relator (a): Castilho Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Itatiba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/08/2013; Data de Registro: 29/08/2013)

Em processo movido pelo ex-presidente Fernando Collor de Mello, foi concedida pelo STJ, no REsp. 1.120.971/RJ, indenização de 500 mil reais, por revista tê-lo chamado de “corrupto desvairado”. O Ministro Massami Uyeda observou em seu voto: “aqui da tribuna foi dito que não será isso que irá enriquecer o ofendido, que é uma pessoa bem sucedida” (REsp. 1.120.971/RJ, Terceira Turma, Relator Min. Sidnei Benetti, Julgado em 28.02.2012)

¹⁰⁷ TJSP; Apelação Cível 1000567-92.2018.8.26.0160; Relator (a): Berenice Marcondes Cesar; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Descalvado - 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/11/2022; Data de Registro: 24/11/2022

¹⁰⁸ TJSP; Apelação Cível 1015400-97.2018.8.26.0554; Relator (a): Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/11/2020; Data de Registro: 30/11/2020

Fácil constatar, observando a prática, que o critério atenta contra a Constituição Federal.

Consideremos, por exemplo, a hipótese de um acidente de trânsito, em que um caminhão descontrolado viesse a se chocar contra um veículo, provocando a morte de um famoso empresário, cuja família é dona de um grande conglomerado, e seu motorista.

Como explicar às famílias das vítimas que a justiça brasileira lhes concederá indenizações dramaticamente distintas? Como justificar que os filhos e esposa do motorista devem receber menos do que a outra família pela morte do respectivo pai e marido, pois se não teriam um *enriquecimento sem causa*?! Seria um argumento jurídico e razoável, a ser usado no tribunal pela empresa proprietária do caminhão, aduzir que a família do motorista deve receber indenizações menores do que a outra família recebeu, por serem pobres?

Se policiais militares espancaram ou injustamente prenderem alguém, pagar-se-á indenização menor se a vítima for pobre, morador de rua, do que se for morador de bairro nobre?

Parece-nos que aqui, envolto em paralogismos, passou como lógica jurídica uma verdadeira mistificação, a aviltar o senso contemporâneo de justiça, do *homem como fim em si mesmo*, a isonomia e demais princípios fundantes do dano moral, como a dignidade da pessoa humana e a reparação *integral do dano*.

Ao analisar a pertinência dos critérios objetivos aplicados no arbitramento do *quantum* indenizatório dos danos morais, é necessário voltar a atenção à finalidade da indenização. Observa o desembargador Osny Claro de Oliveira Junior, a respeito do arbitramento:

“Tal momento decisório, de suma importância nas causas desta espécie - justamente porque materializa a entrega efetiva da prestação jurisdicional reivindicada - enseja o primeiro ponto nodal a ser ultrapassado.

(...) É preciso adequar o julgamento aos objetivos a serem alcançados com a condenação, e adotar critério e modo de se atingir efetivamente tais desideratos.

A moderna noção de indenização por danos morais, quanto aos seus objetivos imediatos e reflexos, respectivamente, funda-se no binômio "valor de desestímulo" e "valor compensatório"¹⁰⁹

Entre os critérios mais aplicados, é possível citar “(...) i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor; ii) a situação econômica do ofensor; iii) a natureza, a gravidade e a

¹⁰⁹ JUNIOR. Osny Claro de Oliveira. O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro. Revista Jus Navigandi. Teresina. ano 7. n. 60. 1 nov. 2002. p. 2

repercussão da ofensa; iv) as condições econômicas da vítima; v) a intensidade de seu sofrimento.” (Maria Celina Bodin de Moraes, 2019, p. 7)¹¹⁰.

A consideração da culpa e da situação econômica do ofensor é plenamente lógica, se enquadra na função de desestímulo¹¹¹, e é defensável pelos princípios do nosso direito. Em alguns casos, dos chamados ilícitos lucrativos por exemplo, não se pode fechar os olhos para o poder econômico do ofensor, que dele se utiliza para achincalhar direitos alheios com a segurança da impunidade.

Para além disto, os outros critérios mencionados referem-se à extensão do dano, à finalidade compensatória da indenização; o único dos critérios referidos que não se coaduna com quaisquer das funções da indenização por dano moral, compensatória ou de desestímulo, é a análise da condição econômica da vítima.

Faz algum sentido pautar a indenização por um dano de natureza *moral*, valor que deve ser *correspondente ao dano*, reparando-o o máximo possível, de acordo com o *patrimônio* de quem o sofreu?! Para evitar o *enriquecimento* da vítima? De onde vem esta premissa? O que isto tem de juridicamente relevante na problemática?¹¹²

Reconhece-se a premissa, sim, de que os patrimônios ideais, os bens morais, são iguais a todos, sem distinção de qualquer natureza (é o que está estampado no caput do art. 5º da Constituição, que instituiu em seus incisos o dano moral¹¹³). O dano moral atinge bens *inatos*

¹¹⁰ MORAES. Maria Celina Bodin de. Conceito, função e quantificação do dano moral. Revista IBERC. Minas Gerais. v. 1. n. 1. nov.-fev./2019. p. 7

¹¹¹ E mesmo quando se refere a consideração da condição econômica do ofensor para não o levar à falência, a uma escravidão por dívida com a indenização, há preocupação jurídica com a dignidade humana, com atenção, que deve sempre permear a aplicação do direito, ao que é possível e esperado dentro de uma determinada realidade social. A indenização pelo dano moral, de qualquer modo, deve ser sempre correspondente ao dano impingido, e não drasticamente volúvel, a transmutar-se para se encaixar nas possibilidades do ofensor.

¹¹² Diz Ragner limongeli Vianna, tratando dos programas de “pegadinhas”, que, não sem razão, não costumam escolher “pessoas de grande capacidade econômica para exposição à escárnio público”:

“Uma mulher pobre que venha a ter sua saia levantada e suas partes íntimas expostas em horário nobre será indenizada por valor irrisório, mesmo sofrendo todo o tipo de humilhação entre seus vizinhos, amigos, colegas de trabalho e parentes.

Outra, que freqüente as colunas sociais, terá melhor sorte e será efetivamente reparada. Por quê?

Qual delas sofreu maior constrangimento? A conta bancária é capaz de responder a essa indagação?” (opt. cit. p. 461)

¹¹³ Neste sentido, aponta Ragner Limongeli Vianna: “A idéia de levar-se em consideração a situação econômica da vítima para a fixação da indenização por dano moral implica verdadeira e direta violação dos princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da solidariedade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana, criando sérias distorções no campo da reparação de danos e na sua aplicação social. (...) Nós realmente queremos aceitar que a dignidade de uma pessoa famosa ou milionária tenha mais valor do que a vida de um simples e desconhecido cidadão? Nosso ordenamento positivo permite uma tal valoração?

O que dizer da dor moral? A angústia de Bill Gates ou a do presidente da república é mais dolorosa do que a de qualquer outro cidadão brasileiro?

aos seres humanos, a vida, a honra, o amor, que definitivamente não guardam relação de proporcionalidade com os patrimônios das vítimas.

Dizê-lo, diminuindo indenizações conforme menor fosse o patrimônio, seria institucionalizar que a dignidade dos menos afortunados vale menos, ao arrepio de qualquer jurista, em violento atentado à Constituição Federal. Diz Sergio Cavalieri Filho:

“(...) Pois bem, logo no seu primeiro artigo, inciso III, a Constituição Federal consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.

(...) Na visão de Kant, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente. É uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais. (...)

(...) Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente.”¹¹⁴

Ora, se os danos são reconhecidamente iguais, só faria sentido considerar que deve haver discrepância nas reparações, em razão da condição econômica da vítima, se fosse compreendido que tal condição faz o mesmo *quantum* indenizatório *valer* mais ou menos, de modo a compensar mais o pobre do que o rico.

Assume-se equivocada relação entre a condição econômica da vítima e a função compensatória dos danos morais; como se uma pessoa pobre sentisse satisfação maior ao *receber* determinada quantia do que um rico¹¹⁵, o que justificaria, pelo instituto próprio da

Afinal, somos todos seres humanos ou os mais abastados são mais humanos do que os outros?” (opt. cit. p. 458/459)

De fato, ante a ordem imposta pela Constituição, o critério antes remete a ordenamentos jurídicos hoje tidos como arcaicos, em que a indenização para reis e pessoas com título de nobreza era imensamente maior que a dos demais.

¹¹⁴ FILHO. Sergio C. Programa de Responsabilidade Civil. 15ª edição. Grupo GEN. 2020. p. 128/130.

¹¹⁵ Observa Ragner Limongeli Vianna: “O fundamento jurídico, que tem sido aceito sem questionamento adequado, implica no seguinte raciocínio: o rico que perde o filho, por culpa de outrem, deve ser largamente indenizado, pois que está acostumado à boa vida, e para compensar sua dor tem o direito a bons psicólogos, a cruzeiros marítimos pelo mundo, a atividades culturais e sociais que lhe tragam algum alívio. No caso do “pobre”, este só tem direito a alguns míseros salários mínimos - aquele mesmo que tem que ser o menor possível para não quebrar a previdência social.” (opt. cit. p. 460)

compensação, incompatível com bens materiais e com o retorno ao *status quo ante*, a fixação de uma indenização *personalizada* à parte, subjetiva, a variar de acordo com suas condições econômicas¹¹⁶, não atingindo assim os antigos receios – que insistem em vincular os danos morais ao ganho desvinculado do trabalho, à especulação, ao – indefinido – “enriquecimento” da vítima¹¹⁷.

Defendendo o critério, expõe Humberto Theodoro Júnior:

“Impõe-se a rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, inclusive dentro da experiência registrada no direito comparado para evitar-se que as ações de reparação de dano moral se transformem em expedientes de extorsão ou de espertezas maliciosas e injustificáveis. As duas posições, sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, estarão sob análise, de maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro.

Assim, nunca poderá o juiz arbitrar a indenização do dano moral tomando como base tão somente o patrimônio do devedor. Sendo a dor moral insuscetível de uma equivalência com qualquer padrão financeiro, há uma universal recomendação, nos ensinamentos dos doutos e nos arestos dos tribunais, no sentido de que “o montante da indenização será fixado equitativamente pelo Tribunal” (Código Civil Português, art. 496, inciso 3). (...)

E, para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e equitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feito a partir de dois dados relevantes:

- a) o nível econômico do ofendido; e
- b) o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa.

Aplicando a mesma orientação, que se pode dizer universal nos pretórios, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais teve oportunidade de assentar em acórdão antigo:

“Para a fixação do quantum em indenização por danos morais, devem ser levados em conta a capacidade econômica do agente, seu grau de dolo ou culpa, a posição social ou política do ofendido, a prova da dor”. Mas tendo sempre presente a advertência do Superior Tribunal de Justiça: “é de repudiar-se a pretensão dos que postulam exorbitâncias inadmissíveis com arrimo no dano moral, que não tem por escopo favorecer o enriquecimento indevido”.

Em suma: a correta estimação da indenização por dano moral jamais poderá ser feita levando em conta apenas o potencial econômico da empresa demandada. É imperioso

¹¹⁶ Confira-se jurisprudência citada em acórdão do TJSP: “Indenização - Responsabilidade civil. Dano moral. Verba devida. Arbitramento. Juízo prudencial. Adequação à situação pessoal das partes. A indenização por dano moral é arbitrável mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa. Deve, por isso, adequar-se à condição pessoal das partes, por que não sirva de fonte de enriquecimento da vítima, nem agrave, sem proveito, a obrigação do ofensor. (JTJ-LEX 236/167).” (TJSP; Apelação Cível 1000889-54.2020.8.26.0480; Relator (a): Pedro Kodama; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Bernardes - Vara Única; Data do Julgamento: 18/05/2022; Data de Registro: 19/05/2022)

¹¹⁷ Dizia Rui Stoco: “O Brasil corre o risco de o instituto da responsabilidade civil por dano moral, tal como ocorre *aliunde*, banalizar-se e desmoralizar-se, por força dos desvios de enfoque, da ganância, das pretensões exageradas ou descabidas, do jogo de esperteza, do desregramento específico e do abandono aos princípios e preceitos de superdireito.” (STOCO. Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1729)

cotejar-se também a repercussão do ressarcimento sobre a situação social e patrimonial do ofendido, para que lhe seja proporcionada – como decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo – “Satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa”¹¹⁸

Nos parece desarrazoada a ideia de o judiciário pautar o valor da indenização de um dano moral considerando sua repercussão sobre a situação patrimonial da vítima, realizando operação de câmbio (como se o real valesse menos para uns, mais para outros), de modo que indenização de R\$ 50 mil a um pobre equivaleria a de R\$ 100 mil a um rico que sofreu *o mesmo dano*, para evitar o enriquecimento *sem causa*.

Novamente, vê-se a completa subversão do que significa enriquecimento sem causa.¹¹⁹ Rememora-se, nas palavras de Osny Claro de Oliveira Junior, que “(...) mesmo para quem recebe *um* salário mínimo mensal ou milhares deles como paga de seu trabalho, o recebimento de *um* real que seja, e apenas *um* real, importa em substancial e efetivo enriquecimento, porque o valor acresceu ao que normal e ordinariamente é percebido pelo beneficiado, de modo que o que enriquece é o acréscimo em si, e não o seu montante, isoladamente”¹²⁰.

O dinheiro vale o mesmo para todos. R\$ 10 mil pagam as mesmas coisas, as mesmas viagens, as mesmas *alegrias*. O “câmbio” supramencionado, que pauta o valor do dinheiro de acordo com o patrimônio de quem o detém, não existe no mercado¹²¹.

¹¹⁸ JUNIOR. Humberto Theodoro. opt. cit. p. 42/43.

¹¹⁹ A leitura do conceito, absolutamente *técnico*, que defendemos ser equivocada, por relacionar o dito “enriquecimento” da vítima pobre com danos morais, que nada tem de antijurídico nos termos da Lei, com o enriquecimento sem causa, está melhor expressa no seguinte trecho: “Da mesma maneira, não se pode arbitrar a indenização, sem um juízo ético de valoração da gravidade do dano, a ser feito dentro do quadro circunstancial do fato e, principalmente, das condições da vítima. O valor da reparação terá de ser “equilibrado”, por meio da prudência do juiz. Não se deve arbitrar uma indenização pífia nem exorbitante, diante da expressão ética do interesse em jogo, nem tampouco se pode ignorar a situação econômico social de quem vai receber a reparação, pois jamais se deverá transformar a sanção civil em fonte pura e simples de enriquecimento sem causa.” (JUNIOR. Humberto Theodoro. opt. cit. p. 47)

¹²⁰ O caráter punitivo das indenizações por danos morais:: adequação e impositividade no direito brasileiro. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002, p. 3

¹²¹ E se coubesse ao judiciário cotejar a alegria e o chamado – e vago – enriquecimento da vítima de acordo com sua condição econômica, o resultado deveria ser o oposto, como anota Ragner Limongeli Vianna: “(...) As pessoas mais abastadas sempre terão outras condições e oportunidades de amenizar sua dor (mesmo que não sejam plenamente ressarcidas). No caso das pessoas de menor (ou nenhum) poder aquisitivo, a indenização consiste na única oportunidade de verem-se compensadas e ressarcidas, além do conforto decorrente da sensação de que ‘justiça foi, eficazmente, feita’.” (opt. cit. p. 460)

Na capa do jornal Folha de São Paulo do dia 28 de novembro de 2022 lê-se a seguinte manchete: “Mais pobres se endividam para comer e pagar contas”. A reportagem demonstra que comprar comida e pagar contas são as principais razões que fizeram a população das classes C, D e E tomar empréstimos nos últimos meses, enquanto para a classe AB foi montar ou investir no negócio. Um pobre que recebe indenização de R\$ 10.000,00 tende a enriquecer menos do que um rico que recebe este valor: enquanto muitas vezes terá de usar todo ou parte expressiva dinheiro para manter seu sustento e de sua família, o aluguel atrasado, a comida e outros gastos essenciais, o rico, que naturalmente já tem acesso a inúmeras alegrias das que almeja, consegue investir o valor ou gastá-lo em uma viagem. Assim, R\$ 10 mil compram as mesmas coisas aos dois, mas enriquecem e cumprem ainda mais seu papel compensatório a alguém mais abastado.

Quando se diz que a indenização deve ser fonte de alegria à vítima correspondente ao dano moral, a repará-lo o máximo possível, não se está discutindo o sentimento pessoal, psicológico de alegria com o recebimento da indenização: a ilação de como a vítima vai se sentir *em relação* ao dinheiro, por onde viaja, qual carro possui, não cabem à análise do judiciário ao tratar dos danos morais. Analisa-se, sim, o efetivo *valor* do dinheiro, o que representa, razoável e objetivamente, determinada quantia (que alegrias se pagam com R\$ 2, 10 ou 100 mil reais). Expõe Ragner Limongeli Vianna:

“Como assevera Maria Helena Diniz:

‘A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza e angústia, pela superveniência de sensações positivas de alegria ou satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento. Trata-se da reparação por equivalente, ou melhor, da indenização entendida como remédio sub-rogação, de caráter pecuniário, do interesse atingido.’

Essa sensação positiva a que se refere Maria H. Diniz, evidentemente não se explica pela sensação do recebimento do dinheiro, por maior que seja. É comezinho que eventual sensação de ‘felicidade’ pelo recebimento de um ‘pacote de dinheiro’ não encontra proteção ou reconhecimento jurídicos.

A sensação positiva decorre dos benefícios que o dinheiro pode trazer, como tratamentos psicológicos, viagens, atividades lúdicas, hobbies. Veja-se o bem que pode causar a um pai que perde seu filho, e se vê sem objetivos na vida, a possibilidade de participar de atividades que lhe preencham o tempo e lhe tragam alguma ocupação.”¹²²

Desse modo, se um valor, por determinado dano, pode ser considerado mal arbitrado, ensejador de enriquecimento sem causa à vítima, pessoa pobre, de idêntico modo ensejará enriquecimento sem causa se em seu lugar estivesse um bilionário. Afinal, como já dito, o enriquecimento sem causa é o ganho que transborda o dano, deixando de possuir causa jurídica. Se o mesmo dano moral é impingido a um milionário e a um morador de rua¹²³ e o dinheiro pagará as mesmas coisas para ambos, valor que não corresponde ao dano de um, jamais

¹²² opt. cit. p. 462.

¹²³ Qual seria, afinal, pela lógica do enriquecimento, o limite à indenização a um morador de rua que sofreu dano moral gravíssimo? Sob qual argumentação jurídica possível seria razoável considerar sua condição econômica, causa, inclusive, de enorme vulnerabilidade (!), para reparar o dano a menor, diminuindo a indenização a patamar restrito à “mudança nas condições de vida”? Parece-nos que esta ideia tende a limitar a reparação integral imposta por Lei, por uma razão que não guarda a mesma pertinência jurídica (impedir o *enriquecimento* da vítima), com o risco de levar a distorções conceituais e indenizações módicas, patentemente incompatíveis com o dano. Razão pela qual temos como um risco a lógica de que “O que é salutar que se evite no âmbito das indenizações por danos morais, mormente diante da sua saudável proliferação, é o enriquecimento desmedido e desproporcional em relação às características e à dimensão da lesão em si mesma, é à condição do lesado, mas não qualquer enriquecimento.

Neste sentido, desmedido e indevido seria o acréscimo de um valor indenizatório que levasse a vítima a saltar de um patamar sócio-econômico para outro mais elevado, tornando remediado quem era pobre, rico quem era apenas remediado, e milionário quem era tão somente rico.” (JUNIOR. Osny Claro de Oliveira. opt. cit. 2002. p. 1.)

corresponderá ao do outro. Nas sucintas e precisas palavras do Desembargador Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

“Sequer se deve perguntar da capacidade econômica daquele que sofreu o dano, porque não é em função disso que se vai fixar o valor da indenização. Ou seja, quer se trate de uma pessoa humilde e sem posses, quer seja uma abastada, isso em nada influi na determinação do quantum. Não se pode olvidar das características da indenização no caso do dano moral: ela é satisfativo-punitiva. O elemento satisfativo deve ser buscado no evento causador do dano e não na condição econômica da vítima.

Por isso, não tem qualquer validade as alegações, comumente utilizadas, de enriquecimento ilícito da vítima. Quando o magistrado determina um valor expressivo como indenização, ele não está olhando para a condição econômica da vítima e/ou se a paga indenitária irá enriquecê-la, mas, sim, está lançando sua investigação no causador do dano.

Enriquecer ou não em função da verba indenizatória é mero acaso, irrelevante para a fixação da quantia a ser paga.”¹²⁴

Assim, a concepção de considerar a condição da vítima, por si, não resiste ao ordenamento jurídico, a qualquer lógica jurídica, como conclui Mirna Ciani:

"uma pessoa idônea, ainda que desprovida de fortuna ou de importantes laços, certamente padece do mesmo sofrimento, não se justificando, senão por conta de odiosa discriminação, a diminuição ou majoração do arbitramento sob tais indicadores.”¹²⁵

Conclui-se que “(...) Se a Constituição protege, em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana, a indenização terá que compensar ‘aquela’ vítima, da forma mais completa possível” (MORAES, Maria Celina Bodin de. 2019. p. 17)¹²⁶, de modo que o excesso ou não de indenização é questão vinculada à *extensão* do dano¹²⁷, não à condição econômica de quem o sofreu, que é um corpo estranho na equação. Assevera Maria Celina Bodin de Moraes:

“A mudança de perspectiva em direção ao conceito de dignidade humana influencia, ainda, o critério das condições pessoais da vítima. Se sua dignidade foi lesionada, tornar-se-ão mais objetivamente apreciáveis os fatores individuais a serem levados em consideração pelo juízo de reparação. Sob esta ótica, ficariam desde logo excluídos quaisquer critérios que tenham como parâmetro as condições econômicas ou o nível social da vítima, não se coadunando com a noção de dignidade, extrapatrimonial na sua essência, critérios patrimoniais no juízo de reparação”¹²⁸

Complementa Ragner Limongeli Vianna, ressaltando como trata-se do mesmo apego a questão patrimonial:

¹²⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 315

¹²⁵ CIANCI. Mirna. O valor da reparação moral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 108. apud. TOLEDO. Laura de Ponzoni Marcondes. Dano moral nas relações familiares. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2013. p. 69.

¹²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. opt. cit. 2019. p. 17

¹²⁷ Nos termos do art. 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”

¹²⁸ MORAES. Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003, p. 190

“Parece que alguns autores não conseguiram se desligar, totalmente, da questão patrimonial. Há que se precisar que patrimônio é termo técnico e expressa relações jurídicas de valor econômico. Tendo o estudo da reparação de danos se desenvolvido inteiramente diante da questão patrimonial, é compreensível que parte da doutrina sinta necessidade de buscar amparo na relevância da situação econômica da vítima.”¹²⁹

O mais grave é que a consideração da condição econômica da vítima não se tratou de um critério quase não aplicado na prática, um mero jargão doutrinário. A Reforma Trabalhista, introduzida no governo de Michel Temer, tentou institucionalizar o critério, em obscena inconstitucionalidade. Dispositivo da aludida lei, ainda em vigor, prevê o arbitramento dos danos morais por tabelamento, tomando por base “o último salário contratual do ofendido”:

Art. 223-G da CLT, incluído pela Lei nº 13.467, de 2017: “Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

(...)

XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;

(...)

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.”

Ora, a lei trabalhista dita que o juiz condene o empregador, que assediava funcionárias, a pagar indenização menor às funcionárias que ganhavam menos?

É crível dizer que assim está-se cumprindo a função constitucional conferida ao dano moral, intrínseco à *igualdade e dignidade*, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “um dos mais importantes mecanismos de concreta proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico”¹³⁰?

Antes remeteria ao exposto por Karl Marx no manifesto comunista:

¹²⁹ opt. cit. p. 459. Nota de rodapé 53.

¹³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. opt. cit. 2019. p. 2

“Vossas próprias ideias são apenas uma decorrência do regime burguês de produção e de propriedade, assim como vosso direito é apenas a vontade de vossa classe erigida em lei, vontade cujo conteúdo é determinado pelas condições de existência de vossa classe.

A falsa concepção interesseira que vos leva a transformar em leis eternas da natureza e da razão as relações sociais oriundas da vossa forma atual de produção e de propriedade – relações históricas que surgem e desaparecem no curso da produção – a compartilhais com todas as classes dominantes que vos precederam.”¹³¹

Parece-nos evidente que as condições da vítima só poderiam ser valoradas no arbitramento do *quantum* indenizatório se tivessem alguma relevância na extensão do dano moral. Observa Ragner Limongeli Vianna:

“Poder-se-á dizer que há situações específicas que representam agravamento do dano em função de circunstâncias subjetivas da vítima. É evidente que uma difamação, em determinadas circunstâncias, poderá causar maiores danos à pessoa pública do que à pessoa desconhecida. Mas, somente em casos tais, nos quais haja real motivo, é que se poderá admitir a influência da situação da vítima e, ainda aqui, não será a condição econômico-financeira, mas outras considerações, que haverá de ser observada.”¹³²

A título de exemplo, em uma ação judicial em que se busca, em face de um banco, a restituição de transações fraudulentas em valor não muito expressivo, faria sentido, quiçá, considerar a condição financeira da vítima para aumentar o valor da indenização, pois uma pessoa que ganha muito pouco, vive com contas negativas, pode sofrer dano moral grave ao permanecer anos com milhares de reais retidos abusivamente. A um rico, o valor talvez fizesse pouca ou nenhuma diferença, enquanto ao pobre poderia significar passar por graves angústias, falta de dinheiro para pagar despesas essenciais.

Olhando por esta perspectiva, compartilhamos da colocação do professor Ragner Limongeli Vianna, no sentido de que “(...) após muito refletir, não conseguimos vislumbrar uma situação em que a pobreza pudesse implicar, justificadamente, minoração do direito à indenização por dano moral”¹³³.

A lógica de voltar as preocupações ao enriquecimento da vítima obscurece e se sobrepõe à análise da extensão do dano, conduzindo ao rumo oposto do imposto por Lei. Confira-se precedente do TJSP:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação de indenização por dano material e moral - Cartão bancário furtado – Compras não realizadas pela titular do cartão – Existência e validade do consentimento da vítima não demonstradas (...) Responsabilidade objetiva do réu – Débito declarado inexigível com condenação do réu à devolução dos valores indevidamente descontados da conta-corrente do autor – Ofensa moral

¹³¹ MARX. Karl. ENGELS. Friedrich. *Comunist Manifesto – Socialist Landmark*. Traduzido da quinta impressão. 1961. George Allen and Unwin Ltd. Londres. Inglaterra. Tradução de Regina Lúcia F. de Moraes. 1978. Zahar Editores. Rio. P. 108/109

¹³² opt. cit. p. 459

¹³³ opt. cit. p. 460

configurada - *Damnum in re ipsa* – Indenização devida – Procedência decretada nesta instância ad quem – Recurso provido.

(...) Assim, sob o influxo do critério prudencial e da razoabilidade, levando-se em conta o perfil econômico da vítima (oficial de manutenção predial, fls. 01), as circunstâncias do caso concreto e a capacidade patrimonial do ofensor, instituição financeira de grande porte, arbitra-se a indenização em R\$1.500,00, corrigível a partir desta data (Súmula nº 362 do STJ) mais juros legais de mora a contar do evento danoso (responsabilidade extracontratual, art. 398 do Código Civil e Súmula STJ nº 54).¹³⁴

Note-se ainda que o acórdão supracitado reconhece que a indenização “há que dissuadir o autor do ilícito ou responsável para não reiterar a conduta lesiva (valor de desestímulo)”, mas arbitra indenização em R\$ 1.500,00 para evitar o “enriquecimento” da vítima (quantia que, definitivamente, não serve de desestímulo ao Banco Bradesco, réu da aludida ação, um dos 10 bancos mais lucrativos do mundo).

A consequência evidente deste raciocínio é ir na contramão das finalidades da indenização, tanto a de desestímulo como a de compensação, criando um verdadeiro estímulo ao desrespeito dos direitos dos mais pobres.

Estes que já são, naturalmente, os que tem maior dificuldade para acessar a justiça, que tem menos voz em casos cotidianos de agressão: isto faz com que os ilícitos lucrativos, as espertezas torpes de um modo geral, atinjam mais os menos afortunados. Com a expressa consideração da condição econômica da vítima no arbitramento das indenizações, dá-se um claro sinal às empresas que operam de forma abusiva: se for perpetrado ilícito contra o consumidor pobre, a chance de este recorrer ao judiciário é menor do que o rico, e, se recorrer, o judiciário arbitrará indenização via de regra reduzida, módica. Constata Ragner Limongeli Vianna:

“O efeito social de tal entendimento é nefasto. É curial que as empresas adotem medidas preventivas eficazes, ou mais eficazes, apenas em relação aos clientes mais ricos. Imagine-se as normas de uma transportadora aérea: as bagagens dos passageiros da primeira classe devem ser objeto de rigoroso acompanhamento; “destine-se um número suficiente de funcionários preparados para que tal serviço não apresente falhas”, determinará a diretoria. Já para os clientes da classe econômica, os cuidados não precisam ser dos mais rigorosos, não se há de assumir grandes custos para um bom serviço, até porque os inconvenientes por extravio não serão, nem de longe, os mesmos.

(...) O pensamento é insustentável. Não sobrevive à mais simples reflexão. Aos passageiros pobres os inconvenientes serão, a se observar o normal das coisas, muito mais sentidos. Ora, quem é rico pode dar-se ao luxo de entrar na primeira loja que encontrar e adquirir tudo o que for necessário para sua estadia. Quem assim não puder agir, exatamente por limitação financeira, sofrerá toda uma sorte de constrangimentos em função do extravio de sua bagagem.

¹³⁴ TJSP; Apelação Cível 1002883-44.2020.8.26.0278; Relator (a): Correia Lima; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itaquaquecetuba - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/02/2022; Data de Registro: 28/02/2022

Diversas são as diferenças ilegítimas que já são praticadas e que passarão a aumentar, paulatinamente, com prejuízo do respeito à dignidade da maioria da população brasileira, que não é formada por pessoas abastadas, mas que merece o mesmo respeito em sua condição humana.^{135”136}

O critério conduz à evidente discriminação: diante de cancelamentos de voo, a lógica do lucro dita à companhia aérea que privilegie a realocação e a estada dos clientes ricos. Os bancos devem ressarcir as fraudes dos clientes com maior valor na conta, pois fraudes menores contra clientes pobres, quando raramente postas em juízo, levarão à ínfima ou nenhuma indenização.

Não existe conciliação possível entre este raciocínio e a Constituição Federal de 1988.

Cabe considerar, ainda, que os custos com advogado raramente são reconhecidos como danos materiais, possíveis de serem cobrados judicialmente de quem tornou necessária a propositura da ação. Indenizações módicas muitas vezes sequer cobrem os valores gastos para acessar a justiça: a vítima tem substancial prejuízo, mesmo com o sucesso da demanda¹³⁷. A depender do caso, para muitas pessoas é inconcebível despendar valores para recuperar, anos depois, montante não tão significativo.

O “Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 A 2009”, divulgado pelo CNJ¹³⁸, demonstrou que a área com maior percentual – 28,3% - de pessoas que vivenciaram conflitos

¹³⁵ O impacto toma dimensões enormes considerando que, segundo dados da “Pnad Contínua - Rendimento de todas as fontes 2019” do IBGE, em 2019, 90% dos brasileiros tinham renda mensal média de R\$ 3.422,00 e 70% de R\$ 1.871,00 (Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2012-2019) e “O rendimento médio mensal domiciliar por pessoa caiu 6,9% em 2021, de R\$ 1.454 em 2020 para R\$ 1.353, informou o IBGE nesta sexta-feira (10). Esse é o menor valor da série histórica, iniciada em 2012” (Fonte: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/renda-de-brasileiros-no-1o-trimestre-tem-queda-de-87-em-um-ano-diz-ipea/>)

É um critério, portanto, que pode propagar a nivelação das indenizações por baixo, exceto para minúscula minoria da população, que recebe reparações justas por já ter dinheiro. Soa um medo da satisfação a maior que um pobre supostamente teria ao receber uma indenização consentânea, o que poderia servir de incentivo a grandes contingentes de pessoas, que recebem salários baixos, a procurar no judiciário uma suposta “indústria”, o temido “lucro”. Esta lógica acaba por pintar de problemático o – necessário e esperado – maior acesso ao judiciário, sobretudo nas demandas por danos morais, após a Constituição.

¹³⁶ opt. cit. p. 458/459

¹³⁷ Nas palavras de Ihering: “Quando um indivíduo é lesado em seu direito, faz-se irremissivelmente esta consideração, nascida da questão que em sua consciência se apresenta, e que pode resolver como bem lhe aprouver: - se deve resistir ao adversário ou se deve ceder. Qualquer que seja a solução, deverá fazer sempre um sacrifício; - ou sacrificará o direito à paz ou a paz ao direito.” (IHERING Rudolf von. A luta pelo direito. São Paulo: Forense, 2006, p. 65).

¹³⁸

Disponível

em:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj_6EpNT7AhX-pZUCHrIC04QFnoECBoQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.cnj.jus.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2011%2F02%2F69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf&usq=AOvVaw15ycgCt_rYwHv8r3l__fMt

entre 2004 e 2009, mas não buscaram soluções, foram os relativos aos serviços de fornecimento de água, luz, telefone e bancos. O aludido estudo confirma a realidade mencionada:

“Outra explicação para a concentração dos desalentados nos conflitos advindos das relações de consumo de serviços de utilidade pública é a alta probabilidade de que o custo de procurar, por exemplo, o Judiciário seja mais alto que o possível valor do prejuízo causado na relação de consumo, bem assim do valor a ser pago a título indenizatório. Ao adotar a perspectiva do custo deve-se ter em mente que se trata de algo a ser visto sempre sob um ponto de vista relativo. Um prejuízo de, por exemplo, R\$500,00 para alguém com salário de R\$10.000,00 certamente é menor que para alguém que ganha um salário mínimo. Isso se torna ainda mais relevante caso se tenha em mente que os custos definidos para que essas duas pessoas acessem a justiça são muito parecidos.”

A consideração da condição econômica da vítima só tem a gerar, portanto, consequências nefastas, não tendo de outro lado fundamento jurídico claro e coerente.

Não passou despercebida a injustiça do critério, embora as discussões tenham sido de menor repercussão do que deveriam. Há precedente do STJ, julgado em 2007 (REsp nº 951.777/DF), reconhecendo a impertinência do critério no caso:

“CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. A condição social da vítima, de pobre, não pode ser valorizada para reduzir o montante da indenização pelo dano moral; a dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida por pessoas abonadas ao serem privadas de um ente querido. Recurso especial conhecido e provido.¹³⁹

Em seu voto, asseverou o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

“Essa é uma interpretação que está começando a se alinhar com base no novo Código Civil e que tenho combatido severamente. Pode-se, sim, é verdade, fazer com que a indenização, como a nossa jurisprudência sempre acolheu, seja compatível com a capacidade daquele que indenizará, porque senão a indenização fica, realmente, impossível de ser cumprida, mas não se pode justificar esse fato no tocante à condição social da vítima, porque tanto faz o pobre como o rico, o dano em relação à vida é o mesmo, pois o valor da vida não está na condição social.”

Permeia todo este apego a um patamar restrito, geral, às indenizações, um receio no sentido de que danos morais reparados em valores elevados levariam a crises e instabilidades na ordem econômica, atingindo sobremaneira as empresas e provocando desequilíbrios pelas mãos do judiciário. Vê-se em ementa de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

"Sobre a quantificação do dano moral, como costume repetir, o Brasil ainda é um País de terceiro mundo cujos padrões de vida, e ainda não permite conviver com indenizações elevadas sob pena de prejudicar as empresas que já sofrem percalço tanto pela instabilidade da economia nacional como a enorme carga tributária que pesa sobre todos, e as empresas que lidam com clientela mais numerosas estão sempre sujeitas de falhas e, por seu valor não deve ser diminuto para não se tornar inócuo em sua finalidade punitiva; também não deve ultrapassar aos parâmetros do razoável

¹³⁹ REsp n. 951.777/DF, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, relator para acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 19/6/2007, DJ de 27/8/2007.

mantendo-se no limites em seu fim apenas compensatório sem contemplar o reconhecimento indevido"¹⁴⁰

Como já dito, é de fato impossível desconsiderar a *realidade* no arbitramento das indenizações por dano moral, fixando quantias desarrazoadas ou impagáveis a danos não extraordinários (como milhões de reais em razão de um acidente de trânsito comum, que venha a vitimar alguém). Atenção à realidade não se relaciona, porém, com reduzir *propositadamente* indenizações a patamares módicos, que deixam de reparar o dano por receios difusos.

O risco maior do raciocínio é provocar decisões que, com o peso de fazer o dito *bem* – por concepções, claro, *pessoais*, sobre fenômenos econômicos complexos – às empresas e à economia nacional, passam, sobretudo nas ações massificadas das relações de consumo, a sumariamente rejeitar ou arbitrar em valores simbólicos indenizações por danos morais.

Não incumbe ao judiciário promover políticas públicas, pensar em *incentivos* às empresas e ao melhor funcionamento da economia; cumpre, sim, salvaguardar a Lei, que, no arbitramento do dano moral, dita a preocupação central da reparação integral e da dignidade. Assevera Ragner Limongeli Vianna:

“Como se vê, trata-se de receio dos efeitos econômicos de indenizações efetivas. Teme-se que indenizações cabais, efetivas e reais, acabem por tornar os responsáveis as "novas vítimas do sistema". Essa é uma preocupação não exclusiva das indenizações decorrentes de danos morais, mas uma questão relativa a toda a reparação de danos.

No que respeita ao nosso tema, o conflito estabelece-se entre a dignidade da pessoa humana e a atividade econômica lesiva. O ordenamento jurídico fez sua opção determinando cogentemente a indenização - integral - dos danos decorrentes da violação dos Direitos da Personalidade. Mais, a Constituição Federal é específica em condicionar o exercício da atividade econômica ao respeito da dignidade da pessoa humana - artigos 1º, III e IV; 5º, V e X, e 170, caput.”

De outro lado, Humberto Theodoro Junior, antigo desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, defende:

“Há vários problemas que angustiam o desenvolvimento econômico e social do país, no difícil quadro da recessão ora vivida pelo Brasil. O dano maior é, sem dúvida, contra o desemprego, consequência imediata da estagnação da economia. A solução é uma só: o estímulo à iniciativa privada para que nossos investimentos reaqueçam a economia. A resposta, porém, é a dificuldade de os agentes de produção conviverem com o chamado “custo Brasil”, que, no risco dos encargos fiscais, sociais e trabalhistas, transforma-se numa barreira de difícil transposição por quem se interesse por investir nas fontes de produção entre nós.

(...) A desorganização da economia nacional, guiada pela excessiva e desestimulante carga tributária e pelos exorbitantes encargos sociais, que impedem a competitividade no mercado internacional e que reduzem a força aquisitiva interna, não pode ser agravada por uma postura paternalista e irracional da jurisprudência dos tribunais.

¹⁴⁰ Ementa da Apelação Cível 6.459/2000 extraída de acórdão do STJ, Apud. REsp n. 802.435/PE, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/10/2006, DJ de 30/10/2006, p. 253.

Basta o caos administrativo e o terror fiscal. No entanto, a atividade econômica vem, de fato, encontrando da parte do Judiciário, nos últimos tempos, novos e pesados desalentos. A pretexto de defender o consumidor, a legislação tutelar das relações de consumo tem servido, muitas vezes, para desestabilizar os contratos, quando o fito do Código de Defesa do Consumidor não foi o de tutelá-lo à custa da ruína do fornecedor. Ao contrário, o que se visou foi, declaradamente, a meta da harmonia e do equilíbrio entre fornecedores e consumidores.

(...) tem preocupado a economia nacional, a avalanche de demandas em torno do dano moral, terreno em que, à falta de parâmetros legais, a liberdade judicial conduz, muitas vezes, a arbitramentos de indenizações milionárias que, lotericamente enriquecem a vítima e, lamentavelmente, arruinam ou desestabilizam as empresas que as têm de suportar.

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.

Quando, pois, se tem uma causa de dano moral a ser decidida na Justiça, é necessário que o julgador se conscientize de que de sua orientação depende todo um sistema político, social e econômico. O reflexo de sua decisão não se esgota na solução do conflito individual que, no momento, deve compor. Da postura judicial em cada caso singular nasce, pelo somatório dos julgamentos, o clima geral do meio socioeconômico, que obviamente será de desânimo empresarial se, além dos encargos tributários e sociais, tiver ainda que suportar o peso do paternalismo dos tribunais.¹⁴¹

O raciocínio supramencionado se relaciona ao que se passou a chamar de “indústria do dano moral”, o temor da “avalanche de demandas em torno do dano moral” e “arbitramentos de indenizações milionárias que, lotericamente enriquecem a vítima e, lamentavelmente, arruinam ou desestabilizam as empresas”¹⁴².

Diz Yussef Said Cahali:

"O desabrochar tardio da reparabilidade do dano moral em nosso direito fez desenfrear uma demanda reprimida, que por vezes tem degenerado em excessos inaceitáveis, com exageros que podem comprometer a própria dignidade do instituto."¹⁴³

Anderson Schreiber, em “Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos”, recorda que, na maioria dos casos, no Brasil, o que

¹⁴¹ opt. cit. p. 71/72

¹⁴² Expõe também o autor: “Entretanto, no afã de evitar a “indústria do dano moral” e impedir condenações exorbitantes, um limite é sempre imposto pelos tribunais: o valor da indenização não deve motivar o enriquecimento sem causa para a vítima. (...)” (Humberto Theodoro Jr *Dano Moral*, 8ª edição, Grupo GEN, 2016, p. 69/70)

¹⁴³ CAHALI. Yussef Said. *Dano moral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 18

ocorre é o exato oposto: são via regra baixas as indenizações por danos morais e extraordinárias as milionárias:

“(…) A mera menção à discricionariedade dos juízes evoca projeções de profícuo desenvolvimento ao que se tem denominado ‘indústria do dano moral’. Não se deve desprezar, contudo, o que a própria expressão revela.

Mais que a preocupação com o crescimento exponencial do número de ações de indenização por dano moral, o que o uso do termo *indústria* anuncia é uma frontal rejeição à sua produção mecânica, algo artificial, com vistas à obtenção de lucro, em uma espécie de abordagem capitalizada de um instituto ontologicamente existencial. Embora a preocupação seja válida, sob o ponto de vista científico, o certo é que, no Brasil ao menos, sua importância não pode ser exacerbada, já que, na maior parte dos casos, o resultado das ações de danos morais é antes frustrante que efetivamente enriquecedor. Há, por certo, casos pontuais de reconhecimento de danos, por assim dizer, imaginários, ou de atribuição de indenizações exageradamente elevadas, mas nem estas duas hipóteses se combinam com frequência, nem o percentual destes julgados em relação à grande massa das condenações pode ser considerado alarmante.”¹⁴⁴

No mesmo sentido, observa o desembargador Osny Claro de Oliveira Junior:

“Voltam-se alguns contra a suposta indústria que, segundo querem fazer crer, estaria formando um verdadeiro exército de novos milionários no Brasil, ao mesmo tempo em que, dentre outras teorias, e para desde logo inibir a consciência jurídica de uns e outros apregoam ser mesmo *imoral*, inclusive com fundamentos bíblicos, o direito à indenização por dano moral e sob outro ângulo, não ser cabível no Brasil a adoção da ‘teoria do valor do desestímulo’, por entenderem não ser compatível com o ordenamento jurídico brasileiro a outorga de caráter punitivo às indenizações desta espécie.

(…) A reboque da folclórica e imaginativa ‘indústria dos danos morais’, chega-se a imaginar a transformação do Poder Judiciário em ‘...verdadeiro cassino, onde pessoas mal-intencionadas recorreriam às Cortes em busca das nefastas indenizações milionárias...’.

A afirmação é grave, e revela a real intenção dos tantos quantos se opõem às indenizações por danos morais em quantias que lhes incomodem eficazmente, mas que ainda não os têm dissuadido da prática de novas e reiteradas práticas lesivas.

O que tem incomodado mesmo alguns setores - justamente aqueles que mais têm sido condenados ao pagamento de indenizações por danos morais - é a *eficácia* incontestável do valor das indenizações concedidas, e assim ocorrendo porque representam um peso considerável nos cofres do lesionador obrigado à indenização.

Segundo pensam, dar-se-ia algo como ‘pediu, ganhou’, embora seja evidente que não ocorre desta forma. Como antes mencionado, ao lado dos pedidos acolhidos, há inúmeros pedidos repelidos pelo Poder Judiciário.”¹⁴⁵

Inobstante, impregnou-se como um chavão a existência da dita “indústria” dos danos morais, como se fosse prática dominante, comum, o acesso ao judiciário com o objetivo de ganhar um dinheiro indevido, fabricando motivos para pedir indenizações¹⁴⁶. É um receio que

¹⁴⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 192

¹⁴⁵ opt. cit. 2002. P. 1/3

¹⁴⁶ Assevera, em sentido oposto, Ragner Limongeli Vianna: “Não podemos construir uma teoria que busque a justiça fundada em casos patológicos. O homem normal e de boa-fé não come uma bandeja por dinheiro; nem que seja muito dinheiro! O homem normal e de boa-fé não sente satisfação por ter perdido um ente querido.

apenas alimenta, tal qual as concepções anteriormente comentadas, um preconceito, um *prejulgamento*, no sentido de que todos que buscam reparações justas por danos morais, vítimas e advogados, estão na realidade buscando *enriquecimento* fácil, oportunista.

Argumenta-se que a massificação dos processos decorreria deste suposto incentivo à especulação, à aposta no judiciário, bem como às novas formas amplas de reparação¹⁴⁷, em detrimento do bom funcionamento do poder judiciário, que fica abarrotado por ações indenizatórias. Afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

“A mistura explosiva de dois elementos, de um lado, a noção ampla, geral e irrestrita de ‘sofrimento’ e, de outro, a desnecessidade de qualquer comprovação (danos ditos *in re ipsa*) foram suficientes para gerar a situação atual. Fato é que em todas aquelas hipóteses – e em muitas outras desse mesmo tipo – juízes brasileiros, examinando casos concretos, tiveram ocasião de mandar indenizar, em quantias por vezes exorbitantes, justificadas frequentemente pela incidência da noção de punição, as ‘vítimas’ desses eventos.

O sistema, tal como é, não apenas permite, mas incentiva fortemente a má-fé e o lucro fácil: se não se sabe, nem se tem como ter ideia de quanto se irá receber, e se se sabe que, considerando o que normalmente acontece, se ganhará alguma coisa, talvez até, com sorte, uma quantia significativa, por que não ingressar com a ação, principalmente quando se usufrui, como ocorre na maioria dos casos, do benefício da justiça gratuita? As vítimas e seus advogados só têm a ganhar, enquanto os juízes e os tribunais se abarrotam, vindo assim a prejudicar a prestação jurisdicional oferecida à sociedade como um todo.”¹⁴⁸

Ora, como já dito, a grande quantidade de processos relativos a danos morais, por si, só tem a indicar um avanço rumo ao norte definido pela Constituição. Os abusos, sobretudo contra os direitos dos consumidores, são práticas cotidianas no Brasil, que antes eram aceitas, com total impotência, e hoje passaram a merecer a garantia do direito de ação, de integral reparação dos danos morais.

O fenômeno da maior busca pelos direitos, por parte das vítimas, não se confunde com o abuso, com o exagero; a conscientização das pessoas quanto aos direitos civis deve ser incentivada e prestigiada (Ragner Limongeli Vianna. p. 455).

Diversamente do que andam pressupondo os receosos de uma firme reparação por danos morais, os homens de boa-fé buscam no trabalho digno os meios para adquirir uma melhor condição financeira na vida.” (opt. cit. p. 466)

¹⁴⁷ Cita também Maria Celina Bodin de Moraes: “Francesco Busnelli, conhecido jurista italiano, concebeu interessante parábola para ilustrar a história recente do direito da responsabilidade civil no mundo ocidental: Um riacho, alimentado por uma antiga fonte, atravessava um território condicionando sua exploração econômica, fundamentalmente agrária. Quando se deu a passagem da economia agrícola de subsistência para o desenvolvimento industrial, o pequeno rio revelou-se insuficiente.

Engenheiros vieram e construíram diques e todo tipo de obras para utilizar ao máximo e distribuir melhor a escassa água disponível. De repente, em virtude da confluência de pequenos cursos d’água e da descoberta de novas fontes, o riacho virou um caudaloso rio.

Agora então, será preciso chamar de volta os engenheiros, para realizar as obras de contenção que evitem perigosas inundações.” (MORAES. Maria Celina Bodin de. opt. cit. p. 22)

¹⁴⁸ MORAES. Maria Celina Bodin de. opt. cit. 2019. p. 3 e 4

É, portanto, um avanço, e a única forma de concretização dos direitos, que as pessoas busquem o judiciário quando sofrerem um dano injusto. Defende o desembargador Osny Claro de Oliveira Junior:

“Os brasileiros definitivamente acordaram para a existência de um direito constitucionalmente reconhecido e que significa, na prática, o direito a indenização por danos morais. A par disso, tornou-se corrente nos meios jurídicos apregoar a suposta existência do que chamam de "indústria do dano moral", e partindo assim da rotulação fácil de um fenômeno saudável oriundo da conscientização das pessoas quanto aos seus direitos, tentar desqualificar e tolher a legitimidade das indenizações obtidas por meio de ações legalmente propostas e julgadas pelo Poder estatal respectivo.”¹⁴⁹

E diz Anderson Schreiber:

“Diante de um número razoavelmente contido de casos esdrúxulos, a comunidade jurídica – e especialmente a comunidade advocatícia – tem apontado suas armas contra a própria expansão do dano ressarcível. O alvo parece equivocado, na medida em que a expansão da ressarcibilidade corresponde a uma legítima ampliação de tutela dos interesses individuais e coletivos, sendo antes, a sua invocação sem fundamento a causa das angústias que afligem a doutrina e banalizam a atuação dos tribunais. Incorretas, portanto, todas as medidas que têm sido propostas contra a expansão do dano em geral, que vão desde a restrição a interesses previamente tipificados até a limitação das indenizações a tetos máximos inteiramente despropositados e mesmos inconstitucionais.” SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 192

A massa de processos chegando ao judiciário não deve ser, de antemão, assumida como um descontrole por parte dos consumidores, uma pescaria das vítimas por indenizações: deve-se, antes, olhar cada caso e perguntar-se se foram causados de fato danos morais, se há reincidência das mesmas empresas, e por que afinal tantos processos análogos.

É importante recordar que o Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, divulgado pelo CNJ, demonstrou que pelo menos 28,3% das pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, relativos aos serviços de fornecimento de água, luz, telefone e bancos, não foram atrás de uma solução. A área das relações de consumo foi a com maior número de pessoas que deixaram de buscar a justiça.

Parecem ser antes os grandes bancos os responsáveis pelas massas de processos em razão de negativas indevidas; de mesmo modo que parecem as grandes seguradoras as responsáveis pelos incontáveis processos análogos relativos a negativas abusivas de cobertura.

Para cada caso de alguém que despende o necessário para ajuizar ação farsante, tentando o lucro fácil, sem ter sofrido qualquer dano, há um gigantesco volume de casos de efetivas negativas abusivas de cirurgia, de protestos indevidos, de vendas casadas, de constrangimentos,

¹⁴⁹ Osny. 2002. opt. cit. p.1

promovidos com plena consciência das empresas, que, afinal, conhecem melhor que ninguém suas respectivas atividades lucrativas¹⁵⁰. Como assevera Sergio Cavalieri Filho:

“Fala-se hoje numa indústria da responsabilidade civil, com a quê não concordamos. Não há indústria sem matéria prima, de sorte que se hoje os casos judiciais envolvendo responsabilidade civil são tão numerosos é porque ainda mais numerosos são os casos de danos injustos”.¹⁵¹

Ora, sem dúvida não é porque existem muitos mandados de segurança impetrados contra a Fazenda do Estado por efetuar um determinado ato coator, que são os contribuintes litigiosos, que merecem ser tolhidos em seu direito de ação.

Nas palavras de Ragner Limongeli Vianna, como já dito, “(...) Se não houver dano, não pode haver condenação. Se os casos são irrelevantes ou revelam intenção ilegal de enriquecimento, aí sim, sem causa, a decisão judicial deve, reconhecendo a hipótese, ser pela improcedência da ação. (...) No entanto, essa tentativa aberta de se desestimularem ações de indenização por danos morais desestimula a própria proteção da dignidade”¹⁵².

Assim, novamente, nos parece que a preocupação incorre em desvio do enfoque, que se volta *contra as vítimas*, contra os consumidores, contra a reparação integral dos danos morais. Diante das ações idênticas em massa nas relações de consumo, passar a conferir indenizações módicas ou assumir política de rejeitar sumariamente as indenizações, é um tiro que sai pela culatra, além de deixar de reparar danos injustos, por vezes graves, que foram efetivamente impingidos às vítimas.

Tal temor com a alegada “indústria” dos danos morais, com a preocupação de incentivo ao ajuizamento de ações com o arbitramento de indenizações relevantes, só tem a levar à comum impunidade, enriquecimento ilícito, dos que perpetraram os reincidentes ilícitos. Em voto vista, no RE nº 172720, observou o ministro Francisco Rezek:

“Tenho para mim que a razão de se haver produzido, no plano internacional, uma imagem do Brasil como o ‘país da impunidade’, e de se haver forjado em nossas próprias consciências a idéia penosa de que temos vivido no país da impunidade, não é só a suposta leniência do foro criminal. (...) Em alguns casos a leniência é ideológica, como na sabida tendência do tribunal do júri a absolver homicidas em nome do bisonho argumento da legítima defesa da honra. Volto ao que agora nos interessa: receio que seja também ideológica a leniência do foro cível – que responde, tanto quanto o foro criminal, pela imagem do “país da impunidade” - no domínio das relações do cidadão, visto na sua qualidade de consumidor, com todas as forças

¹⁵⁰ Diz Osny Claro de Oliveira Junior: “Não nos esqueçamos de que entre os maiores pagadores de indenizações por danos morais estão as instituições financeiras, que ainda assim reiteram as práticas lesivas, porque as indenizações pagas a despeito de serem consideradas por alguns altíssimas e até mesmo milionárias, não teriam atingido o seu objetivo desestimulador.” (opt. cit. 2002. P. 2).

¹⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 495

¹⁵² opt. cit. p. 454/455 e 465

estabelecidas no plano econômico: O comerciante, o industrial, o prestador de serviços, o banqueiro, o próprio Estado-empresário. A tendência do poder público diante dos reclamos do consumidor sempre foi- neste país mais do que nos outros – a de reagir com surpresa. O que é isto? Que história é esta? Não é o caso de indenização; não é o caso de a pessoa sentir-se tão lesada; não é o caso de pedir em juízo reparação alguma. Parece-me que essa forma de leniência no foro cível deveria finalmente, à luz da Constituição de 1988, encontrar seu paradeiro, produzindo-se uma situação nova, condizente com os termos da Carta.”¹⁵³

É evidente que, se nos casos que chegam à justiça, o judiciário deixa de arbitrar indenizações por danos morais efetivamente existentes, torna-se atrativo a um banco (e dentre os brasileiros estão alguns dos mais lucrativos do mundo) negar em massa, infundável e abusivamente, restituições de fraudes perpetradas contra seus clientes, afinal o montante que economizarão com as negativas, com consumidores que não buscam a justiça e a procrastinação dos ressarcimentos, acaba pagando, e muito, os valores meramente atualizados das condenações ou as indenizações módicas fixadas.

Assim, para se evitar a “indústria do dano moral” privilegia-se a indústria, esta sim notoriamente de grandes proporções, de lucro fácil e indevido, dos ilícitos lucrativos. Se esperavam ver um decréscimo nestas ações arbitrando indenizações por danos morais reduzidas ou negando-as, verão, na realidade, o contrário: a proliferação máxima dos mesmos casos, vez que garantida a impunidade às empresas que tem apenas a lucrar com tais ilícitos.

Tudo isto, o que é pior, recai de modo antijurídico contra o consumidor vitimado, que por vezes foi efetivamente injustiçado, passou anos com valores altos retidos abusivamente pelo banco, e sai da justiça, descontados os honorários dos advogados, em grave prejuízo, em razão de receios difusos e políticos. Diz o Desembargador Edson Nelson Ubaldo, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Os maiores responsáveis pelos sofrimentos infligidos às pessoas, em especial os grandes conglomerados financeiros e comerciais, passaram a disseminar a idéia de que a busca pela reparação de danos morais se transformara em “indústria” de ganhos fáceis. Essa suposta verdade contaminou parte da magistratura. Não só reforçou o argumento dos juízes mais conservadores, que por razões ideológicas, inclusive de fundo religioso, nunca viram com bons olhos o novo instituto jurídico, como também serviu de freio aos mais liberais, cujas sentenças passaram a ser reformadas para diminuir os valores fixados.

A avalanche de ações reparatórias é o argumento mais usado para “comprovar” que o dano moral se transformou em “indústria”. Nada mais falso. O elevado número de pleitos mostra exatamente o contrário, ou seja: a) o consumidor brasileiro, antes desamparado e agora protegido pelo CDC, tomou consciência de seus direitos, ao invés de “queixar-se ao bispo”, como antes lhe sugeriam bancos e lojas, agora queixa-se ao juiz; b) os responsáveis por produtos e serviços ainda não se convenceram de que os tempos mudaram e continuam a violar descaradamente os direitos da cidadania.

¹⁵³ RE 172720, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 06/02/1996, DJ 21-02-1997

Portanto, o que de fato existe é a “indústria” do desrespeito, a busca do lucro fácil, a sensação de que vale a pena continuar enganando o povo, porque o percentual dos reclamantes é ínfimo, os processos são lentos e o resultado final, ainda que favorável ao consumidor, sai muito mais barato do que investir na melhoria dos produtos e dos serviços.

A equação é simples: se as indústrias fabricarem produtos de qualidade e cumprirem espontaneamente a garantia de imediata substituição ou reparação em caso de defeito, se os comerciantes agirem com honestidade e respeito, se os bancos deixarem de impor taxas abusivas e de inscrever no Serasa os nomes de pessoas que nada devem, se as administradoras de cartões de crédito pararem de cobrar juros astronômicos, se as seguradoras pagarem os sinistros a tempo e modo, se os planos de saúde se absterem de opor indevida resistência ao tratamento de seus contribuintes, se, enfim, todos os prestadores de serviços cumprirem à risca o que contrataram, é óbvio que o consumidor não terá margem para buscar reparação na Justiça.

Como detentor do monopólio de ditar e fazer cumprir o direito de cada um, o Judiciário tem o poder de direcionar o número das ações de dano moral para mais ou para menos. Se persistir em fixar indenizações pífias, além de não reparar adequadamente o dano, contribuirá para que as violações e abusos continuem aumentando, pois o baixo valor pouco ou nada significará para as finanças do ofensor.

Mas se impuser indenizações exemplares, que de fato pesem no bolso do vencido, é certo que este melhorará seus produtos, organizará seus serviços e tratará o consumidor com o merecido respeito.

(...) Enfim, a chamada “indústria” do dano moral – que é efeito -, só desaparecerá quando for banida das relações humanas a “indústria” do desrespeito, do acinte e do abuso – que é causa. Para que isso ocorra, é imprescindível que o Judiciário atue com exemplar rigor no arbitramento das indenizações.”¹⁵⁴

Parece-nos, sem dúvida, a visão mais acertada do tema. Diminuirão em muito as ações relativas a danos morais, especialmente no mercado de consumo, se, ao invés de vistas de antemão com maus olhos, como tentativas de ganhar dinheiro indevido e prejudicar a sociedade e a justiça, fossem devidamente analisadas, para verificar se houve danos morais, e então, em caso positivo, fossem estes integralmente reparados. Outras soluções, “meias reparações”, não apenas violam a Constituição, mas só têm a gerar efeitos nefastos e impedir os frutos que se colheriam com condenações a indenizações efetivas e integrais, como determina a Lei.

¹⁵⁴ opt. cit.

CONCLUSÃO

Como já dito, reconhecemos em absoluto a complexidade do tema do arbitramento do *quantum* indenizatório dos danos morais.

No entanto, delineando a história do instituto e a alteração trazida pela Constituição Federal, nos parece, de fato, que alguns dos critérios e preocupações que andam orbitando a matéria não resistem à nova Lei maior.

O instituto da reparação operaria, tal qual definido em Lei, se, apreciado o caso concreto, buscando solução efetivamente justa e razoável, se condenasse, quando houvesse dano, em indenização a ele correspondente.

Não há que ser mitigada, não há que se olhar para o patrimônio da vítima ou pensar se ela está tendo “enriquecimento”. Se está tendo o que alguns chamariam de enriquecimento é porque sofreu dano moral grave a ponto de lhe justificar. Se não, o problema não guarda relação com a genérica – e desprovida de fundamento jurídico – proibição do “enriquecimento”, mas sim com a extensão do dano, que merecia indenização menor.

Conclui-se, pois, que considerações acerca do enriquecimento da vítima, da indústria dos danos morais e da condição econômica da vítima – que, em particular, não sabemos como não foi publicamente rechaçada, por atentar contra a isonomia e o senso médio de justiça – não são questões que devem pautar o arbitramento: além de não se relacionarem à finalidade da indenização por dano moral, conduzem a um rumo retrogrado, que extrapola a questão central do instituto, que é perquirir o valor *corresponde ao dano*.

Deve-se ter sempre em conta que a Constituição deu enfoque à Dignidade Humana, à Isonomia, os direitos fundamentais inerentes a pessoa, os direitos dos consumidores. Perspectivas que se prendem ao patrimônio na reparação dos danos morais, se voltam contra a ampla reparação, contra as novas formas de *responsabilização* civil, contra os consumidores, contra as vítimas, tem a fazer não um contrapeso, mas uma banalização dos princípios da nova ordem constitucional.

Deve-se, assim, para evoluir rumo ao que determina a Constituição Federal, assegurar aos danos morais reparação efetiva, livre de discriminações e resquícios materialistas, tratando

de forma atenta a não equivalência destes danos com o patrimônio, a respeitar a relevância e a igualdade inerentes aos direitos fundamentais. Ficamos, aqui, com a conclusão do Professor Ragner Limongeli Vianna:

“É certo que no plano legislativo já obtivemos a consagração dos direitos fundamentais.

No entanto, no plano social o respeito à pessoa humana é algo que ainda está por ser conquistado. E tal conquista passa, obrigatoriamente, pelo Judiciário, que haverá de estar atento e aberto aos reclamos daqueles que são diuturnamente atingidos em sua personalidade, das mais diversas formas, mesmo que isto implique num número elevado de ações judiciais.”¹⁵⁵

¹⁵⁵ opt. cit. 469

BIBLIOGRAFIA

ALVIM. Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5ª edição. São Paulo. Saraiva. 1980.

ARENDT. Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007.

BALERA. Wagner. 1989. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Apud. A Infância no constitucionalismo brasileiro: da indiferença à proteção integral. FERREIRA. Eduardo Dias de Souza. Texto publicado In, Estudos de direito constitucional em homenagem à Profa. Maria Garcia. RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes e BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. 2ª ed. São Paulo: IOB, 2008

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil**, vol. 5º, p. 322 - edição de 1926.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4ª edição. Editora Saraiva, 2015.

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

COLMO, Alfredo. **De las Obligaciones em General**. 3ª ed. nº 158

CUNHA. Cristina Paul. **Da aplicabilidade da teoria do desestímulo na fixação das indenizações por danos morais**. Revista “O judiciário”. Associação dos Magistrados Catarinenses. Edição nº 37 de maio de 2009.

DIAS, Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1994. vol. II.

DIAS. José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, v. I e II, Forense, 10ª edição, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo. Saraiva. 1990. vol. 7. Responsabilidade Civil. 5ª ed.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15ª edição. Grupo GEN. 2011.

GABBA, Carlo Francesco. **Questioni di Diritto Civile**. 2ª Ed. Turim, 1911. Volume II.

GRAEBER, David. **Debt: the first 5.000 years**. Melville House Publishing. 2014.

IHERING Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Forense, 2006.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**. 8ª edição. Grupo GEN, 2016.

JUNIOR. Osny Claro de Oliveira. **Judiciário pune adequadamente quem ofende honra alheia**. Revista Consultor Jurídico. 2002.

JUNIOR. Osny Claro de Oliveira. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. Revista Jus Navigandi. Teresina. ano 7. n. 60. 1 nov. 2002.

LIMA, Pires da. **Responsabilidade Civil por Danos Morais**. Revista Forense. vol. 83.

LYRA, Afranio. **Responsabilidade Civil**. Vellenich Editora. 2ª Ed. São Paulo.

MINOZZI, Alfredo. **Danno non Patrimoniale**. 3ª ed.

MONTEIRO FILHO. Carlos Edison do Rego. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003.

MORAES. Maria Celina Bodin de. **Conceito, função e quantificação do dano moral**. Revista IBERC. Minas Gerais. v. 1. n. 1. nov.-fev./2019.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva 2012 - Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo.

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

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; TRAUTWEIN, José Roberto Della Tonia. **O princípio da reparação integral e a “contraofensiva da culpabilidade”: revisitando a cláusula de redução equitativa da indenização.** Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 78, abr./jun. 2020

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil.** Coimbra. Coimbra Editora. 1976. p. 86

REIS, Clayton. **Dano moral.** 3^a. ed. Forense. Rio de Janeiro. 1994.

RIPERT, George. **La Règle Morale dans les Obligations Civiles.**

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

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 4. ed. São Paulo: Atlas. 2012.

SILVA, Wilson Melo da. **O Dano moral e sua reparação.** 3^a ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

SILVA. José Afonso da. **A dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia.** 1998. Revista de direito Administrativo.

STOCO. Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOLEDO. Laura de Ponzoni Marcondes. **Dano moral nas relações familiares.** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2013.

TUHR, Andreas Von. **Tratado de las Obligaciones.** Madrid. Reus. 1934

UBALDO, Edson Nelson. **A propósito do dano moral.** Revista “O judiciário”. Associação dos Magistrados Catarinenses. Edição nº 38 de junho de 2009.

V. Le Koran, trad. Francesa de M. Savary. ed. Garnier Frères. Paris

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

VIANNA, Ragner Limongeli. **A Dignidade Humana comporta indenização médica?**. Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo. NANNI, Giovanni Ettore. São Paulo: Atlas. 2008.

VIANNA, Ragner Limongeli. **Causas e Cláusulas ou Convenções de Impedimento de Formação ou de Exclusão da Obrigação de Reparação de Danos**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2001.