



SÉRIE PENSANDO O DIREITO

DANO MORAL

Convocação 01/2010

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - FGV

Equipe de pesquisa

Coordenação

Flavia Portella Püschel

Pesquisadores

Alessandro Hirata

André Rodrigues Corrêa

Bruno Meyerhof Salama

José Rodrigo Rodriguez

Carolina Ignácio Ponce

Luciana Marin Ribas

Luis Antônio G. de Andrade

Maybi Mota

Rebecca Groterhorst

Eliana Bordini

Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL)
Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Edifício Sede – 4º andar, Sala 434

CEP: 70.064-900 Brasília – DF

www.mj.gov.br/sal

e-mail: sal@mj.gov.br



Secretaria
de Assuntos Legislativos

Ministério
da Justiça



Ministério da Justiça

Secretaria de Assuntos Legislativos – SAL

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD

Projeto BRA/07/004

Democratizando Informações no Processo de Elaboração Normativa

“Projeto Pensando o Direito”

RELATÓRIO FINAL DA PESQUISA:

“Dano Moral”

Instituição realizadora:

Fundação Getúlio Vargas (FGV)

Sumário

Introdução.....	6
Flavia Portella Püschel	
I Segurança jurídica e estratégias legislativas: restauração versus reforma (e um morto que já foi tarde).....	8
José Rodrigo Rodriguez	
1 Introdução.....	8
2 O texto normativo como segurança jurídica.....	9
2.1 O desafio kelseniano.....	9
2.2 Segurança jurídica: uma quimera?	10
2.3 Segurança jurídica, textualismo e separação de poderes.....	10
2.4 O partido da restauração: contra e a favor.....	11
2.4.1 O argumento da plausibilidade empírica: O textualismo faz sentido diante das características do direito brasileiro?	12
2.4.2 O argumento da naturalização conceitual: Normas abertas geram insegurança jurídica?	13
2.4.2.1 A gincana das regras.....	14
2.4.2.2 Normas abertas e formalização das razões para decidir.....	15
3 A segurança jurídica em novas bases: do texto ao caso, do caso ao argumento	16
3.1 O reformismo como mal menor?.....	17
3.2 A importância do debate jurídico para o direito democrático.	18
3.3 O debate ameaça a legitimidade do direito?.....	20
3.4 O debate como condição normal do ordenamento jurídico: Ronald Dworkin.....	21
3.5 Qual segurança jurídica?	23
3.6 Segurança jurídica e decisão jurisdicional: um caso exemplar	25
4 Conclusão: foi tarde.....	27
II. Resultados do levantamento jurisprudencial	30
Flavia Portella Püschel, Carolina Ignácio Ponce, Luciana Marin Ribas, Luis Antônio G. de Andrade, Maybi Mota, Rebecca Groterhorst	
1 Metodologia de pesquisa	31
1.1 Quesitos da tabela	38
2 Resultados do levantamento	51
2.1 Quanto às características dos casos julgados.....	51
2.2 Quanto aos valores da reparação	72
2.3 Quanto aos critérios de cálculo e funções da reparação dos danos morais	83
3. Conclusão	98
III. Critérios para cálculo de dano moral na doutrina brasileira.....	100
Alessandro Hirata	
1 Introdução.....	100
2 Reparabilidade do dano moral.....	100
2.1 Conclusões parciais I.....	103
3 Arbitramento do dano moral.....	103
3.1 Introdução.....	103
3.2 Indenização tarifada.....	104
3.2.1 Conclusões parciais II.....	106

3.3 Critérios para a fixação do dano moral.....	107
3.3.1 Conclusões parciais III	110
4 Dano moral punitivo e <i>punitive damages</i>	111
4.1 Introdução.....	111
4.2 Origem anglo-saxônica.....	113
4.3 Punitive damages no direito brasileiro	115
4.4 Conclusões parciais IV	118
5 Conclusões finais.....	118
IV. Crítica aos critérios de cálculo: conteúdo e forma	121
Bruno Meyerhof Salama e Flavia Portella Püschel	
1 O conteúdo dos critérios de cálculo.....	122
1.1 Função compensatória	125
1.2 Função punitiva	128
2 Técnicas legislativas	132
2.1 Cláusulas gerais	135
2.2 Tarifação da responsabilidade por dano moral: Uma análise pragmática	138
2.2.1 Esclarecimento metodológico.....	139
2.2.2 A tarifação do dano moral e seus efeitos.....	141
2.2.3 O problema do estabelecimento dos valores para tarifação	146
2.2.4 Conclusão	148
V. Análise de Projetos de Lei em tramitação	150
Flavia Portella Püschel	
1 Projeto de Lei n. 3966/2000	154
2 Projeto de Lei n.3313/2000	154
3 Projeto de Lei n. 334/2008	156
4 Projeto de Lei n. 114/2008	160
5 Projeto de Lei n. 5705/2001	161
VI. A reparação dos danos morais na jurisprudência dos tribunais superiores: do tratamento restritivo à impossibilidade de restrição	163
André Rodrigues Corrêa	
1 Introdução.....	163
2 Da inadmissibilidade ao reconhecimento do dano moral.....	163
2.1 A súmula 491 do STF: a irreparabilidade do dano moral e a perda da chance de retorno do investimento familiar	164
2.2 A súmula 37 do STJ: o reconhecimento da autonomia do dano extrapatrimonial o conceito de “dano moral puro”	172
3 Da admissão à proibição de restrição legal: a jurisprudência sobre as regras legais de limitação no âmbito dos meios de comunicação e do transporte aéreo.....	180
3.1 O tratamento jurisprudencial dos limites indenizatórios presentes na Lei de Imprensa (lei 5250/67).....	181
3.2 O tratamento jurisprudencial dos limites indenizatórios presentes na regulação legal do transporte aéreo.....	213
<u>4</u> Conclusão	229
VII. Proposta de projeto de lei.....	232
Flavia Portella Püschel	

Conclusão	235
Flavia Portella Püschel	
Referências bibliográficas	237

Introdução

Flavia Portella Püschel

Desde a Constituição Federal de 1988 (CF/88) encontra-se superado o debate anteriormente existente sobre a reparabilidade dos danos morais (ou extrapatrimoniais). Ao pacificar a questão, no entanto, a Constituição não determinou critérios específicos para o cálculo da reparação nesses casos. Tendo em vista que tampouco a legislação infraconstitucional estabeleceu tais parâmetros e que aqueles utilizados para o cálculo de danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) não se aplicam aos danos morais, ficou a cargo do Poder Judiciário a definição do modo de calculá-los.

É preciso notar que o cálculo dos danos morais propõe uma dificuldade intrínseca: trata-se de danos que por definição não tem valor monetário, de modo que o pagamento de uma quantia em dinheiro – ao contrário do que ocorre na reparação de danos materiais – não tem o poder de colocar a vítima no estado anterior à lesão, nem sequer de modo aproximado. A reparação do dano moral, a rigor, não consiste em uma indenização (pois não torna a vítima indene), mas em uma *compensação*, isto é, no oferecimento de uma coisa *diversa* da que foi perdida como forma de compensar a perda.

Esses dois fatores (a falta de critérios legislativos expressos e o caráter extrapatrimonial do dano) levaram ao desenvolvimento jurisprudencial de critérios para o cálculo de danos morais bastante variados e que, em muitos casos, em vez de guardar relação com a perda sofrida pela vítima, apontam para uma preocupação dos tribunais com a prevenção de ilícitos por meio da adoção de uma estratégia punitiva (PÜSCHEL, 2007, p. 17-36).

Essa situação gera uma inquietude: haveria uma discricionariedade excessiva do Poder Judiciário no estabelecimento dos valores de danos morais, capaz de comprometer a previsibilidade das decisões e o tratamento igual de casos iguais?

Ou, formulando de outro modo: há segurança jurídica suficiente no sistema atual?

Objetivo desta pesquisa é responder a essa questão, a qual se tornou central no debate brasileiro sobre danos morais, e refletir sobre a conveniência de uma reforma legislativa para regular o tema.

Para cumprir estes objetivos, começaremos por definir o que se deve considerar segurança jurídica. Como veremos, a busca pela segurança jurídica está sujeita a armadilhas capazes de frustrar os objetivos do legislador se não levadas em conta (cap. I).

Em seguida, traçaremos um panorama do direito vigente, com referência à jurisprudência e ao debate doutrinário. Iniciaremos este panorama pela análise da jurisprudência, com base nos resultados de levantamento realizado em quinze tribunais de diferentes regiões do país, das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho, do ano de 2008. Isso nos fornecerá indícios concretos sobre a real dimensão da insegurança jurídica decorrente do sistema atual, bem como um panorama dos critérios de cálculo desenvolvidos pela jurisprudência no silêncio da lei (cap. II).

Em seguida, trataremos do estado atual do debate na doutrina nacional, com especial atenção às questões da tarifação, dos critérios de cálculo e dos objetivos sociais da responsabilidade por danos morais (cap. III).

Estabelecido o estado atual da questão no direito brasileiro, passaremos ao tratamento crítico da questão dos objetivos da responsabilidade por danos morais e das técnicas legislativas para sua regulação (cap. IV). Quanto a isto, é preciso esclarecer desde logo que o problema da segurança jurídica apenas pode ser tratado satisfatoriamente quando se consideram duas ordens de questões: por um lado, a técnica legislativa empregada (por meio da qual se aumenta ou diminui o espaço para a atividade jurisdicional), e por outro lado, os objetivos sociais do próprio instituto jurídico da responsabilidade civil por danos morais. Por mais importante que seja, a segurança jurídica não é o único objetivo do ordenamento jurídico: a regulação legislativa do cálculo dos danos morais precisa conciliar a segurança jurídica com a persecução dos fins sociais da responsabilidade civil por tais danos.

Em seguida, analisaremos projetos de lei atualmente em tramitação que estabelecem teto e/ou tarifação de danos morais (Cap. V).

Feito isso, cuidaremos do problema da constitucionalidade da tarifação de danos morais (cap. VI).

Concluída nossa análise crítica do direito vigente e das propostas de alteração, existentes tanto na doutrina, quanto no parlamento, apresentaremos uma proposta de projeto de lei regulando a matéria, para submetê-la ao debate público (cap. VII).

Finalmente, na conclusão, faremos a síntese da reflexão apresentada nos capítulos anteriores, com resposta à questão proposta.

I Segurança jurídica e estratégias legislativas: restauração versus reforma (e um morto que já foi tarde)

José Rodrigo Rodriguez

“Talvez para nenhum tipo de conhecimento a experiência seja tão imprescindível quanto na avaliação justa da inconstância e mudança das coisas.”

Arthur Schopenhauer

1 Introdução

O tema da segurança jurídica pode ser abordado de diversos pontos de vista. A relação entre segurança jurídica e desenvolvimento econômico coloca no foco a discussão sobre o papel do poder judiciário em incentivar ou criar obstáculos para a atividade econômica. Quando nos colocamos do ponto de vista da política, o tema tem desdobramentos sobre a segurança do cidadão e das empresas diante da ação das autoridades do Estado em diversos campos, em especial em matérias de direito penal e de direito administrativo.

Não há espaço aqui para tocar em todos os aspectos desta questão e sua relação com a atuação do poder legislativo. Nosso objetivo neste texto é tratar apenas da relação entre estratégias legislativas e segurança jurídica no que diz respeito à atuação do Poder Judiciário vista por dentro, ou seja, a partir do tema clássico de teoria do direito, a racionalidade jurisdicional.

Nesse registro teórico, a segurança jurídica tem sido pensada como a existência de respostas únicas e unívocas para os problemas jurídicos apresentados diante do poder judiciário. Mostraremos em detalhe como este conceito de segurança jurídica é justificado teoricamente e como é preciso reformulá-lo para dar conta da realidade do ordenamento jurídico contemporâneo.

O argumento central quanto a este ponto se refere ao problema das normas jurídicas abertas. Diante da realidade de um ordenamento jurídico repleto de normas abertas e de juízes

que, mesmo diante de normas fechadas, são capazes de argumentar para criar exceções a elas, é difícil sustentar um conceito de segurança jurídica como aquele que acabamos de mencionar.

Mostraremos que, portanto, é necessário pensar a segurança jurídica em função da argumentação que fundamenta as decisões e não exclusivamente em função do texto legal. Afinal, mostraremos a seguir, é possível obter mais de uma resposta para as questões jurídicas e este é um fato normal que deve ser levado em conta no debate sobre a segurança jurídica.

Para fazer isso, examinaremos o pensamento de Ronald Dworkin, em especial a maneira como ele caracteriza o debate no campo do direito. Mostraremos o caráter normal e a importância da divergência entre posições jurídicas para a efetividade e para a legitimidade do ordenamento, terminando por reelaborar o conceito de segurança jurídica a partir desta discussão.

Também faremos considerações sobre o direito brasileiro e sobre as características peculiares da argumentação jurídica como ela efetivamente ocorre em nosso Poder Judiciário. A partir de uma reflexão sobre um caso concreto, esboçaremos algumas formulações e recomendações para que sejamos capazes de pensar adequadamente sobre o tema da segurança jurídica.

2 O texto normativo como segurança jurídica

2.1 O desafio kelseniano

No capítulo final da Teoria Pura do Direito, após afirmar que a interpretação judicial, de fato, não admite uma única resposta correta, Hans Kelsen afirma que o ideal a segurança jurídica só poderia ser atingido de forma aproximativa. O papel do jurista, que fala em nome da ciência, é identificar as diversas possibilidades interpretativas, quase sempre variadas, para cada caso concreto (KELSEN, 1974).

De sua parte o juiz, quando escolhe uma interpretação, não atua cientificamente, mas sim politicamente. Sua escolha é subjetiva e, segundo Kelsen, não pode ser reduzida a uma operação lógico-formal de aplicação da norma abstrata ao caso concreto.

Esta análise de Kelsen, que organiza décadas de discussão sobre racionalidade jurisdicional no ocidente, continua a incomodar e desafiar os juristas e a sociedade. O ideal de

segurança jurídica compreendido com a possibilidade de restringir o espaço de liberdade do juiz para que ele profira decisões previsíveis parece ter se tornado, de fato, uma quimera, especialmente se levarmos em conta que o direito contemporâneo conta com uma série de normas abertas cuja formulação parece favorecer a proliferação de alternativas interpretativas. Quantos sentidos pode haver, por exemplo, para expressões como “boa-fé” ou “concorrência desleal”?

2.2 Segurança jurídica: uma quimera?

No entanto, é importante notar que, mesmo diante de normas fechadas, cuja formulação procure deixar menos espaço para a atuação dos juízes, é difícil garantir que as interpretações sejam unívocas. Em diversos casos, os intérpretes terminam por criar exceções à regra para abarcar casos em que sua aplicação iria gerar uma injustiça patente (KENNEDY, 1973).

Um exemplo didático pode ajudar a entender o que estamos dizendo. Imagine-se uma regra que proíba a entrada de animais no transporte público. Em um caso concreto em que se esteja diante de um cão-guia para cegos, é provável que seja construída uma justificativa para criar uma exceção à regra.

Ao fazer isso, rompe-se o padrão de segurança jurídica que informa as concepções mais usuais. O juiz não está apenas encaixando o caso na regra geral, mas produzindo uma regra nova, justamente aquela que estabelece a exceção. Esta atividade criativa do juiz fica, naturalmente, ainda mais clara quando ele lida com normas abertas¹, cuja definição de sentido se faz com referência a um texto altamente abstrato.

Diante deste quadro, parece ser evidente, falar em segurança jurídica torna-se uma quimera, ao menos se a segurança jurídica é compreendida como a possibilidade de restringir completamente a atividade criativa do juiz. Para que possamos usar este termo de forma positiva, não apenas para designar um ideal inatingível, será, portanto, preciso colocar a questão em outros termos.

2.3 Segurança jurídica, textualismo e separação de poderes

¹ Sobre normas abertas a bibliografia é extensa. Ver como exemplo, o livro pioneiro de Silveira (1985)

Mudar os termos desta discussão significa repensar a relação entre legislação e jurisdição, entre Judiciário e Legislativo e, além disso, entre o conceito de segurança jurídica e as estratégias legislativas adotadas pelo Estado. A visão da segurança jurídica como aplicação da norma por meio de uma operação lógico-formal, com efeito, está ligada a certa visão da separação de poderes a qual é, por sua vez, veículo de uma determinada concepção de estado de direito (RODRIGUEZ, 2010a).

A lei deve ser aplicada desta forma e o juiz deve exercer uma atividade não-criativa porque a lei é veículo da vontade do povo, que se manifesta no Parlamento. Fazer diferente seria desrespeitar a soberania popular: ao atuar de forma criativa o juiz estaria desrespeitando os limites de sua atividade segundo este modelo de Estado de direito².

Questionar este padrão de reprodução institucional significa, portanto, tocar no conceito de juiz, de Poder Judiciário, no conceito de separação de poderes e nas características da racionalidade jurisdicional.

2.4 O partido da restauração: contra e a favor

Mas antes de discutir uma possível reformulação do conceito de segurança jurídica, examinemos mais alguns argumentos a favor da visão tradicional. Uma maneira de preservar tal desenho institucional e a racionalidade jurisdicional ligada a ele seria propor que o legislador se esforçasse para criar apenas normas fechadas, cuja aplicação deixasse pouca margem de ação para o juiz.

O objetivo do processo legislativo, portanto, deveria ser criar normas as mais precisas possíveis, capazes de dar conta da diversidade social expressa nos mais diferentes conflitos apresentados ao Poder Judiciário. Esta proposta, ao invés de pensar em uma alternativa à visão corrente de segurança jurídica e de racionalidade jurisdicional, busca restaurar o formalismo em seus termos consagrados (VERMEULE, 2005; SCHAUER, 1988).

Chamarei os defensores desta posição de partidários da *restauração*, em contraposição aos *reformistas*, que procuram reformular o significado da segurança jurídica.

² Um exemplo recente desta postura tradicional sobre a separação de poderes pode ser vista em: Ramos (2010). Grande parte da pesquisa em ciências sociais também trabalha com uma visão tradicional da separação de poderes. Para a tradição norte-americana, há uma crítica organizada a esta visão em Tamanaha (2009).

Dois argumentos importantes ajudam a combater o partido da restauração. O primeiro diz respeito à sua plausibilidade empírica e o segundo, mais contundente, questiona a idéia de que uma norma fechada produzirá necessariamente mais segurança jurídica do que uma norma aberta. Vou chamar este argumento de naturalização do desenho institucional³.

Examinemos cada um deles com mais detalhe. Mais adiante no texto, apresentarei a posição reformista e discutirei o conceito de segurança jurídica que resulta dela.

2.4.1 O argumento da plausibilidade empírica: O textualismo faz sentido diante das características do direito brasileiro?

Diante da Constituição brasileira, que tratou de uma série de temas por meio de normas abertas, estabelecendo princípios gerais de diversas áreas do direito, e das características da legislação infraconstitucional, também marcada, muitas vezes, pela utilização de normas abertas, não parece razoável propor um modelo hermenêutico lógico-formal para sua operação. Os juízes têm, de fato, em nossa realidade, um espaço amplo para atuar, autorizado pelo texto da norma.

Além disso, como já visto no exemplo acima, é muito duvidoso que uma norma fechada, por mais precisa e bem formulada que seja, seja capaz de evitar que os juízes criem exceções com o fim de adaptá-la aos casos concretos que tiverem diante de si. Diante de injustiças do tipo que citamos acima, os juízes tenderão a excepcionar as normas⁴, para desespero do partido da restauração.

Claro, o risco aqui é que o juiz, para ocultar sua ação criativa, resolva não explicitar as razões pelas quais estabeleceu a exceção, ou seja, que não justifique adequadamente sua sentença, fazendo apenas menção ao texto da norma como fundamento de sua decisão.

Neste caso, seria criado um déficit de justificação, uma zona de autarquia opaca e, portanto, avessa ao debate público, sem acesso para as parte e para a sociedade, que poderia passar a imagem de um Poder Judiciário que decide de forma autoritária, ou seja, sem fundamentação, e para além dos limites estabelecidos pela separação de poderes (RODRIGUEZ, 2010b; VIEIRA; DIMOULIS, 2011).

³ Sobre o problema da naturalização institucional, ver: Unger (1996; 2001; 2007); Rodriguez (2009; 2010).

⁴ Para este argumento, ver Keneddy (1973).

Estes dois aspectos do argumento sobre a plausibilidade empírica do partido da restauração levam a crer que é cada vez mais difícil garantir a segurança jurídica apenas com o texto da norma. A tentativa de anular a subjetividade do juiz resolvendo a aplicação e a segurança jurídica com o texto legal passa, essa sim, a ser uma quimera (RODRIGUEZ, 2002).

A questão real a se discutir, nessa ordem de razões, passa a ser o processo de argumentação desenvolvido pelo juiz (RODRIGUEZ, 2002), ou seja, as razões pelas quais ele cria (ou não) uma exceção a uma norma geral ou atribui determinado sentido a um termo abstrato contido em uma norma aberta.

Mas não adiantemos a análise. Antes de tocar nestes problemas, é importante examinar o segundo argumento contra o partido da restauração, a saber, a capacidade de normas fechadas produzirem ou não segurança jurídica.

2.4.2 O argumento da naturalização conceitual: Normas abertas geram insegurança jurídica?

Quanto a este ponto, a partir de um texto de John Braithwaite (BRAITHWAITE, 2002), faremos a seguinte afirmação, a título de provocação: a depender do objeto regulado, uma norma jurídica aberta pode produzir mais segurança jurídica do que uma norma jurídica fechada. Não há uma relação necessária entre normas fechadas e segurança jurídica.

Braithwaite argumenta nesse sentido com fundamento em pesquisas empíricas comparativas realizadas no âmbito do direito administrativo; em matéria da regulação do trabalho de enfermeiras e da regulação da atuação dos funcionários do banco central.

Esta mesma discussão poderia ser feita a partir do debate entre Max Weber e Franz Neumann, crucial para compreender as razões pelas quais a materialização do direito, ou seja, a criação de uma grande quantidade de normas abertas, não comprometeu a reprodução do sistema capitalista. Já utilizei esta estratégia em outro lugar: remeto o leitor a estes escritos (RODRIGUEZ, 2009).

Escolho aqui pôr a questão a partir de Braithwaite em função da discussão do fenômeno do “rule seeking” (que vou traduzir como “gincana de regras”), um argumento que me parece novo e original a ser levado em conta no debate sobre segurança jurídica.

2.4.2.1 *A gincana das regras*

Em diplomas legislativos muito detalhados, que contam com regras específicas para uma diversidade muito grande de situações, é quase sempre possível justificar toda sorte de atitude com fundamento em uma norma jurídica fechada qualquer. Desta maneira, o efeito da regulação acaba sendo contrário ao objetivo fixado pelo legislador.

Ao invés de restringir as possibilidades de aplicação com a criação de uma regulação cada vez mais precisa e específica, a proliferação de regras permite que qualquer atitude encontre uma norma para servir-lhe de justificação. Desta maneira, fica impossível controlar efetivamente o comportamento de seus destinatários.

Como numa gincana de colégio, é possível partir de um determinado comportamento ou fato para tentar encontrar uma regra que o justifique, ou seja, que permita concluir por sua licitude à luz do direito. Por este motivo, somos levados a imaginar que talvez seja necessário pensar em maneiras diferentes de desenhar as instituições para obter segurança jurídica.

É importante ressaltar também que a tentativa de obter segurança por meio de textos jurídicos fechados demanda a elaboração de uma quantidade inimaginável de regras, sem garantia de sucesso. Aqui falo em nome próprio e não com base em Braithwaite: imaginemos um legislador que pretenda esgotar, por meio de normas de comportamento fechadas, todas as condutas passíveis de serem classificadas como “concorrência desleal” em todos os mercados e com referência a todas as espécies de negócio jurídico e outros tipos de operação econômica que estejam sendo praticadas em um determinado momento histórico ou possam vir a ser praticadas no futuro.

É fácil perceber que seria necessário criar uma quantidade imensa de normas o que poderia resultar em um “código da concorrência desleal” com centenas de artigos, o que iria gerar, quase certamente, um altíssimo grau de complexidade. Para razoável supor que, diante de um corpo legislativo com tais características, seja possível praticar a “gincana das regras” com a conseqüente frustração dos objetivos do legislador.

Outro exemplo interessante desta “gincana das regras” foi identificada em pesquisa empírica realizada pelo CEBRAP em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da FGV - DIREITO GV sobre as decisões judiciais a respeito do crime de racismo no Tribunal de Justiça de São Paulo (MACHADO; PÜSCHEL; RODRIGUEZ, 2009). A pesquisa mostrou que a criação de um novo diploma legislativo ao invés de restringir as possibilidades interpretativas, seu objetivo inicial, resultou em sua ampliação, criando mais possibilidades de enquadramento

para a mesma espécie de fato; contribuindo assim para aumentar a divergência jurisprudencial sobre o assunto.

2.4.2.2 Normas abertas e formalização das razões para decidir

Qual seria a alternativa a este modo de regular? Braithwaite mostra que, em determinados casos, especialmente aqueles que sejam muito difíceis de padronizar de antemão, isto é, fenômenos sociais cuja variabilidade é constitutiva; talvez seja mais adequado trabalhar com normas abertas e, para buscar restringir as possibilidades interpretativas, criar mecanismos que formalizem de alguma maneira o processo de aplicação⁵.

O autor cita exemplos relacionados, como mencionei, à fiscalização pelo banco central (alemão e norte-americano) e ao trabalho das enfermeiras domiciliares na Austrália. Em ambos os casos, Braithwaite identifica a combinação de normas abertas com procedimentos de formalização e debate dos casos concretos; responsáveis por impedir que a aplicação das normas se torne um procedimento aleatório.

As enfermeiras, no final de cada semana, se reúnem para discutir e criar procedimentos padronizados para um sem número de situações que encontraram na residência das centenas de pessoas visitadas. De sua parte, quanto aos fiscais do banco central, Braithwaite aponta, referindo-se ao exemplo alemão, o alto grau de segurança jurídica obtido com a combinação de normas abertas e um treinamento de funcionários prolongado, cujo objetivo é introduzir o novato às práticas interpretativas daquela instituição.⁶

⁵ Franz Neumann dirige uma crítica a Max Weber exatamente nesse sentido: mostra que Weber não percebeu que seria possível compensar a abertura das normas com a criação de mecanismos para restringir as possibilidades interpretativas. Para este debate, ver: o Rodriguez (2009). O livro de Franz Neumann é: *The Rule of Law. Political theory and the legal system in modern society* (NEUMANN, 1986) e será publicado em português em 2011 pela editora Quartier Latin com prefácio de José Rodrigo Rodriguez. Um exemplo contemporâneo deste modo de pensar no campo da regulação financeira pode ser encontrado em: PISTOR; XU, (2003). Os autores não citam nem Max Weber nem Franz Neumann, a despeito de desenvolverem raciocínios muito próximos das idéias que discutimos acima. Alguns autores utilizam o mesmo raciocínio para mostrar que o capitalismo pôde se desenvolver em lugares cujo direito não tinha as mesmas características do direito ocidental. Ver: Jayasuriya (1997) ; Chen (1999).

⁶ Em casos limite em que este tipo de procedimento seja impossível, pode-se pensar em mecanismos que controlem *a posteriori* a ação daqueles que exercem o poder. Uma discussão interessante quer toca nesse ponto refere-se à atuação do Banco Central que, em um regime capitalista, precisa ser rápida e sigilosa para evitar que seus objetivos sejam frustrados. É muito difícil submeter este organismo a regimes colegiados e participativos, mas isso não significa que suas decisões possam ser autárquicas, ou seja, que possam se apresentar como não sujeitas à justificação. O presidente e os funcionários do banco podem ser chamados a justificar *a posteriori* sua conduta diante da sociedade para que ela avalie

No que se refere à atividade jurisdicional, seriam os Tribunais o local adequado para promover este tipo de debate tendo em vista a padronização da interpretação das normas jurídicas. Sua atividade poderia incluir a formalização da fundamentação das decisões, além da edição de súmulas e enunciados, que padronizam apenas os resultados de determinado tipo de demanda⁷.

3 A segurança jurídica em novas bases: do texto ao caso, do caso ao argumento

Fica claro neste ponto da exposição como o partido da restauração enfrenta argumentos contrários bastante convincentes. De um lado, mencionamos a falta de plausibilidade empírica de um modelo de racionalidade jurisdicional e de Judiciário que deixe de levar em conta as características reais de nosso ordenamento jurídico.

De outra parte, mostramos que não há uma relação necessária entre normas fechadas e garantia de segurança jurídica. É possível, e muitas vezes altamente recomendável, a adoção de normas abertas combinadas com procedimentos de aplicação que restrinjam as possibilidades interpretativas, como vimos nos exemplos citados.

Seja como for, toda esta discussão sugere que o problema da segurança jurídica não se resolve apenas com o texto da lei. É preciso levar em conta o processo de aplicação e levar em

sua adequação e pertinência e possa responsabilizá-los por eventuais ilicitudes ou erros. Neste caso, evidentemente, é mais difícil criar padrões de conduta diante da complexidade dos problemas que se apresentam diante do Banco Central. No entanto, isso não é desculpa para criar espaços em que se possa agir de forma “decisionista”. O “decisionismo” é a mera falta de controle do poder, conceito que serviu e ainda serve de justificativa para a implantação de regimes autoritários, à direita e à esquerda, como aquele defendido pelo autor do conceito, Carl Schmitt. Mas este não é o principal problema deste conceito. O problema é que ele perdeu seu poder descritivo, pois pressupõe uma noção de separação de poderes em seu sentido mais tradicional e isso o torna imprestável para dar conta do funcionamento do direito contemporâneo. Ele ainda é útil para aqueles que se proponham a defender uma visão de separação de poderes clássica, ou seja, é útil, nos termos deste texto, para os representantes do partido da restauração. O problema é que ele sirva de fundamento para denunciar como abusiva a estratégia legislativa fundada em normas abertas. Isso é um erro teórico e não uma possibilidade interpretativa. Outra discussão é saber se, efetivamente, os mecanismos de controle funcionam de fato, em especial diante de normas abertas, ou seja, se, na análise de um problema em concreto, estamos ou não diante de uma zona de autarquia em que o direito simplesmente não está atuando como tal. Para uma análise dos mecanismos de controle da ação do Banco Central, ver Rocha (2004) . Para uma argumentação mais longa sobre o equívoco daqueles que pensam o direito com fundamento no conceito de “decisionismo”, ver o prefácio de: Rodriguez (2009). Para a noção de “zona de autarquia” ver Rodriguez (2010b).

⁷ Para uma discussão mais longa deste problema ver adiante. Também: Rodriguez et al. (2010)

conta a fundamentação das decisões judiciais na discussão sobre segurança jurídica, o que significa, em outras palavras, sair de um paradigma textualista para entrar num paradigma argumentativo⁸, ou seja, que não se apresente mais como representante do partido da restauração, mas que proponha uma reforma no conceito de segurança jurídica.

3.1 O reformismo como mal menor?

Não é razoável seguir este caminho e encará-lo como a saída possível diante da impossibilidade de se desenhar instituições capazes de criar um estado de segurança jurídica “real”. O reformismo, neste registro, seria algo com o que devemos nos conformar; prova da impossibilidade de realizar, de fato, o ideal de segurança jurídica⁹. Pensar desta forma significaria pensar a realidade do direito contemporâneo em função de um ideal ultrapassado o qual, mesmo em sua época, sempre foi objeto de muita discussão.

Durante a Revolução Francesa chegou-se a propor a supressão dos juízes profissionais e das Faculdades de Direito em função do ideal de codificação. Alguns chegaram a imaginar que seria possível criar leis tão perfeitas e claras, tão conforme a natureza das coisas, que qualquer cidadão poderia funcionar como juiz, bastando para isso ler o Código¹⁰.

No limite, o ideal de segurança jurídica textualista tem como horizonte suprimir o juiz como autoridade responsável por decidir o caso concreto. Para que se possa falar de uma “decisão”, é preciso supor que pode haver mais de uma solução possível para o caso concreto, como observou com precisão Chaïm Perelman (PERELMAN, 1999).

É muito diferente trabalhar com o ideal de suprimir a subjetividade e a autoridade do juiz do que trabalhar com o ideal de submetê-las a mecanismos de controle a partir da fundamentação das decisões num contexto em que o debate jurídico é considerado normal, em

⁸ Para mais detalhes sobre esta mudança de paradigma, ver: Rodriguez (2002).

⁹ Esta parece ser a posição que decorre da leitura de Hans Kelsen. Este autor afirma que o ideal da segurança jurídica só poderia ser atingido “aproximativamente”. Kelsen não abre qualquer espaço para a reformulação deste conceito, o que implica necessariamente, como se vê, na revisão do conceito de racionalidade jurisdicional.

¹⁰ Na sessão do dia 15 de setembro de 1793 da Convenção Nacional, a França revolucionária decide abolir as Faculdades de Direito, Teologia, Artes e Medicina, criando um novo curso de nível superior cuja grade contava com as seguintes disciplinas jurídicas: “Legislação, constituições dos povos, constituição francesa” e “Legislação francesa”, v. *Archives Parlementaires de 1797 a 1860*, 1909, p. 233 et seq. Algumas formulações do ideal iluminista durante a Revolução Francesa incluíam a defesa da abolição dos profissionais do Direito – *Gens de Loi*, como dizia Siéyès em seu projeto de criação de júris populares - bem como da Faculdade de Direito, ver: Sieyes (s/d).

que não se busca uma resposta única para cada problema jurídico. Este segundo caminho é aquele a ser trilhado pelos reformistas em sua reformulação do ideal de segurança jurídica.

É importante ressaltar que o textualismo não é a única variante de modelos hermenêuticos que se pode chamar de formalistas. Há teóricos e juristas práticos que argumentam com fundamento em verdades transcendentais ou alegadamente “da natureza das coisas”. Ao pensar desta forma, não admitem a existência de um debate racional no campo da dogmática, substituindo a autoridade da lei pela autoridade de um argumento divino, histórico, científico, moral etc.

Não há espaço aqui para analisar este modo de pensar, que chamei em outro texto de “naturalização conceitual”, mas este é um procedimento muito comum na doutrina jurídica brasileira de diversas áreas do direito (RODRIGUEZ, 2010a).

3.2 A importância do debate jurídico para o direito democrático.

O debate de argumentos jurídicos diferentes no interior do mesmo ordenamento jurídico diferencia um sistema jurídico caracterizado como um “império do direito” de um sistema jurídico de feições autoritárias, voltado exclusivamente à normalização e à pacificação social.

Imaginar que a resposta jurisdicional dada poderia ter sido diferente e ter a possibilidade de discutir as implicações da decisão tomada criticando-a abertamente e disputando o sentido das normas jurídicas é fundamental para a caracterização do império do direito.

A experiência dos regimes autoritários do século XX mostrou que o controle sobre a ação do juiz e da possibilidade de debater suas decisões é essencial para a sobrevivência de tais regimes, que transformam os organismos jurisdicionais em meras cadeias de transmissão da vontade do poder e enfraquecem o debate jurídico para torná-lo unilateral (KIRCHHEIMER, 1961; SILVEIRA, 1946).

Um imperativo de efetividade exige que alguma instância de caráter jurisdicional seja capaz de colocar fim ao debate jurídico em algum momento¹¹. Nesse sentido, pode-se dizer que a autonomia do Poder Judiciário (e de qualquer instância jurisdicional) em relação aos demais poderes, especialmente o executivo, ou seja, o exercício mesmo de sua função, traduz-se no imperativo de decidir os casos concretos segundo o que este poder entenda ser a melhor solução para o caso à luz do direito (KIRCHHEIMER, 1961).

¹¹ Para uma discussão desta característica do direito, ver: Günther (2004b).

Este objetivo só pode ser realizado por meio de um debate estruturado pelo ideal, que pode nunca ser realizado na prática, de se obter a melhor resposta jurídica ao caso concreto (GÜNTHER, 2004; DWORKIN, 1999), mas deve ter um momento final que se segue a todos o processo de deliberação, ocorrido inclusive no processo jurisdicional. A melhor resposta jurídica, portanto, será aquela que se obteve depois do máximo de argumentação possível, segundo os limites impostos aos organismos decisórios, os quais foram desenhados pelas leis criadas pela própria sociedade.

A tradução institucional da busca da melhor resposta jurídica possível em nossa realidade histórica, idéia que define a argumentação jurídica, é a autonomia dos organismos jurisdicionais e seus procedimentos decisórios.

As decisões jurisdicionais não são nem a expressão da vontade do Executivo, nem do Legislativo ou de nenhuma outra instância que lhe seja exterior. São respostas oferecidas em nome do melhor argumento; e que respondem aos imperativos de legitimidade e eficácia postos pelo ordenamento jurídico, fundamentados, em última instância, na vontade do povo, autor do direito¹².

A obtenção de uma resposta jurisdicional, neste registro teórico, não faz cessar o debate jurídico. Ela nunca será “a” resposta final, e sim “uma” resposta final e apenas por enquanto.

O debate cessa em relação ao caso concreto, na maior parte das vezes por o imperativo de efetividade, mencionado acima, mas pode continuar em nome dos casos futuros que sejam semelhantes àquele, sobre os quais aquela decisão poderá vir a ter influência na condição de jurisprudência.

Por isso mesmo, a possibilidade de que o debate permaneça ocorrendo na sociedade, mesmo diante de uma resposta jurisdicional já dada, tem importância para a legitimidade e para a eficácia do direito.

A persistência do debate contribui para mostrar que as decisões tomadas poderiam ter sido diferentes e, por via de consequência, que as balizas decisórias vigentes poderão ser alteradas no futuro.

Como dissemos acima, o direito precisa fazer frente, constantemente, a novos conflitos e, por isso mesmo, não pode abrir mão de pensar em novas possibilidades de solução para os conflitos sociais.

¹² Para um desenvolvimento maior deste argumento, ver a parte final de: Machado, Püschel, Rodriguez (2010).

O repertório das soluções jurídicas possíveis, mas não utilizadas, é precioso para sua sobrevivência ao longo do tempo, pois o exercício constante da imaginação institucional via dogmática jurídica é um fator de eficácia do direito na solução de conflitos.

3.3 O debate ameaça a legitimidade do direito?

Poder-se-ia argumentar que a existência de respostas variadas aos problemas jurídicos seria uma ameaça ao princípio da igualdade, comprometendo a legitimidade do direito e do Poder Judiciário.

Apresentar diversas decisões como igualmente plausíveis para um mesmo caso concreto pode levar os interessados e a sociedade a imaginar que os organismos jurisdicionais escolhem a solução de forma subjetiva e contingente, o que enfraqueceria a legitimidade do princípio da decisão conforme o melhor argumento e, portanto, a legitimidade do direito.

Não concordamos com esta visão. Ao contrário, acreditamos que se trata de elementos complementares no processo de legitimação e eficácia do direito. De fato, o sistema jurídico precisa oferecer respostas para os conflitos que lhe são apresentados e o faz por meio de organismos jurisdicionais que se utilizam da racionalidade dogmática, ou seja, que argumentam em nome da melhor solução dogmática para o caso concreto. Quem argumenta investido do poder de decidir fala em nome de uma única solução e, necessariamente, apresenta as outras como piores do que a sua.

Esta forma de argumentar pode, portanto, ter um efeito de verdade com conseqüências indesejáveis. Argumenta-se em nome da melhor solução e investido de poder, o que pode resultar numa solução que, aparentemente, revestida de autoridade e falando em nome do direito, seria inquestionável para todo o sempre.

Evidentemente, este é um efeito até certo ponto desejado, pois é preciso oferecer uma resposta aos conflitos apresentados aos organismos jurisdicionais. Estes organismos, justamente, são dotados de poder para fazê-lo.¹³

Mas o fato é que há divergências entre juízes, especialmente em casos altamente controversos. Sabemos que sempre haverá várias posições em disputa referidas ao mesmo

¹³ Para uma discussão sobre a importância dessa dimensão da dogmática sob a chave analítica do poder simbólico dos organismos jurisdicionais, ver: Ferraz Jr. (1978a; 1978b).

problema jurídico por esta razão o direito prevê a votação por maioria simples em julgamentos colegiados, mecanismos de unificação da jurisprudência e outros institutos voltados para pôr fim ao debate em nome da eficácia e não da deliberação racional.

No Brasil, a transmissão ao vivo e em rede nacional das votações do STF (Supremo Tribunal Federal) está deixando cada vez mais claro para os cidadãos em geral que os juízes divergem e de forma muito profunda.

Por todas estas razões, o debate deve ser visto como algo normal, mas ganha centralidade no processo de construção da segurança jurídica a dimensão da fundamentação das decisões, ou seja, a explicitação dos argumentos que levaram os juízes a decidir desta ou daquela maneira¹⁴.

3.4 O debate como condição normal do ordenamento jurídico: Ronald Dworkin

Antes de prosseguir, seja-nos permitido ressaltar a importância desta característica do direito contemporâneo: o caráter *normal* do debate jurídico entre teorias e possibilidades de solução de casos concretos.

A melhor discussão contemporânea deste problema é de Ronald Dworkin (DWORKIN, 1999). O autor constrói sua teoria (“o direito como integridade”¹⁵) para entrar na disputa, mas não a advoga em nome de sua suposta “verdade” e sim do fato dela ser a mais razoável entre todas, ou seja, aquela que dá conta das características do direito de seu país e dos valores sociais que, segundo Dworkin, estariam no fundamento do direito norte-americano.

Desta forma, abre-se um espaço legítimo para o debate no campo do direito, afastando-se completamente de um modo de pensar que busca um conceito único de direito e um método único para a interpretação das normas jurídicas; supostamente capaz de chegar a soluções precisas para os casos concretos.

¹⁴ Sobre este problema ver: Rodriguez et al. (2010)

¹⁵ Como se verá adiante, consideramos que a teoria do “direito como integridade” de Ronald Dworkin é menos importante para o pensamento jurídico ocidental do que sua formulação do problema do debate entre teorias, esta sim uma verdadeira “revolução copernicana” para a teoria do direito; superação do paradigma textualista que projeta o ideal de uma resposta única para cada problema jurídico. O termo “revolução copernicana” é utilizado para qualificar a obra de Immanuel Kant. Para uma interessante aproximação entre os dois autores, ver: Allard (2001). As implicações institucionais desta “revolução” e seus reflexos para a pesquisa em Direito restam relativamente inexplorados. Para este ponto, ver: Rodriguez (2010).

Parece evidente, no entanto, que a existência de várias posições sobre o direito não podem resultar na construção de “dogmáticas jurídicas” diferentes, mas sim de respostas jurídicas variadas para um mesmo problema, sempre em disputa. Portanto, é preciso haver um acordo de base entre as diversas posições teóricas sobre o material jurídico de que se parte, um elenco de argumentos aceitáveis no debate e sobre os organismos decisórios nos quais ele se desenrola, inclusive quanto ao procedimento para a tomada de decisão. Desta forma, todas estas posições farão parte do mesmo jogo.

Neste contexto, Dworkin defende sua teoria mostrando como ela é capaz de descrever melhor o que ocorre no direito contemporâneo e como ela é capaz de realizar melhor o ideal do império do direito utilizando-se de regras e princípios para fundamentar suas interpretações do direito.

Uma crítica legítima a Dworkin consiste em apontar o caráter insuficiente ou equivocado de sua concepção de império de direito, trabalho que ele vem realizando em obras voltadas diretamente para a discussão política como *Uma questão de princípio* (DWORKIN, 2000). Afinal, pode haver outras noções de império de direito que, utilizando o mesmo material jurídico que ele utiliza e trabalhando no interior dos mesmos organismos e procedimentos, proponham modelos de raciocínio diferentes.

Seja como for, o “direito como integridade” dworkiniano tem importância menor para esta discussão. O abandono do ideal de uma concepção única de direito e de um modelo hermenêutico único, portanto, do ideal de uma resposta única e unívoca para todos e qualquer problema jurídico, a par da importância ganha pelos variados modelos argumentativos desenvolvidos pelos juízes, são os pontos mais estimulantes e convincentes da teoria de Ronald Dworkin.

Em seu arcabouço teórico, alguém que defenda, por exemplo, uma visão legalista e textualista do direito, ou seja, alguém que advogue que o texto legal é capaz de limitar o intérprete e que sua aplicação deve ser realizada por meios de regras voltadas a extrair o sentido do mesmo (ou que defenda certa solução para um caso concreto), é obrigado a explicitar os pressupostos políticos que, normalmente, ficariam ocultos em sua posição.

Ou seja, ele é obrigado a explicitar que seu projeto de estado de direito inclui um Judiciário não ativista e um conceito tradicional de separação de poderes. Não é mais possível defender uma posição neste campo sem justificção, pois o conceito de estado de direito não é mais pacífico e está em disputa. Todo modelo argumentativo, toda concepção global de racionalidade jurisdicional precisa agora de justificção.

O campo de debates que Dworkin legitima admite a defesa de posições textualistas como esta, mas não em nome de sua suposta “verdade”, ou seja, não para afirmar que esta seria a única posição concebível no campo do direito, o que implicaria em tratar a visão de Judiciário e separação de poderes como pressupostos inquestionáveis.

Um dos argumentos a favor do textualismo pode ser, por exemplo, a valorização da segurança jurídica como princípio fundamental do império do direito, acompanhada da condenação do ativismo judicial. Pode-se pensar em outros. Mas o fato é que é muito pouco convincente, diante das características objetivas do direito atual, advogar a favor de um modelo de racionalidade jurisdicional sem explicitar sua plausibilidade empírica e seu papel na construção da segurança jurídica.

Nesse sentido, importantes representantes do partido da restauração como os citados Adrian Vermeule e Frederik Schauer, ao discordarem de Dworkin, terminam por concordar com ele. Discordam da teoria do “direito como integridade”, mas defendem suas respectivas posições nos termos propostos pelo autor (VERMEULE, 2005; SCHAUER, 1998).

Afinal, não se sentem mais à vontade para pressupor que o Judiciário não é ativista, ou seja, que não agirá necessariamente de forma criativa. Precisam dizer que o Judiciário *deve* agir desta forma e, portanto, argumentam abertamente contra este estado de coisas e defendem sua visão da racionalidade jurisdicional com fundamento em princípios com conteúdo político explícito.

3.5 *Qual segurança jurídica?*

Em uma palavra, uma segurança jurídica construída em novos termos estará preocupada principalmente com a argumentação e não com o texto. Seu objetivo será exigir que os juízes justifiquem suas decisões, ou seja, que explicitem sua fundamentação, além de construir padrões argumentativos que restrinjam o espaço decisório sem submeter o mesmo juiz a limites que o impeçam de dar conta de conflitos novos.

Nesse sentido, como quer Dworkin (mesmo que deixemos de lado seu modelo argumentativo “direito como integridade”), é preciso discutir a fundamentação das decisões judiciais e mecanismos para organizar e formalizar argumentos como tarefas relacionadas à construção da segurança jurídica em termos reformistas.

Ao invés do ideal de um texto legal construído com o objetivo de suprimir o poder do juiz e transformá-lo em um burocrata no mau sentido da palavra, o uso refletido de normas

abertas e fechadas em função de cada problema regulado. No lugar do ideal de uma resposta jurídica única para cada tipo de conflito jurídico, a obtenção de respostas bem fundamentadas, não arbitrárias, que explicitem seus fundamentos para que seja possível discuti-los e submetê-los a algum grau de formalização e padronização.

Atuar neste nível, o da fundamentação, implica, por exemplo, em jogar luz sobre a questão dos precedentes, ou seja, sobre a importância da jurisprudência. Também sobre a forma pela qual a justiça brasileira se utiliza de outros elementos para justificar suas decisões, por exemplo, a doutrina. Além disso, também se coloca neste nível a discussão sobre súmulas e enunciados, além de outros mecanismos de unificação da interpretação do direito.

O Brasil não tem um sistema de precedentes organizado. A unificação da jurisprudência tem sido feita por meio de enunciados e súmulas e não com a eleição de casos que são tratados, pelas próprias cortes, como exemplares de sua posição diante daquele problema. Os enunciados e súmulas costumam, por meio de fórmulas genéricas e sem fazer referência a nenhum argumento (RODRIGUEZ et al., 2010)¹⁶, indicar para a sociedade o resultado futuro das demandas que versem sobre determinado assunto.

É interessante notar que não temos no Brasil a formalização de argumentos, de razões para decidir, mas apenas de resultados, das respostas que serão oferecidas diante de determinada espécie de pedido. Por exemplo, a Súmula 37 do STJ (DJ 17/03/1992 p. 3172) afirma, simplesmente: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Qualquer fundamento jurídico que leve a esta conclusão estará de acordo com a súmula.

Não é de estranhar, portanto, que no Brasil os casos jurisprudenciais costumem ser utilizados “ad hoc”, apenas para reforçar a argumentação desta ou daquela posição jurídica sustentada por um juiz, por um advogado ou por um membro do Ministério Público. Eles não têm força vinculante alguma, tampouco a argumentação jurídica dogmática, questão importante a se discutir em relação ao tema da segurança jurídica.

Da mesma forma, o uso da doutrina, amplamente disseminado nas sentenças judiciais brasileira, também é feito “ad hoc”. Serve mais para reforçar a opinião do autor da decisão do que para fazer uma discussão ampla e profunda sobre as características do direito brasileiro em relação ao caso concreto sob exame (RODRIGUEZ et al., 2010).

¹⁶ Sobre esta questão, ver: Rodriguez et al. (2010).

Este problema está ligado ao problema anterior: como a padronização das decisões no Brasil não se dá, de fato, pela argumentação que a fundamenta, não é de se estranhar esta maneira de utilizar a jurisprudência.

Este quadro, que infelizmente não tem sido levado em conta pelos estudiosos de teoria do direito, acarreta conseqüências muito interessantes. Em primeiro lugar, tanto o partido da restauração quanto o partido reformista acabam por assumir um quê de defensores de posições utópicas, mais no campo do dever ser do que no campo do ser. Nem uma posição textualista nem uma posição voltada para a argumentação são capazes de descrever o funcionamento real do direito brasileiro.

Além disso, se nos colocarmos na posição do legislador que esteja preocupado em produzir segurança jurídica, ele estará diante de um dilema. Ao produzir uma norma fechada, com o objetivo de restringir ao máximo o poder do juiz de decidir fora de seus esquadros, ele já pode antecipar que, conforme ensina a tradição da teoria do direito, é provável que os juízes façam exceções a ela. No Brasil, é provável que as exceções sejam feitas sem fundamentação explícita.

De qualquer forma, abstraindo esta discussão sobre o Brasil, a segurança jurídica precisa ser discutida no contexto da argumentação dogmática e não com o objetivo de suprimi-la. Apenas desta forma será possível adotar uma posição que não seja saudosista de um passado textualista que, provavelmente, nunca existiu de fato. Talvez apenas na utopia de alguns revolucionários partidários da codificação a mais radical possível.

3.6 Segurança jurídica e decisão jurisdicional: um caso exemplar

Examinemos um exemplo para deixar mais claro nosso ponto de vista sobre a relação entre segurança jurídica e estratégias legislativas. A ADIN 1.231-1, DF, 27/08/1998 relatada pelo Ministro Ilmar Galvão, trata dos critérios para receber o benefício assistencial do inciso V do art. 203 da Constituição, cuja percepção depende de contraprestação por parte do beneficiário e favorece portadores de deficiência física e idosos que “comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família”.

Para regulamentar este artigo, julgado não auto-aplicável pelo próprio STF, foi editada a Lei 8.742 de 07 de dezembro de 1993, que considera incapaz de prover sua manutenção a pessoa ou família “cuja renda per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo” (art. 20, § 3º). O plenário do STF manifestou-se pela constitucionalidade da lei, a despeito da

sugestão do relator de fazer uma interpretação conforme a Constituição para afirmar que o critério da lei não seria o único passível de caracterizar a pobreza. Desta forma, segundo o relator, seria possível ao interessado utilizar outros meios para provar a situação de incapacidade econômica em que se encontrasse.

A maioria não seguiu a orientação do relator neste ponto e julgou constitucional o texto da lei. A despeito disso, em paralelo ao entendimento do Supremo, formou-se um entendimento no Superior Tribunal de Justiça que admite, no caso concreto, a caracterização da pobreza por outros meios, que não a renda de ¼ do valor do salário mínimo. Por exemplo:

BENEFÍCIO. PRESTAÇÃO CONTINUADA. MISERABILIDADE. A Turma deu provimento ao recurso para conceder ao autor, a partir da citação, o benefício de prestação continuada. Note-se que a Terceira Seção deste Superior Tribunal consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/1993 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família. Precedentes citados do STF: AgRg no Ag 470.975-SP, DJ 18/12/2006; Rcl 4.374-PE, DJ 6/2/2007; do STJ: AgRg no REsp 868.590-SP, DJ 5/2/2007; AgRg no REsp 835.439-SP, DJ 9/10/2006, e REsp 756.119-MS, DJ 14/11/2005. REsp 841.060-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 12/6/2007.

As diversas Reclamações Constitucionais já ajuizadas no Supremo não modificaram o entendimento das demais cortes, que continuam a admitir exceções à regra fixada pela Lei 8.742. Tal situação de insegurança jurídica e comprometimento da autoridade e da legitimidade de nossa Corte Constitucional revela a inconveniência do critério por ela adotada, extremamente rígido diante da diversidade de situações concretas e da amplitude e complexidade geográfica e econômica de nosso país.

É de se esperar, com efeito, que o significado econômico do valor fixado pela lei seja diverso em cada espaço geográfico considerado, variando ainda em função do acesso que o indivíduo em questão a serviços sociais capazes de satisfazer suas necessidades básicas.

Não é o caso de examinar aqui de forma detalhada o problema da caracterização e mensuração da pobreza, questão de extrema relevância para o estabelecimento de programas sociais; objeto de recente seminário, sediado no Rio de Janeiro, sob a organização do IBGE, com a participação de especialistas de todo o mundo (EXPERT, 2006).

Basta imaginar os problemas gerados pela fixação de um critério absoluto e inflexível para caracterizar a pobreza, seja ele a renda ou o acesso a um conjunto de bens, num país como o Brasil, em detrimento de outro, que levasse em conta o contexto e permitisse ao analista levar em conta outros fatores, objetivos ou subjetivos.¹⁷

A inadequação da decisão do Supremo e do critério da referida lei, revelada pelos julgados das demais cortes, especialmente do STJ, mostra que a caracterização da “pobreza” ou “baixa renda” deveria ser deixada para o nível regulamentar, com flexibilidade e abertura suficiente para a avaliação do contexto e da individualidade dos possíveis beneficiários da política pública.

Ademais, como já visto acima, as características da pobreza e os efeitos da política adotada que estão pressupostos no projeto de lei ora em debate, são extremamente complexos e deveriam ser objeto de um procedimento de interpretação aberto para melhor aferição (MENDES, 2007). Supremo deveria ter esgotado todos os meios técnicos existentes para caracterizar a pobreza, além de franquear a participação de terceiros (MENDES, 2007), por exemplo, com a realização de audiências públicas. Estes fatos deveriam ser levados em conta na elaboração de qualquer projeto que trate deste tema.

4 Conclusão: foi tarde

Para dar um fecho a este texto e resumir sua contribuição para o debate sobre segurança jurídica, vamos nos colocar no lugar de um legislador ideal que, no momento atual e situado no Brasil, tivesse como objetivo escrever um texto legal capaz de gerar o mínimo de insegurança jurídica possível. Que lições ele pode tirar dos ensinamentos da teoria do direito e da realidade do ordenamento jurídico nacional para realizar sua tarefa a contento?

Em primeiro lugar, ele pode ter certeza de que o texto legal é incapaz de impedir a existência de respostas jurídicas múltiplas para os problemas jurídicos. Mesmo diante de normas

¹⁷ Para uma discussão do problema da definição da pobreza e seu impacto sobre as políticas públicas, veja-se: Lopes (1995).

fechadas, a experiência nos mostra que os juízes costumam fazer exceções para evitar que decisões consideradas injustas sejam proferidas. Diante de normas abertas, comuns no direito de hoje, a possibilidade de que respostas variadas ocorram é maior ainda.

Em segundo lugar, este legislador hipotético deve levar em conta que é possível criar segurança jurídica a partir da argumentação, ou seja, a partir de mecanismos voltados para estabelecer critérios que sirvam para fundamentar argumentativamente as decisões. Mesmo diante de uma norma aberta, é possível criar constrangimentos à fundamentação que resultem no proferimento de decisões relativamente padronizadas.

Em terceiro lugar, este legislador pode saber desde já que normas jurídicas fechadas são mais adequadas para lidar com fenômenos que se possa padronizar com facilidade. Diante de fatos sociais que envolvam circunstâncias de fato diversas em contextos variados, pode ser mais recomendável utilizar normas abertas e criar mecanismos destinados a limitar a fundamentação, sob pena de ver frustrados os esforços do legislador com a criação de exceções a normas que deveriam ser precisas e fechadas.

Em quarto lugar, este legislador deve saber que é muito difícil dar conta da complexidade social utilizando apenas normas fechadas, como o fenômeno da “gincana de regras” mostra muito bem. Sempre que se cria uma nova norma é possível vermos surgir novas posições no debate jurídico dogmático: é impossível saber de antemão. As normas são criadas em um contexto pré-existente que pode conferir a elas sentidos variados os quais não se pode controlar antecipadamente.

Finalmente, diante das características do direito brasileiro, o legislador pode saber que nem o texto da norma nem a argumentação racional determinam completamente as decisões jurisdicionais. Já vimos que o texto da norma fechada não garante a segurança jurídica como obtenção de respostas únicas: isso também vale para o Brasil. Além disso, a padronização da jurisprudência no Brasil é feita pelo resultado e não pela fundamentação. Não há um sistema de precedentes organizados e, além disso, casos e doutrina são usados para fundamentar “ad hoc” determinadas posições jurídicas.

Diante deste quadro, a melhor alternativa para este desafortunado legislador seria adotar a seguinte conduta: diante de fatos sociais facilmente padronizáveis, criar normas fechadas e impor ao intérprete a adoção de determinados critérios para o estabelecimento de exceções. Desta forma, o legislador pode tentar obrigá-lo a argumentar com base neles.

Diante de fatos de difícil ou impossível padronização, é mais indicado criar uma norma aberta e critérios para preencher seu sentido com o mesmo fim: obrigar que o intérprete argumente e, como o passar do tempo, seja possível assistir à formação de argumentações

padronizadas. Tal objetivo, por óbvio, deve ser perseguido tanto para a criação de exceções, quanto para a manipulação de normas abertas.

Seja como for, é importante evitar a postura ingênua daqueles que acreditam no texto como meio de garantir segurança jurídica e olham para as normas abertas como um mal a ser evitado. Uma posição como esta, que se coloca em um estágio anterior ao debate entre partido da restauração e partido reformista, não se sustenta de nenhum ponto de vista. É simplesmente um retrocesso no pensamento sobre o direito ou o modo de pensar de um jurista que acabou de sair da uma máquina do tempo vindo diretamente do século XVII para o século XXI. O textualismo está morto e deve continuar onde está, enterrado sob sete palmos de terra.

II. Resultados do levantamento jurisprudencial¹⁸

Flavia Portella Püschel

Carolina Ignácio Ponce

Luciana Marin Ribas

Luis Antônio G. de Andrade

Maybi Mota

Rebecca Groterhorst

O levantamento de dados da jurisprudência, a partir da análise de acórdãos, tem como objetivos centrais fornecer dados concretos sobre a real dimensão da insegurança jurídica decorrente do sistema atual, bem como um panorama dos critérios de cálculo desenvolvidos pela jurisprudência na ausência de regulação expressa.

A medida da insegurança será dada pela comparação dos valores concedidos para casos que possam ser considerados semelhantes (conforme façam parte de uma mesma “constelação”¹⁹ de casos), de modo a testar a hipótese amplamente aceita pelo senso comum jurídico de que há grande disparidade no tratamento dos casos.

Por meio da análise dos valores concedidos a título de danos morais será possível ainda verificar a hipótese igualmente muito difundida de que os valores de danos morais concedidos são excessivamente altos, havendo risco de surgimento de uma indústria de danos morais.

Além disso, traçaremos um panorama dos critérios de cálculo desenvolvidos pela jurisprudência, diante da ausência de norma expressa a respeito. Isso nos permitirá verificar o grau de sua variabilidade, bem como analisar sua adequação ao cumprimento das funções sociais da responsabilidade civil por danos morais.

¹⁸ O levantamento jurisprudencial contou com a colaboração de Victor Fujii.

¹⁹ Esta categoria foi desenvolvida por nós para dar conta do papel de certas circunstâncias do caso (outras que não o direito violado e o dano causado) na determinação da semelhança entre casos, em uma tentativa de apreender (e respeitar) a avaliação sobre a semelhança dos próprios tribunais. Ela será melhor explicada adiante.

Os critérios jurisprudenciais nos permitirão, além disso, verificar em que medida os tribunais aceitam a polêmica função punitiva da responsabilidade civil (sobre a qual trataremos em mais detalhe adiante, nos capítulos III e IV).

Antes de passar aos resultados, no entanto, é necessária uma exposição sobre a metodologia empregada.

1 Metodologia de pesquisa

A pesquisa procurou atender ao objetivo de investigar as questões acima na jurisprudência nacional de três Justiças: estadual, federal e do trabalho.

Trata-se, evidentemente, de objetivo ambicioso, o qual encontra um importante obstáculo na imensa quantidade de decisões judiciais que tratam do cálculo de danos morais.

Para enfrentar esta dificuldade sem abandonar a busca por resultados que traduzissem a realidade do país (e não apenas de um estado ou região), optamos por trabalhar com quinze tribunais, distribuídos entre as várias regiões do país, cinco para cada Justiça²⁰.

Na escolha dos tribunais analisados, procurou-se conciliar cortes representativas de cada região geopolítica do Brasil, com a necessidade de coincidência do território de competência entre os tribunais das diferentes Justiças (na medida do possível, uma vez que a competência dos TRFs não respeita as fronteiras das regiões geopolíticas do país), bem como a necessidade de trabalhar com bancos de dados acessíveis.

Este último aspecto mostrou-se especialmente problemático e será tratado com mais detalhe adiante, pois tem repercussões importantes para os resultados da pesquisa.

Selecionados os tribunais, um levantamento exploratório apontou que, devido ao grande número de decisões judiciais, seria necessário fazer o levantamento por amostragem.

Trabalhamos com três amostras, uma para cada Justiça. Cada amostra, por sua vez, foi composta com acórdãos dos cinco tribunais selecionados para a respectiva Justiça. Assim, a

²⁰ Não incluímos o Superior Tribunal de Justiça (STJ) dentre os tribunais analisados pelo fato de que, em virtude da Súmula 07, esta corte não trata do tema da quantificação em geral, mas decide apenas casos nos quais entende que os valores deferidos na instância inferior sejam excessivamente altos ou excessivamente baixos.

amostra da Justiça Federal foi composta de acórdãos dos cinco Tribunais Regionais Federais, a amostra da Justiça do Trabalho por acórdãos dos cinco Tribunais Regionais do Trabalho selecionados, o mesmo ocorrendo com a Justiça Estadual.

Também devido ao excessivo número de decisões, definiu-se a limitação temporal de um ano, tendo sido escolhido o ano de 2008, para haver certeza de que todos os acórdãos do período estariam disponíveis nas bases de dados (o que poderia ser um problema, caso se escolhesse um período mais recente, devido ao prazo variável para inserção das decisões nas bases de jurisprudência).

Este método nos permite apresentar resultados com margem de erro de 5% para mais e para menos, com a análise de 1044 acórdãos.

Os tribunais selecionados foram os seguintes:

- Justiça Estadual: TJRS; TJSP; TJSE; TJPA; TJMS.
- Justiça Federal: TRF1; TRF2; TRF3; TRF4; TRF5.
- Justiça do Trabalho: TRT2; TRT4; TRT8; TRT20; TRT24.

Em seguida à definição dos tribunais, foram feitos testes nos sites de todas as cortes selecionadas, empregando um conjunto de palavras-chave relacionadas ao cálculo do dano moral, em diversas conexões.

A sensibilidade da base de dados às diversas palavras-chave foi estabelecida pela sua relação com o número de acórdãos selecionados com a palavra-chave mais ampla “dano moral”, a qual serviu de parâmetro.

A palavra-chave “dano moral” não pôde ser usada ela mesma, pois, embora contenha o conjunto de acórdãos que interessam à pesquisa, não é capaz de separá-lo de decisões sobre outros temas relacionados aos danos morais. A expressão “dano moral” não exclui, notadamente, acórdãos nos quais o que se discute é *se cabe* reparação no caso ou não. O tema da presente pesquisa, sendo o problema do *cálculo* do dano moral, pressupõe o cabimento da reparação.

Abaixo, vê-se um modelo da tabela empregada nos testes para estabelecimento das palavras-chave (as tabelas preenchidas, por tribunal, estão no Anexo 1 a este relatório).

Ano XXXX

Variáveis Livres	"Dano Moral"	%	"Dano Extrapatrimonial"	%
<u>Sem variável</u>		1.		1.
Valor				
Indenização				
Quantum				
Fixação				
Quantificação				
Variáveis Associadas (E)				
Valor E Indenização				
Valor E Quantum				
Valor E Quantificação				

Indenização E Quantum				
Indenização E Fixação				
Quantum E Fixação				
Quantum E Quantificação				
Valor E indenização E Fixação				
Valor E indenização E Quantum				
Valor E indenização E Quantificação				
Variáveis Associadas (OU)				
Valor OU indenização E Fixação				
Valor OU indenização E Quantum				
Valor OU indenização E Quantificação				
Variáveis Associadas (E/OU)				

Valor E indenização E Fixação OU Quantum				
Valor E indenização E Fixação OU Quantificação				
Valor OU indenização E Fixação OU Quantum				
Valor OU indenização E Fixação OU Quantificação				

Testar várias palavras-chave foi importante para, em primeiro lugar, excluir o risco de - ao adotar uma palavra-chave única para todos os tribunais - selecionar acórdãos de modo inadequado devido a diferenças de vocabulário (regional ou institucional) e de práticas de indexação ou elaboração de ementas entre os vários tribunais.

De fato, comprovou-se que a palavra-chave adequada variou conforme o tribunal.

Realizados os testes com as palavras-chave indicadas na tabela acima, para cada tribunal foram descartadas aquelas muito amplas e muito estritas. Foram consideradas muito amplas aquelas que selecionaram pouco em relação ao conjunto de referência “dano moral”, o que indica incapacidade para excluir acórdãos impertinentes. Foram consideradas muito estritas aquelas que selecionaram um número irrisório de acórdãos em comparação com o conjunto de referência.

Dentre as palavras-chave que selecionaram quantidades semelhantes (e distantes dos extremos) escolheu-se uma para cada tribunal, com base em análise exploratória dos casos levantados (verificando-se se o conjunto levantado trazia casos pertinentes e excluía casos impertinentes à pesquisa).

Para verificar com exatidão o grau em que os vários conjuntos de acórdãos levantados para cada tribunal se sobrepõem, seria necessário fazer listagens com todas as palavras-chave e combinações e cruzá-las, para verificar repetições. No entanto, diante da excessiva quantidade de acórdãos, tal procedimento não era factível.

Apenas foi possível fazer listagens com todas as palavras-chave e cruzá-las para a Justiça Federal, a qual apresenta uma quantidade de decisões menor e, portanto, manejável.

Alguns tribunais, além disso, apresentaram dificuldades especiais. O sistema de busca da base de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) não apresenta resultados de buscas acima de 1000 decisões, o que o tornou inutilizável para esta fase da pesquisa. Como nos pareceu importante manter este tribunal especificamente, por ser ele normalmente considerado nos meios jurídicos como um tribunal especialmente “progressista”, recorremos à base de jurisprudência da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), para acessar os acórdãos do TJRS na fase de elaboração da listagem (posteriormente, definida a amostra, os acórdãos foram acessados pelo número, diretamente da base de dados do TJRS).

A base de dados do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª. Região, por sua vez, mostrou-se insensível a qualquer palavra-chave (ver Anexo1). Aparentemente, trata-se de um problema

relacionado ao modo muito geral como são redigidas as ementas nesta corte. Em razão disso, para este tribunal, foi necessário empregar a palavra-chave geral “dano moral”.

Neste ponto, é necessário dizer algumas palavras sobre as bases de dados de jurisprudência dos tribunais em geral. Há tribunais cujos *sites* sequer funcionam, impedindo o acesso às decisões da corte (este foi um fator que excluiu a possibilidade de consideração de certos tribunais nesta pesquisa). Além disso, pelo que se apurou, não são todos os acórdãos – mas acórdãos selecionados – que compõem a base de dados de jurisprudência dos tribunais. Há tribunais que permitem acesso a todas as decisões, mas com base em dados como número do processo, nome das partes, nome do advogado, etc. Trata-se de informações que, naturalmente, apenas as partes e seus advogados possuem. Além disso, não há informações claras sobre o modo como são selecionadas as decisões incluídas nas bases de dados.

Isso indica pelo menos duas coisas importantes para esta pesquisa (e para levantamentos de jurisprudência em geral).

Em primeiro lugar, indica que os tribunais não estão diretamente preocupados com a transparência da jurisprudência para a opinião pública (geral ou especializada), mas com as necessidades específicas das partes e seus advogados.

Embora isto possa parecer razoável à primeira vista (afinal, a prestação jurisdicional destina-se em primeira linha às partes e a criação e manutenção de uma base de dados implica custos), é preciso notar que tal política institucional resulta na falta de transparência em relação ao exercício de poder pelo Judiciário. Esta falta de transparência parece-nos especialmente grave se considerarmos que algumas pessoas (advogados especializados em responsabilidade civil ou réus frequentes, como bancos) são capazes de conhecer a jurisprudência dos tribunais, com base em sua experiência própria, enquanto os cidadãos em geral não tem meios de fazê-lo.

Em segundo lugar, é importante deixar muito claro que todo levantamento feito a partir de tais bases de dados não é, em realidade, um levantamento acerca da jurisprudência de cada tribunal, pois não há como saber qual a quantidade de decisões em um ou outro sentido que deixaram de ser colocadas na base de dados. Trata-se, na verdade, de levantamentos sobre o que poderíamos chamar de “a face pública” da jurisprudência de cada tribunal, isto é, sobre aquilo que o tribunal decide (ao disponibilizar certas decisões para consulta pública) que quer que seja considerado como sendo sua jurisprudência. Diante disso, generalizações quantitativas são problemáticas e precisam ser feitas com cautela.

Naturalmente, a tecnologia facilitou enormemente o acesso a decisões judiciais em comparação com épocas anteriores. No entanto, parece-nos que se manteve, apesar do avanço tecnológico, uma maneira de ver a jurisprudência característica do tempo das revistas impressas: trata-se, primordialmente, de um serviço dirigido diretamente às partes e seus advogados, voltado a fornecer exemplos de decisões em vários sentidos, as quais permitem a interposição de certos recursos e a argumentação (de autoridade) nas petições judiciais.

Em relação à presente pesquisa, especificamente, esta situação significa que, ainda que fosse possível superar as limitações decorrentes do grande número de decisões (as quais tornam o levantamento difícil mesmo em condições ideais de tempo e financiamento), não seria possível, a rigor, fazer afirmações acerca da jurisprudência (real) do tribunal, mas apenas acerca do conjunto de decisões publicadas na base de dados de jurisprudência (cujos critérios de seleção são obscuros).

Para coleta dos dados, elaborou-se uma tabela (a qual segue em Anexo 2) com as informações a serem anotadas em relação a cada acórdão das amostras. Os quesitos da tabela, cujo objetivo é fornecer informações que nos permitam responder às questões enunciadas acima, foi resultado da reflexão feita a partir do debate doutrinário sobre o tema da quantificação do dano moral, do debate teórico sobre segurança jurídica, bem como da pesquisa exploratória da própria jurisprudência.

Os quesitos da tabela, com suas respectivas explicações seguem abaixo.

1.1 Quesitos da tabela

Abaixo estão reproduzidos todos os quesitos da tabela usada para coleta de dados dos acórdãos, na ordem em que aparecem na tabela. A expressão entre colchetes reproduz o nome da coluna como se encontra na tabela e a ela se segue a explicação sobre o quesito em questão (quando necessário).

As decisões que não tratavam da questão da quantificação do dano moral foram descartadas (ainda que tratassem de outras questões relativas ao dano moral).

Casos em que havia decisão sobre o valor dos danos morais, mas sem fundamentação foram mantidos.

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

Embargos de declaração, Agravos de instrumento e decisões monocráticas foram descartados.

[Tribunal]: Identificação do Tribunal

[Recurso]: Tipo de recurso

[Número]: Número do acórdão **[Órgão]:** Órgão do Tribunal responsável pela decisão.

[Relator]: Desembargador relator do acórdão.

[Gênero]: Gênero do relator.

[Julgado em]: Data de julgamento.

[Unânime/Maioria]: Se decisão unânime ou por maioria.

[Vítima]: Se vítima era pessoa física ou pessoa jurídica.

[Se PJ]: Sendo a vítima pessoa jurídica, se de direito privado, de direito público da administração pública direta ou de direito público da administração pública indireta.

[Se Pública]: Sendo a vítima pessoa jurídica de direito público, se federal, estadual ou municipal.

[Número2]: Número de vítimas que são parte na ação.

[Gênero da Vítima]: Gênero das vítimas que são parte na ação.

[Agressor]: Se o autor do dano é pessoa física ou pessoa jurídica.

[Se PJ3]: Sendo o autor do dano pessoa jurídica, se de direito privado, de direito público da administração pública direta ou de direito público da administração pública indireta.

[Se Pública4]: Sendo o autor do dano é Pessoa Jurídica de Direito Público, se federal, estadual ou municipal.

[Número3]: Número de agressores que são réus na ação.

[Gênero Agressor]: Gênero do autor do dano.

[Seguradora?]: Há seguradora participando da ação?

[Descrição]: Breve descrição dos fatos, feita livremente pelos pesquisadores.

[Constelação]: Tendo-se notado em pesquisa exploratório que os tribunais distinguem os casos não necessariamente com base em um único aspecto, mas com base no conjunto de circunstâncias, procurou-se capturar algumas dessas categorias complexas por meio do quesito “constelação”. A palavra remete à aglutinação de casos, com base em critérios complexos, de modo a formar uma categoria de casos semelhantes, que se repetem. Assim, por exemplo, os tribunais parecem tratar os casos de inscrição indevida do nome de alguém em um dos vários cadastros de devedores inadimplentes como uma categoria de casos distinta de outras hipóteses de violação do direito à honra. Se a tabela agrupasse casos com

base apenas no direito violado, a comparação de valores concedidos poderia apontar uma variação resultante não da falta de uniformidade das decisões dos tribunais, mas da aplicação, por parte dos autores da pesquisa, de um critério para julgar a semelhança e a distinção entre casos concretos diversa daquele usado pelo tribunal. Naturalmente, identificar constelações não é tarefa fácil, nem tampouco passível de realização com base em critérios objetivos. As constelações que usamos foram definidas com base na própria experiência de leitura das decisões. As constelações que testamos na coleta foram as seguintes:

• Abuso de Autoridade
• Abuso de Direito
• Acidente de Trabalho
• Acidente de Trânsito
• Agressão Física
• Assédio Moral/Sexual no Trabalho
• Atraso/Cancelamento de voo
• Bloqueio de cartão de crédito/conta bancária
• Call Center
• Calúnia
• Clonagem Cartão de Crédito
• Cobrança Indevida
• Corte indevido de serviços básicos (Luz, Água, Telefone, Gás)
• Demissão Irregular
• Demora em atendimento médico
• Descontos indevidos em folha de pagamento
• Descumprimento de decisão judicial
• Difamação
• Doença Ocupacional
• Erro Judicial
• Erro Médico

• Extravio de bagagem
• Extravio de correspondência
• Falta de conservação de áreas públicas
• Homicídio culposo
• Homicídio doloso
• Inadimplemento Contratual
• Injúria
• Injúria c elemento racista
• Injúria c elemento de gênero/orientação sexual
• Inscrição no SERASA/SPC/CCF/ Protesto indevido
• Leilão indevido de objetos penhorados
• Morte de detento
• Ofensa a direito reprodutivo/sexual
• Ofensa ao meio ambiente
• Paralisação de obras públicas
• Prisão ilegal
• Prisão ilegal durante a ditadura militar
• Punição disciplinar não razoável de militar
• Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)
• Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)
• Revista íntima abusiva
• Suspensão indevida de benefício previdenciário
• Suspensão indevida de funcionário público
• Uso Indevido de Imagem
• Uso indevido de propriedade intelectual
• Violação de sigilo de correspondência

[Dano]: Qual o dano causado? Trata-se de mais uma tentativa (ao lado da constelação e do direito violado, este tratado em seguida) de identificar possíveis critérios de julgamento da semelhança entre casos para permitir a comparação entre

acórdãos. Como os danos passíveis de ocorrer na realidade estão sujeitos a uma variação infinita, escolhemos trabalhar com aqueles que apresentam maior uniformidade, de modo a permitir a comparação entre vítimas diversas. Estes danos são capazes de fornecer um modo de testar a hipótese de que os tribunais consideram o tipo de dano no cálculo do valor do dano moral, atribuindo valores semelhantes para danos semelhantes.

- Esterilidade
- Morte
- Paraplegia
- Tetraplegia

[Direito Violado]: Qual direito da vítima foi violado? Foram marcados apenas os casos em que o próprio tribunal consignou o direito violado. Não teria sido possível evitar o risco de dissenso nessa avaliação (com conseqüente distorção da análise sobre a existência ou não de uniformidade e proporcionalidade nos julgamentos dos tribunais) caso a definição do direito violado dependesse da análise de cada pesquisador, especialmente porque não trabalhamos com acesso aos autos, mas apenas à decisão dos tribunais.

[Dano Estético?] Houve dano estético? Também com relação a este quesito, considerou-se apenas os casos em que o próprio tribunal declarou ter havido dano estético.

[Ricochete?] É caso de reparação de dano por ricochete, isto é, de dano indireto? Também com relação a este quesito, consideraram-se apenas os casos em que o próprio tribunal declarou ter havido dano por ricochete ou dano indireto.

[Difuso?] Trata-se de dano moral difuso?

[Puro?] Trata-se de caso de dano moral puro, ou combinado com dano material?

[Responsabilidade Subjetiva?] Trata-se de hipótese de responsabilidade subjetiva (com culpa) ou objetiva (sem culpa)?

CRITÉRIOS DE CÁLCULO:

Quanto aos critérios de cálculo, objetivo do trabalho é analisar a fundamentação das decisões, isto é, o modo como o próprio tribunal justifica sua posição. Sendo assim, estão listados todos os critérios (e apenas aqueles) que realmente apareceram no discurso dos próprios tribunais. Fez-se apenas uma redução das expressões sinônimas a uma mesma categoria. Em casos duvidosos, entenderam-se as expressões distintas como representando critérios distintos, deixando-se sua eventual redução a uma categoria única para o momento da análise. Foi o caso, por exemplo, do critério do “objetivo pedagógico” da reparação por dano moral. Do ponto de vista analítico, ele pode ser considerado como exprimindo a mesma ideia que os critérios “punitivo” e “preventivo”, mas foram mantidos na tabela como critérios separados. Nosso objetivo foi respeitar ao máximo possíveis nuances dadas à questão da quantificação dos danos morais pelos tribunais.

Não foi feita distinção por votos: os critérios mencionados em todos os votos foram computados como critérios do acórdão. Aqueles que foram mencionados em mais de um voto no mesmo acórdão foram computados apenas uma vez.

Anotamos tanto os casos em que o critério era empregado pelo tribunal, quanto os casos em que o tribunal se manifestava expressamente contrário à aplicação do critério em questão.

[Enriquecimento sem causa]: A reparação não deve enriquecer a vítima.

[Extensão do dano]: A reparação mede-se pela extensão ou gravidade do dano (sofrimento, humilhação, vexame, dor, etc.) sofrido pela vítima. Neste quesito encaixamos todas as expressões que remetem à ideia de medir a repercussão do ilícito sobre a vítima do

dano. Expressões como “repercussão da ofensa ou do dano”, “sequelas oriundas do dano” foram encaixadas neste quesito. Distinguiu-se este critério de outros voltados à conduta do autor do ilícito. Algumas expressões podem ser ambíguas, como “duração da conduta” ou “intensidade da conduta”. Em casos assim, determinou-se pelo contexto, se a questão é que uma conduta prolongada ou intensa *repercute mais extensamente sobre a vítima* (caso em que se encaixa no presente quesito) ou se a questão é que uma conduta prolongada ou intensa é especialmente reprovável (caso em que não se encaixará neste quesito, por estar voltada à reprovabilidade da conduta do agressor e não à extensão do dano sofrido pela vítima).

[Posição da Vítima] Posição social da vítima. Trata-se da consagração de um raciocínio como “a violação de um direito de uma pessoa com posição social mais destacada gera prejuízo mais grave do que a violação de um direito de uma pessoa com posição social menos destacada ou não muito boa”. Seria o caso de o tribunal considerar o fato de alguém ser juiz, ou político, ou dona de casa, etc. para calcular o valor do dano. Separamos esses casos daqueles em que se considera diretamente a “capacidade econômica” da vítima. Embora este critério possa ser posteriormente analisado em conjunto com os do quesito presente, é interessante que seja possível analisá-lo também em separado, uma vez que pode estar mais diretamente ligado com a questão do enriquecimento sem causa.

[CL: Pos Vítima] Coluna para transcrição textual da expressão empregada pelo acórdão ao considerar a posição social da vítima.

[Posição do Agressor] Posição social do agressor, nos mesmos termos da aplicação do critério à vítima.

[CL: Pos Agressor] Coluna para transcrição textual da expressão empregada pelo acórdão ao considerar a posição social do agressor.

[Cap Econômica Vítima] Capacidade econômica da vítima.

[Cap Econômica Agressor] Capacidade econômica do autor do ilícito.

[Periculosos/Insalubr] Consideração pelo tribunal do fato de que a vítima recebe adicional de periculosidade ou de insalubridade.

[Indeniz Alternativa] Consideração pelo tribunal do fato de que a vítima recebe indenizações de outras fontes, como da previdência social.

[Quais indeniz. altern.?.] Coluna para anotação do tipo de indenização alternativa levada em conta pelo tribunal.

[Razoabilidade] Uso da expressão “razoabilidade” como critério, ou de expressão equivalente, como “moderação”.

[Equidade] Casos de referência expressa à equidade ou à igualdade. Além disso, Foram considerados também argumentos que remetem à ideia de igualdade, como “está de acordo com o usualmente deferido por esta Justiça/Turma/Tribunal para casos análogos”.

[CL: Equid] Coluna para transcrição textual da expressão empregada pelo acórdão ao considerar a equidade.

[Proporcionalidade] Casos de referência expressa à proporcionalidade ou argumentos que remetem a essa ideia, como “o valor dado para o dano morte é x, portanto o valor para dano lesão corporal deve ser x/2”.

[CL: Proporc] Coluna para transcrição textual da expressão empregada pelo acórdão ao considerar a proporcionalidade.

[Critério Material] Critérios para cálculo de dano moral que sejam a rigor patrimoniais, como renda perdida.

[CL: Crit Mat] Coluna para transcrição textual da expressão empregada pelo acórdão ao considerar o critério material.

[Concausa] Consideração da culpa concorrente da vítima.

[Indústria Moral] Preocupação com a prevenção da proliferação de ações judiciais incentivadas pelos altos valores das indenizações, isto é, com a chamada “indústria do dano moral”.

[Punitivo] Referência expressa à intenção, objetivo ou função de punir o autor do ilícito.

[Pedagógico] Referência expressa a objetivo ou função pedagógica da responsabilidade civil por danos morais.

[Preventivo] Referência expressa à intenção, objetivo ou função de prevenir a prática de ilícitos. Neste caso, verificou-se também o tipo de prevenção buscada: se prevenção especial negativa; prevenção geral negativa; ou prevenção positiva.

[Simple Violação] Referência a condenação pela simples violação de um direito, sem necessidade de ocorrência ou comprovação de dano. Incluem-se os casos em que se afirma textualmente que o dano moral prescinde de prova ou está *in re ipsa*.

[Grau de Culpa] Consideração do grau de culpa do autor do ilícito (para o cálculo do valor do dano moral e não simplesmente para a imputação de responsabilidade em caso de responsabilidade subjetiva).

[Ganhos Obtidos] Consideração dos ganhos obtidos pelo agressor por meio da prática do ato ilícito.

[Circunst Fáticas] Referência genérica às circunstâncias fáticas do caso.

[Lapso Temporal] Tempo transcorrido entre a prática do ilícito e a propositura da ação de responsabilidade civil.

[Práticas atenuantes] Consideração de medidas tomadas pelo autor do ilícito para atenuar o dano sofrido pela vítima.

[Cond partes antes/depois] Consideração da conduta da vítima e/ou do autor do ilícito antes e/ou depois da prática do ilícito.

FIM DOS CRITÉRIOS DE CÁLCULO.

[Prova Presumida?] Houve prova presumida? Este quesito diferencia-se do critério do dano *in res ipsa* pelo fato de ser observado independentemente de haver referência a este fato no próprio discurso de fundamentação da sentença em relação ao cálculo do valor do dano.

[Doutrina] Há referência a obras doutrinárias (no que se refere especificamente ao cálculo do dano moral)? Em caso positivo, anotou-se o nome do autor e da obra.

[Reconstrução?] O tribunal reconstrói o argumento do autor citado? Para evitar o subjetivismo no momento da análise, foram classificados como casos de ausência de reconstrução do argumento apenas casos em que, de forma muito clara, o Juiz elenca citações sem nenhuma análise.

[Precedente (s)] Há citação de precedentes jurisprudenciais (com relação à questão do cálculo dos danos morais)? Foram incluídas apenas decisões específicas citadas (e não meras referências à política/jurisprudência do tribunal/turma/tribunal superior).

[Origem] Os precedentes citados são do mesmo órgão (Câmara, Seção) do acórdão analisado?

[Reconstrução?6] Há reconstrução da racionalidade dos precedentes citados? Para evitar o subjetivismo no momento da análise, foram classificados como NÃO apenas casos em que, de forma muito clara, o Juiz elenca citações de casos sem nenhuma análise.

[Legislação] Legislação citada.

[Princípio de Dir] Há referência expressa a princípios de direito? Consideraram-se apenas os casos em que o próprio tribunal usou o termo “princípio”.

[Argumentos Externos?] O tribunal emprega textualmente argumentos de fontes externas, isto é, não-jurídicas? Foram considerados externos ao direito argumentos que, expressamente, faziam menção a algo que não seja uma fonte de direito reconhecida (regra legal, princípio, doutrina, jurisprudência).

Exemplos: citação textual de cientistas sociais, economistas, filósofos, agentes sociais, experiências pessoais do juiz (como na expressão: “eu já tive meu nome inscrito no SERASA, por isso [...]”), considerações sobre a sociedade, sobre a política, a economia, a natureza humana etc. Não se considerou externa a menção ao trabalho dos peritos.

[Valor 1ª Instância] Valor da reparação por danos morais na primeira instância.

[Valor 2ª instância] Valor da reparação por danos morais na segunda instância.

As análises de valores foram feitas conforme o valor concedido por vítima.

Alguns acórdãos deferem valores apenas em salários mínimos. Nestes casos, para efeitos de análise, convertemos o valor para reais com base no valor do salário mínimo nacional vigente à época do julgamento do acórdão.

Alguns acórdãos deferem valores com base em outros parâmetros, como o salário da vítima. Nesses casos, não havendo no acórdão informações que permitissem a conversão do valor em reais, para efeitos de análise, consideramos o valor da reparação como não constando.

[Adicion peric/insalub] Casos em que consta a existência de adicional de periculosidade ou insalubridade, mas não como parte do argumento do tribunal para o cálculo dos danos morais.

[Outras indenizações] Casos em que consta a existência de outras indenizações (por exemplo, previdenciárias), mas não como parte do argumento do tribunal para o cálculo dos danos morais.

[Observações] Observações gerais feitas pelos pesquisadores, especialmente para marcar alguma singularidade do caso.

2 Resultados do levantamento

2.1 Quanto às características dos casos julgados

- **Tribunais estaduais**

Nos tribunais estaduais, a constelação que mais ocorreu foi “Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido”, com 51% dos casos. Os valores das reparações concedidas para todos os casos analisados podem ser obtidos na tabela referente à Justiça estadual, no Anexo 2.

Segue a tabela completa com a ocorrência das constelações testadas:

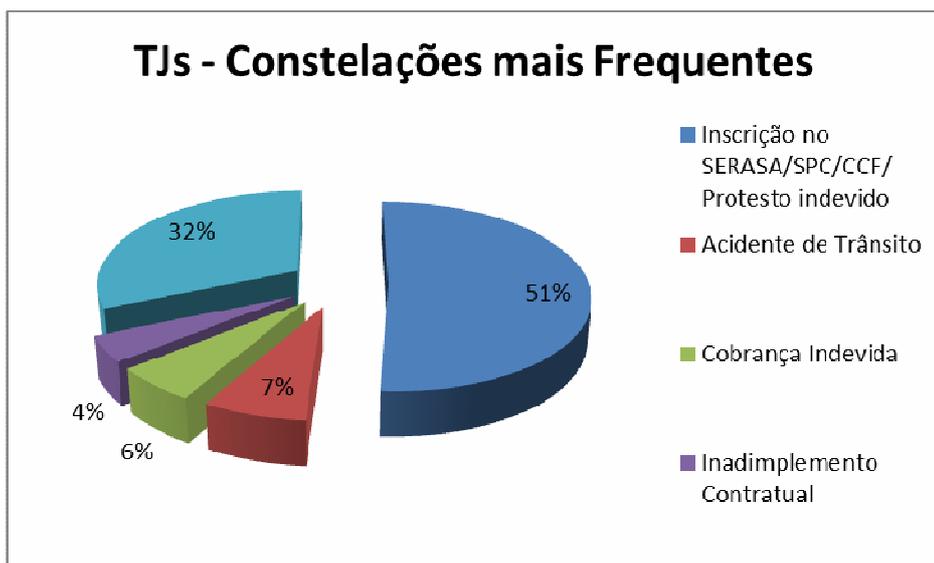
CONSTELAÇÕES	OCORRÊNCIAS
Abuso de Autoridade	3
Abuso de Direito	3
Acidente de Trabalho	10
Acidente de Trânsito	28
Agressão Física	2
Assédio Moral/Sexual no Trabalho	1
Atraso/Cancelamento de voo	1
Bloqueio de cartão de crédito/conta bancária	1
Call Center	0
Calúnia	0
Clonagem Cartão de Crédito	1

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

Cobrança Indevida	23
Corte indevido de serviços básicos (Luz, Água, Telefone, Gás)	13
Demissão Irregular	1
Demora em atendimento médico	0
Descontos indevidos em folha de pagamento	2
Descumprimento de decisão judicial	1
Difamação	2
Doença Ocupacional	0
Erro Judicial	2
Erro Médico	3
Extravio de bagagem	2
Extravio de correspondência	0
Falta de conservação de áreas públicas	3
Homicídio culposo	2
Homicídio doloso	1
Inadimplemento Contratual	17
Injúria	3
Injúria c elemento racista	1
Injúria c elemento de gênero/orientação sexual	0
Inscrição no SERASA/SPC/CCF/ Protesto indevido	198
Leilão indevido de objetos penhorados	0
Morte de detento	3

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

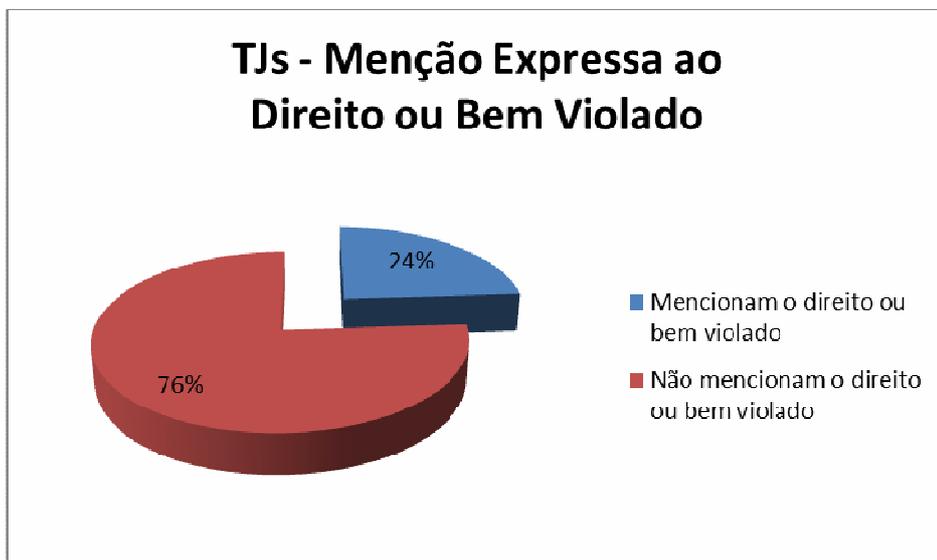
Ofensa a direito reprodutivo/sexual	1
Ofensa ao meio ambiente	0
Paralisação de obras públicas	0
Prisão ilegal	0
Prisão ilegal durante a ditadura militar	0
Punição disciplinar não razoável de militar	0
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	2
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	0
Revista íntima abusiva	4
Suspensão indevida de benefício previdenciário	0
Suspensão indevida de funcionário público	1
Uso Indevido de Imagem	2
Uso indevido de propriedade intelectual	0
Violação de sigilo de correspondência	0
Outro	46



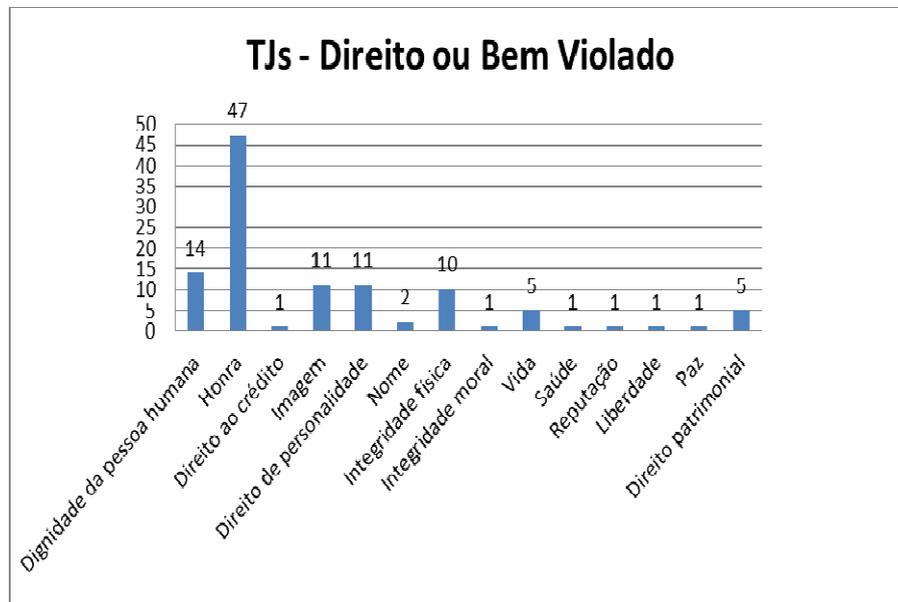
Com relação aos danos testados, ocorreram apenas casos de morte e de tetraplegia, conforme tabela abaixo.

DANO	OCORRÊNCIAS
Esterilidade	0
Paraplegia	0
Morte	24
Tetraplegia	1

No que se refere aos direitos violados, verificou-se que a maior parte das decisões não estabelecem expressamente o direito ou o bem que se considera ter sido violado. Apenas em 24% das decisões analisadas encontra-se referência expressa ao direito ou bem violado.

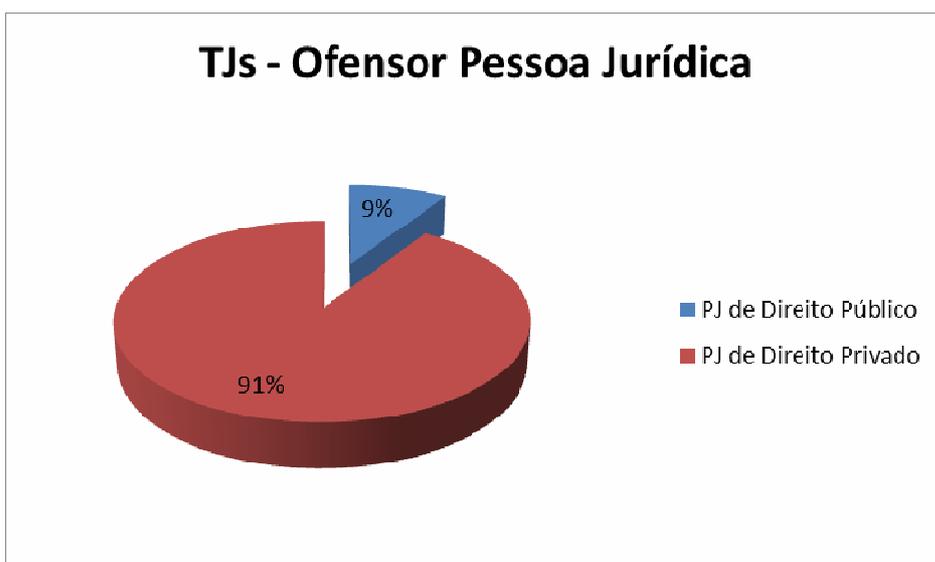
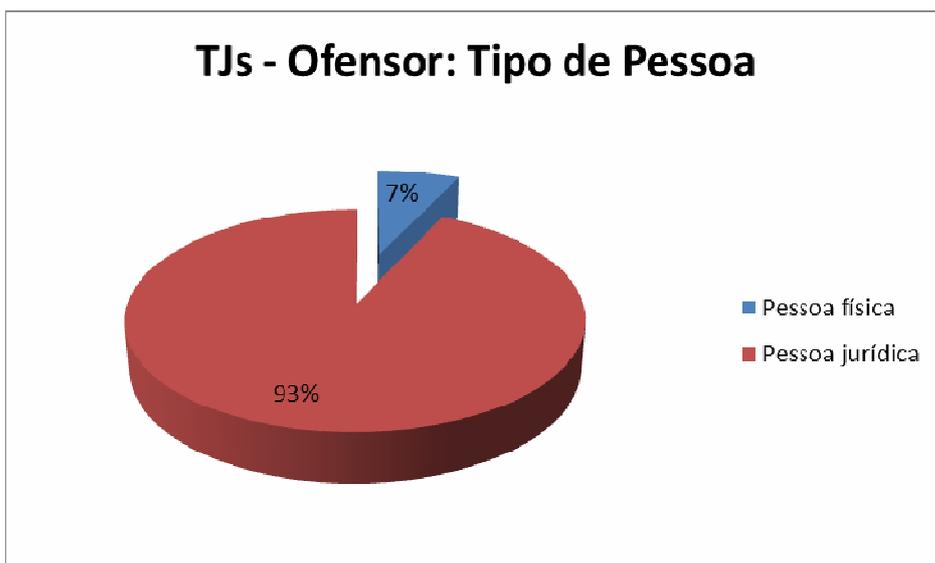


Dentre os casos que referem expressamente o direito ou bem violado, a maior parte trata de violação ao direito à honra (47 ocorrências), com se vê no gráfico abaixo.

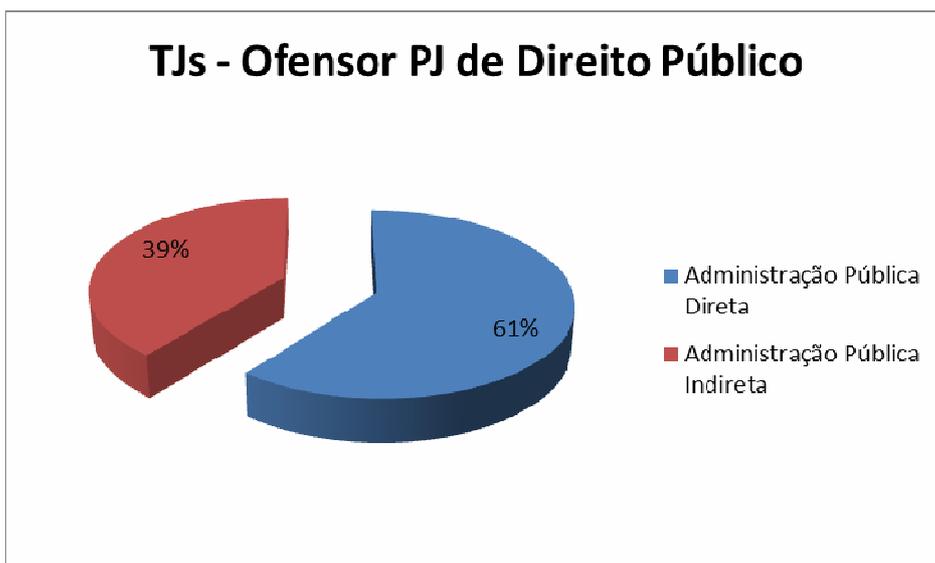


A maior parte dos ofensores (93%) eram pessoas jurídicas, dentre as quais 91% eram pessoas jurídicas de direito privado e 9% eram pessoas jurídicas de direito público.

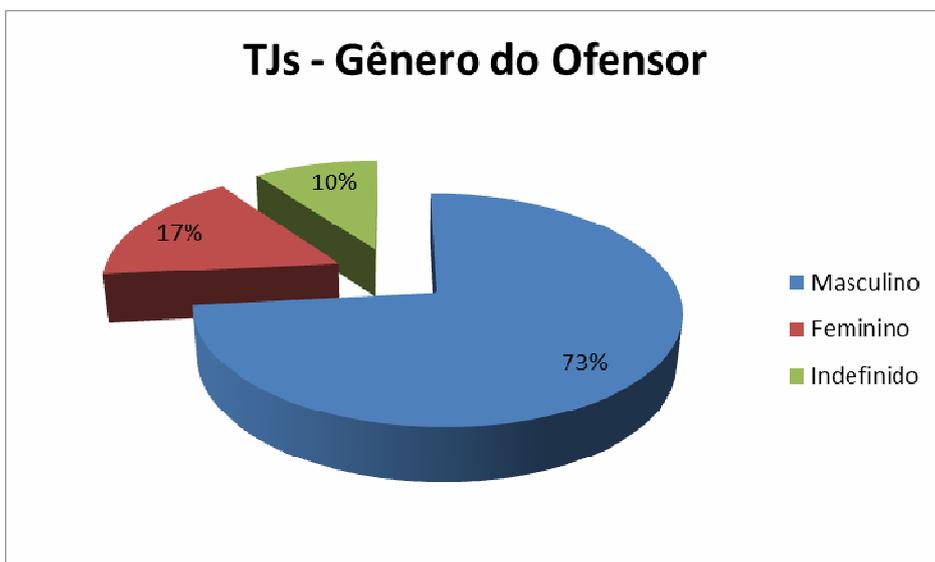
Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça



Dentre as pessoas jurídicas de direito público, 61% eram da Administração Pública Direta e 39% da Administração Pública Indireta.

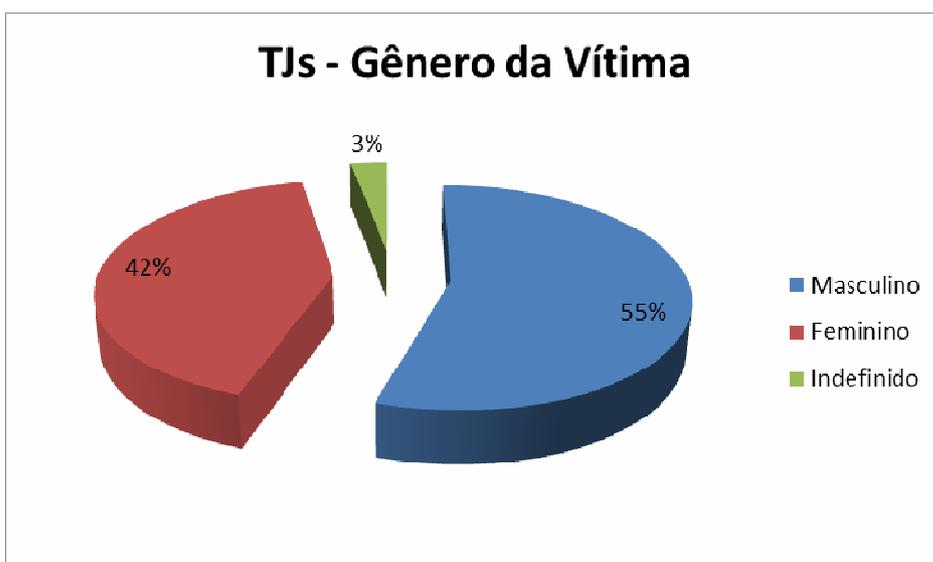
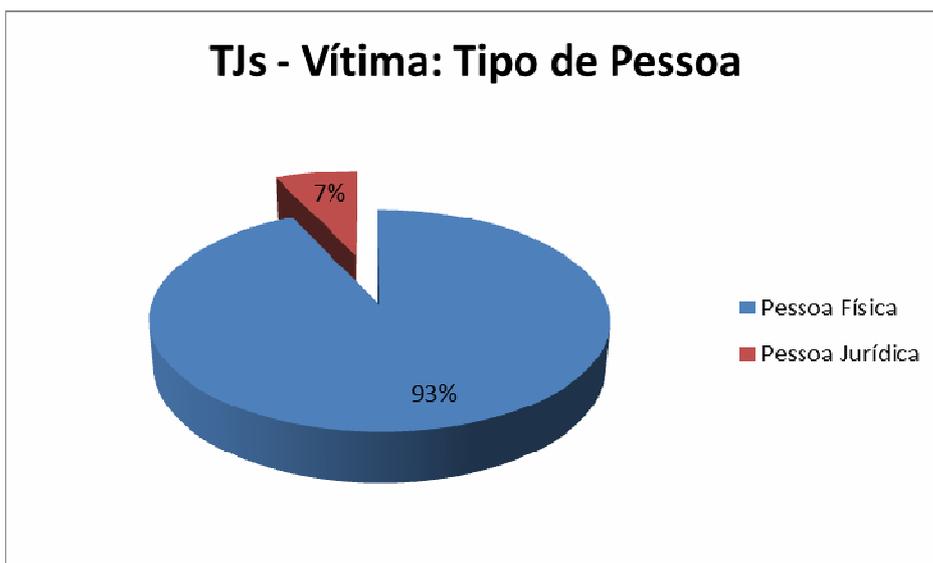


Dentre os ofensores pessoas físicas, por sua vez, os homens eram a maioria (73%).



As vítimas, por outro lado, eram em sua maioria pessoas físicas (93%), dentre as quais 55% eram homens. As vítimas pessoa jurídica, por sua vez, eram todas de direito privado.

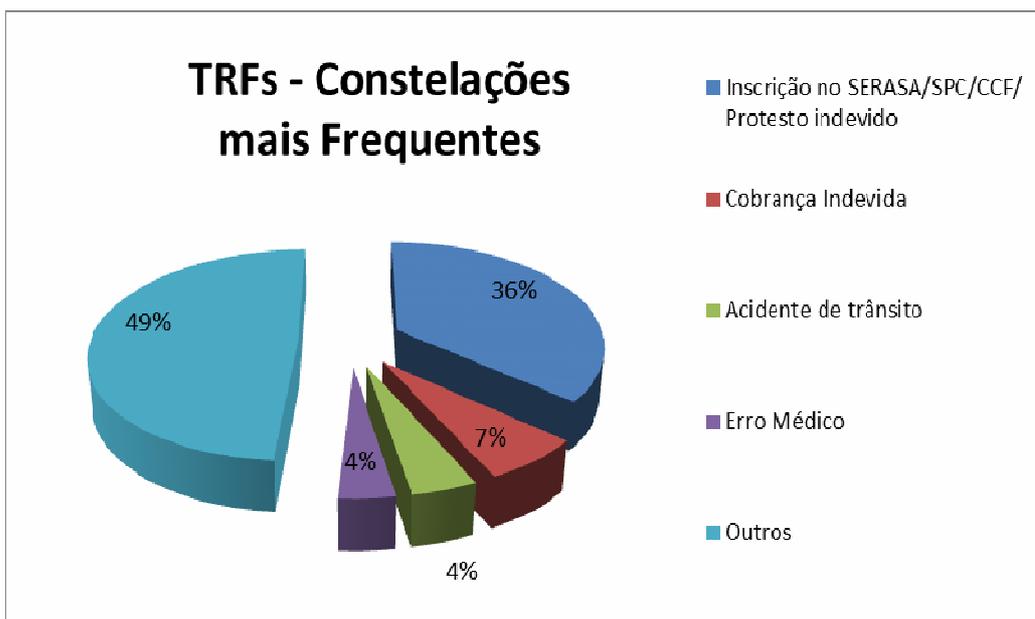
Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça



- ***Tribunais Regionais Federais***

Nos Tribunais Regionais Federais, a constelação mais frequente foi, igualmente, “Inscrição no SERASA/SPC/CCF/ Protesto indevido” (49% dos casos).

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça



Segue a tabela completa com a ocorrência das constelações testadas:

CONSTELAÇÕES	OCORRÊNCIAS
Abuso de Autoridade	4
Abuso de Direito	2
Acidente de Trabalho	9
Acidente de Trânsito	13
Agressão Física	2
Assédio Moral/Sexual no Trabalho	0
Atraso/Cancelamento de voo	0
Bloqueio de cartão de crédito/conta bancária	10
Call Center	0
Calúnia	1

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

Clonagem Cartão de Crédito	8
Cobrança Indevida	20
Corte indevido de serviços básicos (Luz, Água, Telefone, Gás)	1
Demissão Irregular	0
Demora em atendimento médico	0
Descontos indevidos em folha de pagamento	3
Descumprimento de decisão judicial	4
Difamação	1
Doença Ocupacional	3
Erro Judicial	1
Erro Médico	11
Extravio de bagagem	0
Extravio de correspondência	4
Falta de conservação de áreas públicas	1
Homicídio culposo	3
Homicídio doloso	3
Inadimplemento Contratual	10
Injúria	1
Injúria c elemento racista	0
Injúria c elemento de gênero/orientação sexual	0
Inscrição no SERASA/SPC/CCF/ Protesto indevido	108
Leilão indevido de objetos penhorados	2

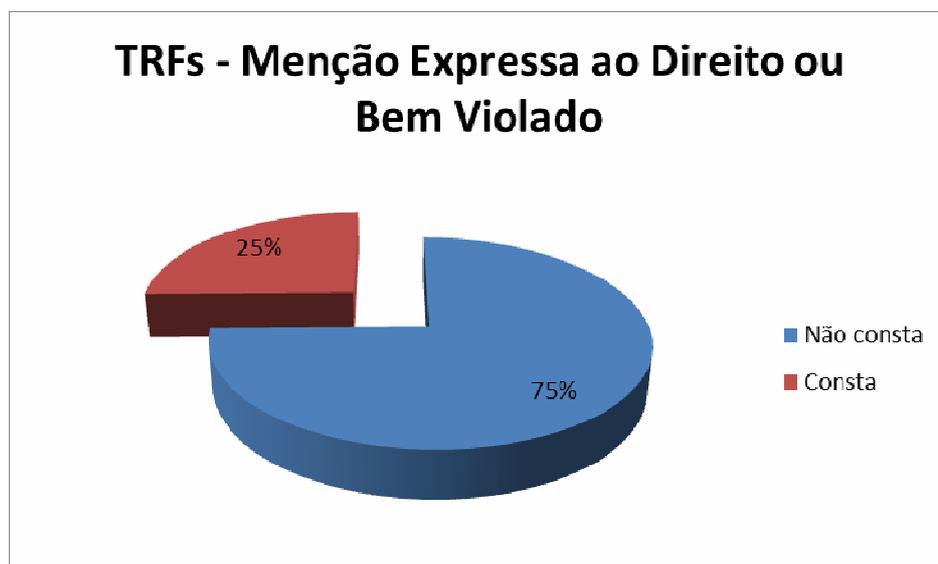
Morte de detento	0
Ofensa a direito reprodutivo/sexual	0
Ofensa ao meio ambiente	0
Paralisação de obras públicas	0
Prisão ilegal	3
Prisão ilegal durante a ditadura militar	0
Punição disciplinar não razoável de militar	1
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	6
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	0
Revista íntima abusiva	2
Suspensão indevida de benefício previdenciário	7
Suspensão indevida de funcionário público	1
Uso Indevido de Imagem	0
Uso indevido de propriedade intelectual	0
Violação de sigilo de correspondência	0
Outro	52

Com relação aos danos testados, ocorreram apenas casos de paraplegia e morte, conforme a tabela abaixo.

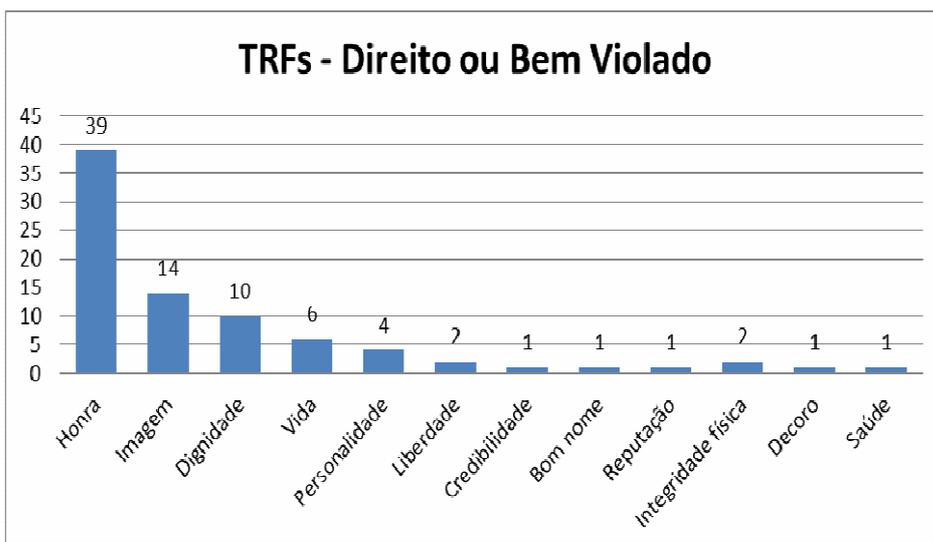
Esterilidade	0
Paraplegia	1
Tetraplegia	0

Morte	29
-------	----

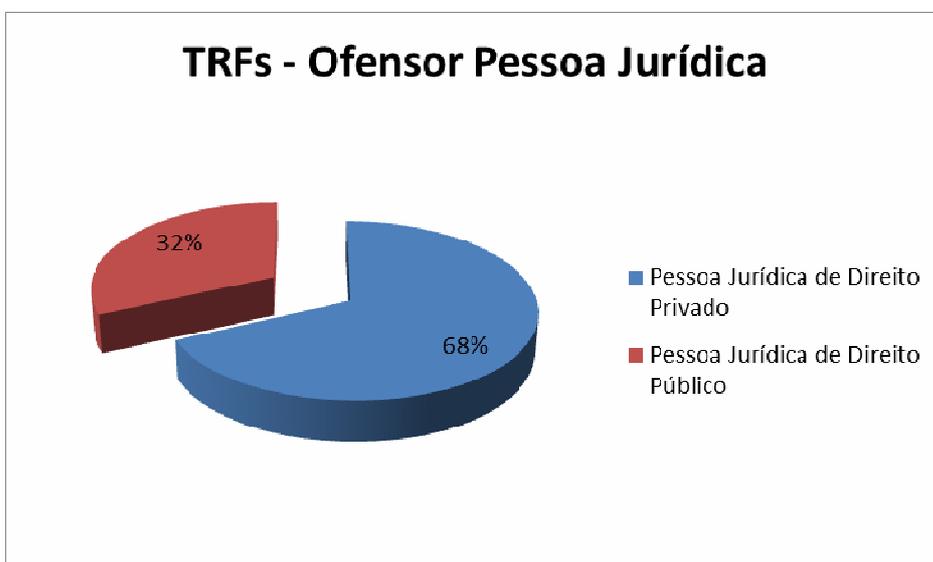
No que se refere aos direitos ou bens violados, verificou-se, mais uma vez, que a maior parte das decisões não estabelece expressamente o direito ou bem que se considera ter sido violado. Apenas em 25% das decisões analisadas encontra-se referência expressa ao direito ou bem violado.



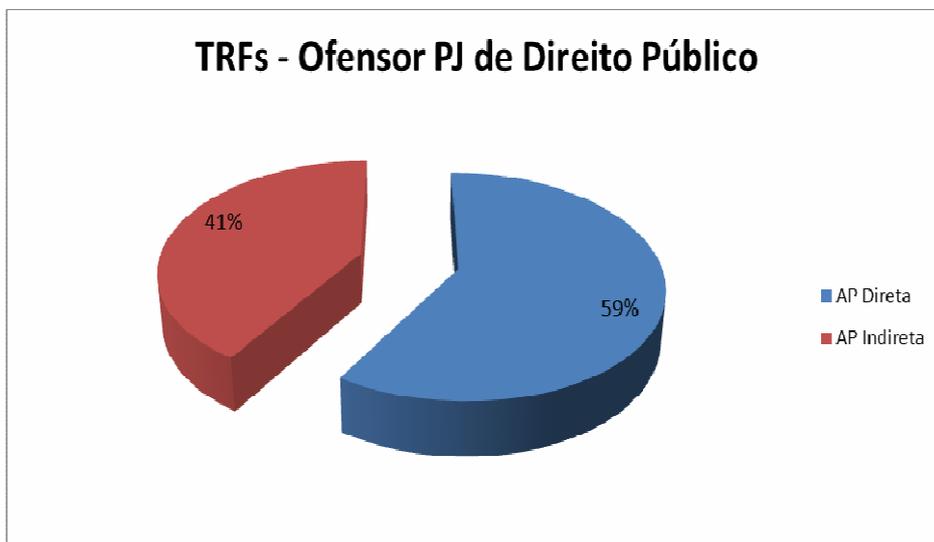
Dentre os casos que referem expressamente o direito ou bem violado, o mais frequentemente citado é o direito à honra (39 ocorrências).



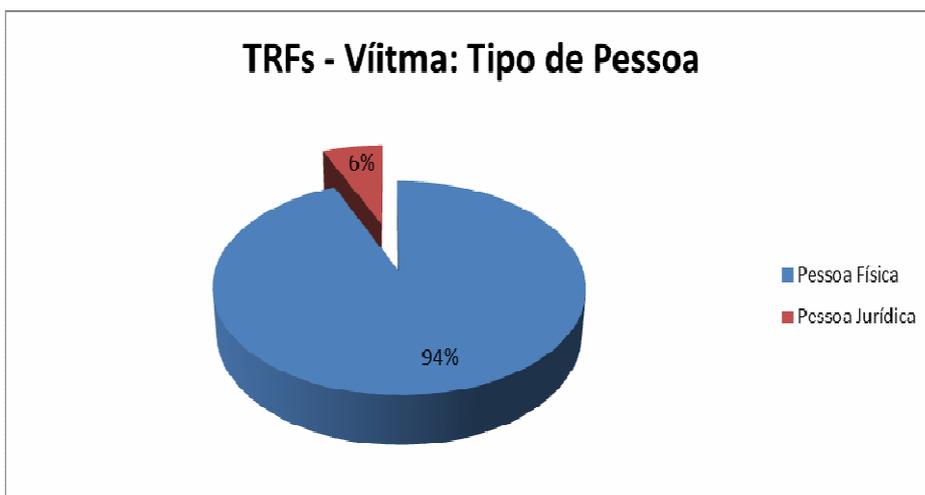
Praticamente a totalidade dos ofensores (99%) eram pessoas jurídicas, dentre as quais 68% eram pessoas jurídicas de direito privado e 32% eram pessoas jurídicas de direito público.



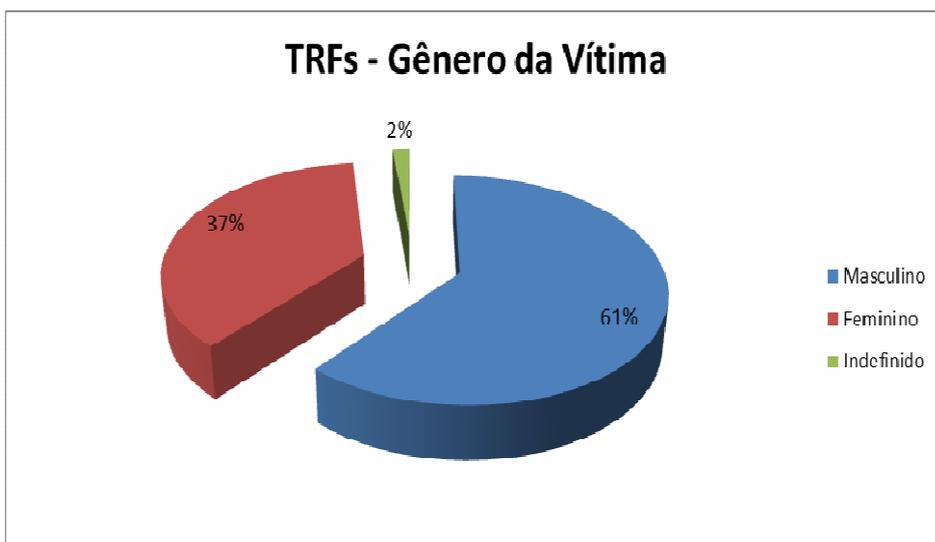
Dentre as pessoas jurídicas de direito público, 59% eram da Administração Pública Direta e 41% da Administração Pública Indireta.



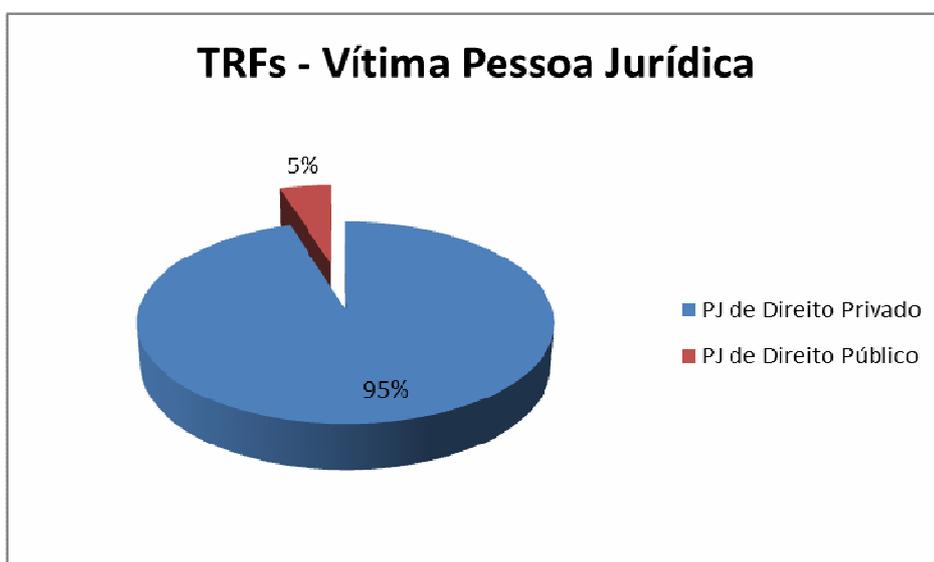
As vítimas, por outro lado, eram em sua maioria pessoas físicas (94%), dentre as quais 61% eram homens e 37% mulheres.



Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

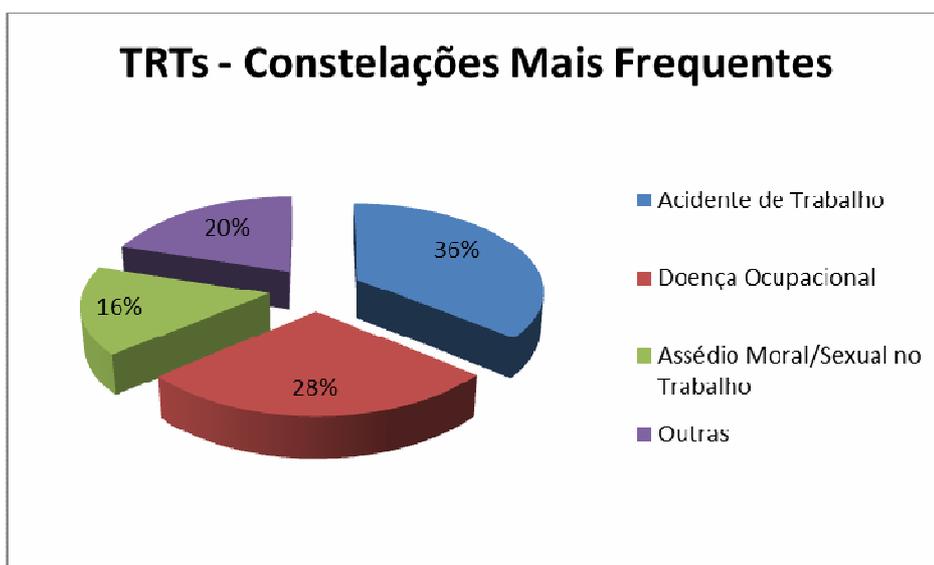


As vítimas pessoas jurídicas, por sua vez, eram na maioria (95%) de direito privado. A única vítima pessoa jurídica de direito público era da Administração Pública indireta.



- *Tribunais Regionais do Trabalho*

Nos Tribunais Regionais do Trabalho, a constelação que mais ocorreu foi “Acidente de Trabalho”, com 36% dos casos. Os valores das reparações concedidas para todos os casos analisados podem ser obtidos na tabela referentes aos Tribunais Regionais do Trabalho, no Anexo 2.



Segue a tabela completa com a ocorrência das constelações testadas:

CONSTELAÇÕES	OCORRÊNCIAS
Abuso de Autoridade	0
Abuso de Direito	4
Acidente de Trabalho	129
Acidente de Trânsito	0
Agressão Física	2
Assédio Moral/Sexual no Trabalho	59
Atraso/Cancelamento de voo	0
Bloqueio de cartão de crédito/conta bancária	0

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

Call Center	0
Calúnia	5
Clonagem Cartão de Crédito	0
Cobrança Indevida	0
Corte indevido de serviços básicos (Luz, Água, Telefone, Gás)	0
Demissão Irregular	19
Demora em atendimento médico	0
Descontos indevidos em folha de pagamento	2
Descumprimento de decisão judicial	4
Difamação	0
Doença Ocupacional	100
Erro Judicial	0
Erro Médico	0
Extravio de bagagem	0
Extravio de correspondência	0
Falta de conservação de áreas públicas	0
Homicídio culposo	0
Homicídio doloso	0
Inadimplemento Contratual	2
Injúria	0
Injúria c elemento racista	0
Injúria c elemento de gênero/orientação sexual	2

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

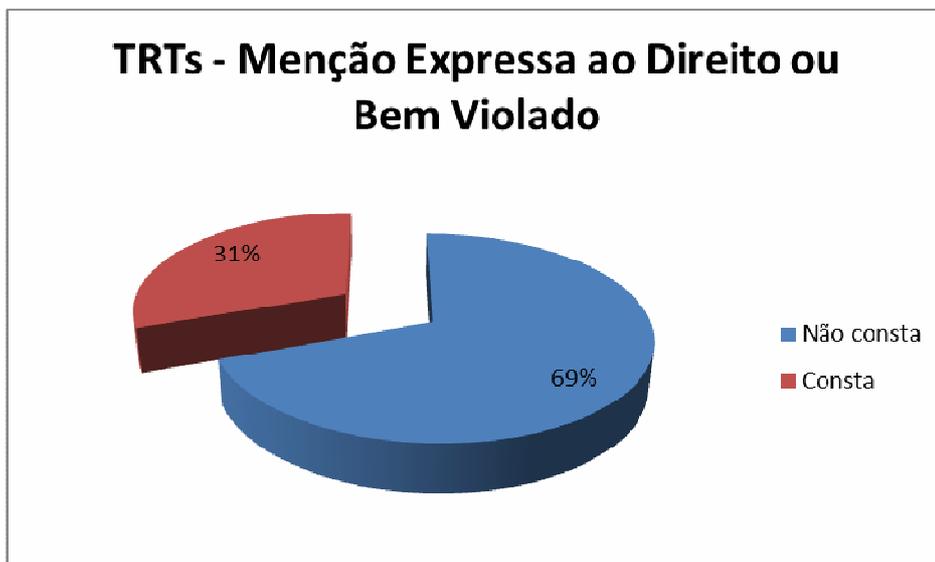
Inscrição no SERASA/SPC/CCF/ Protesto indevido	1
Leilão indevido de objetos penhorados	0
Morte de detento	0
Ofensa a direito reprodutivo/sexual	0
Ofensa ao meio ambiente	0
Paralisação de obras públicas	0
Prisão ilegal	0
Prisão ilegal durante a ditadura militar	0
Punição disciplinar não razoável de militar	0
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	1
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	4
Revista íntima abusiva	0
Suspensão indevida de benefício previdenciário	0
Suspensão indevida de funcionário público	0
Uso Indevido de Imagem	0
Uso indevido de propriedade intelectual	0
Violação de sigilo de correspondência	0
Outro	25

Com relação aos danos testados, ocorreram apenas casos de morte e paraplegia, conforme tabela abaixo.

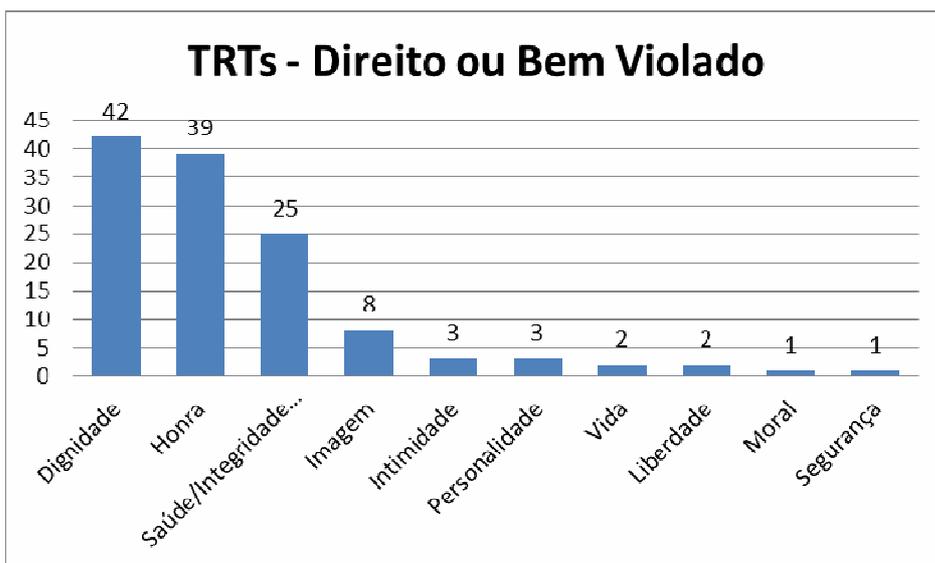
Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

Esterilidade	0
Paraplegia	1
Tetraplegia	0
Morte	12

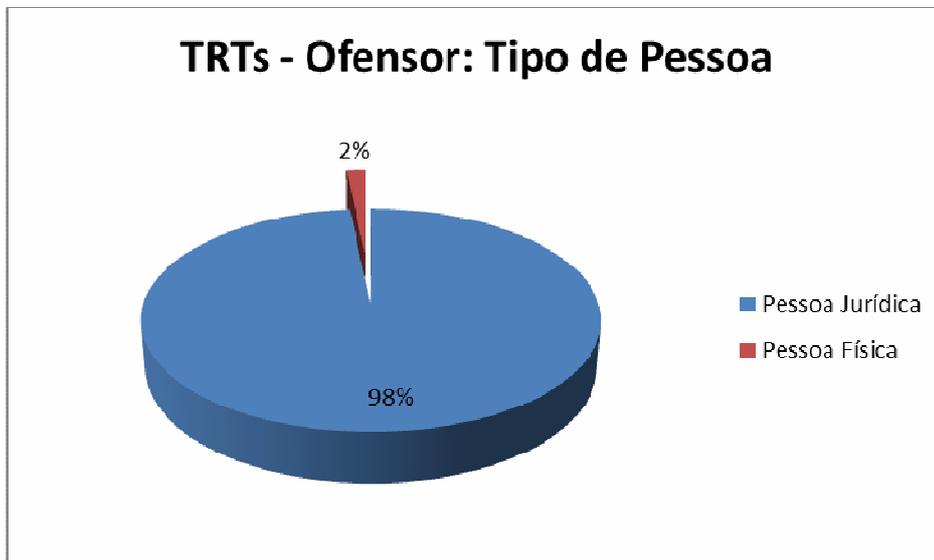
No que se refere aos direitos ou bens violados, verificou-se que a maior parte das decisões não menciona expressamente o direito ou bem que se considera ter sido violado. Apenas em 31% das decisões analisadas encontra-se referência expressa ao direito ou bem violado.

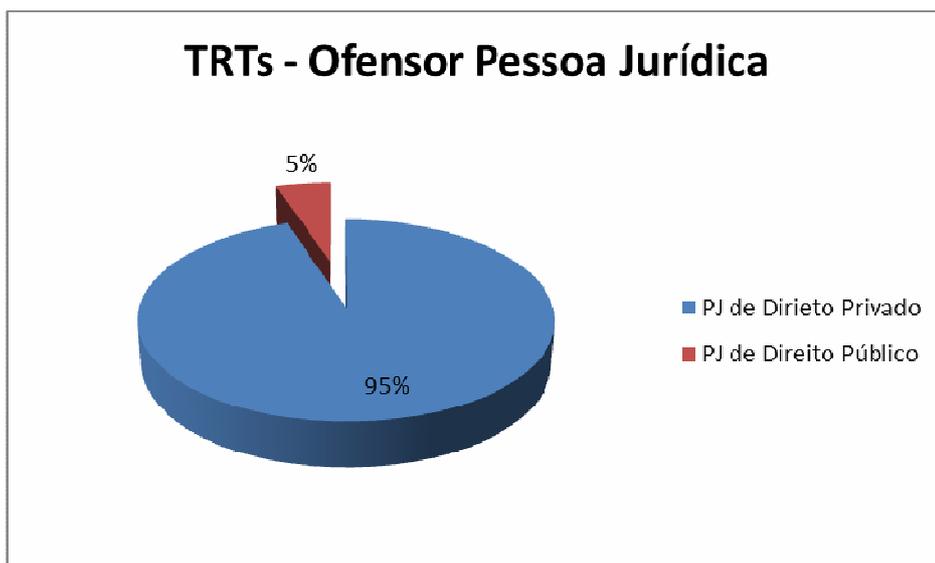


Dentre os casos que referem expressamente o direito ou bem violado, a maior parte trata de violação ao direito à dignidade humana (42 ocorrências), como se vê no gráfico abaixo.

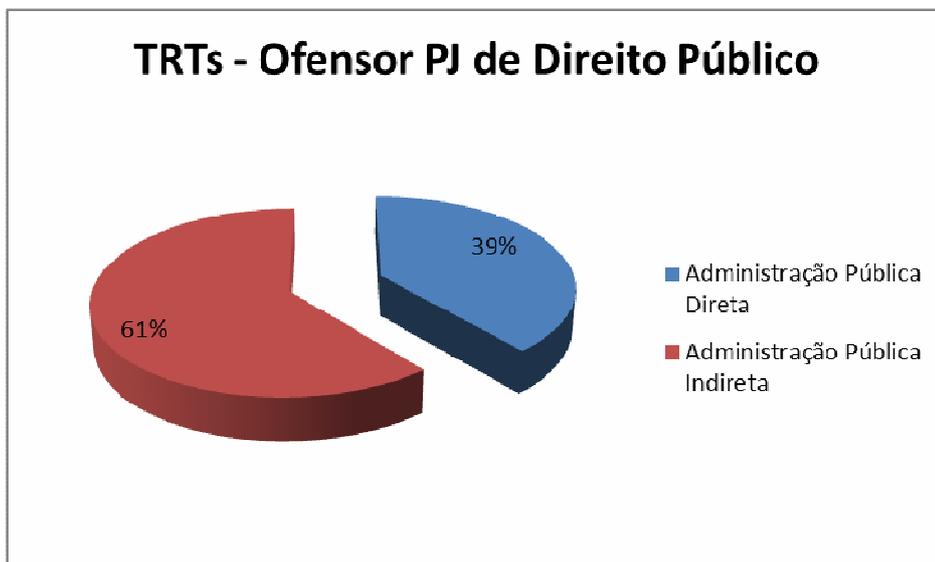


A maior parte dos ofensores (98%) eram pessoas jurídicas, dentre as quais 95% eram pessoas jurídicas de direito privado e 5% eram pessoas jurídicas de direito público.





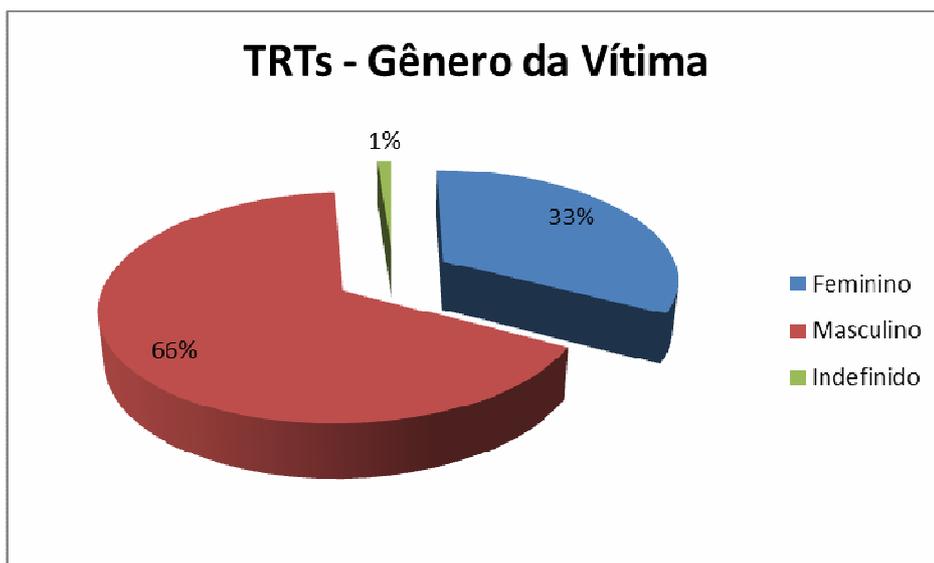
Dentre as pessoas jurídicas de direito público, 61% eram da Administração Pública Indireta e 39% da Administração Pública Direta.



Os raros ofensores pessoas físicas eram quatro homens e duas mulheres.

As vítimas, por outro lado, eram todas pessoas físicas (sendo que uma ação foi proposta pelo espólio de um homem morto em acidente de trabalho).

Quanto ao gênero, 66% das vítimas eram homens e 33% eram mulheres.



2.2 Quanto aos valores da reparação

No que se refere aos valores concedidos a título de reparação por danos morais, há dois aspectos relevantes para os fins deste trabalho.

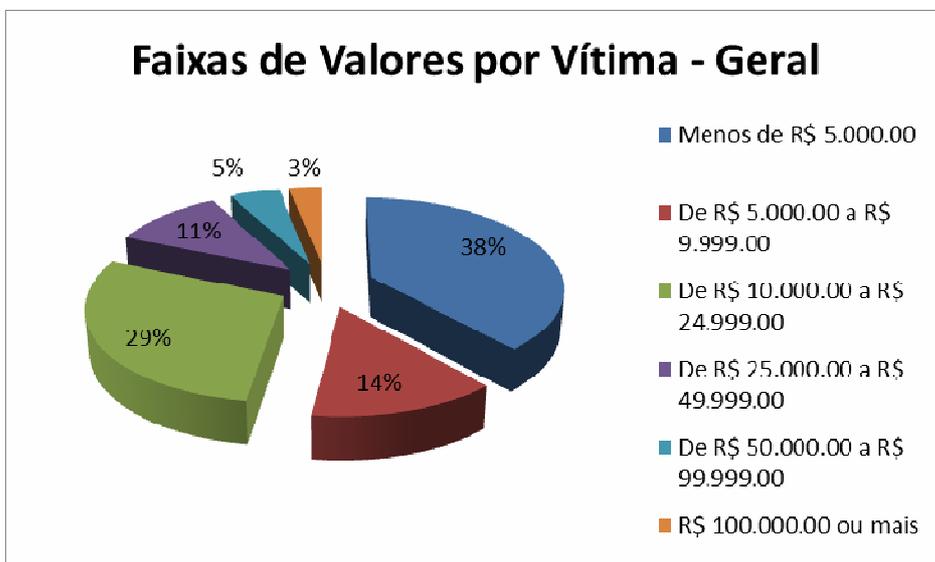
Em primeiro lugar, buscou-se verificar a hipótese de que os valores arbitrados são excessivamente altos. Isto é importante, pois a existência de condenações exorbitantes, com a criação de uma “indústria de danos morais” voltada ao enriquecimento das vítimas, é um dos argumentos comumente invocados em favor da tarifação da reparação por danos morais e do estabelecimento de tetos.

Em segundo lugar, verificar se há grande variação nos valores das reparações em casos semelhantes, de modo a testar a capacidade dos tribunais de conceder tratamento igualitário, evitando o que muitas vezes se denomina de “loteria” dos danos morais.

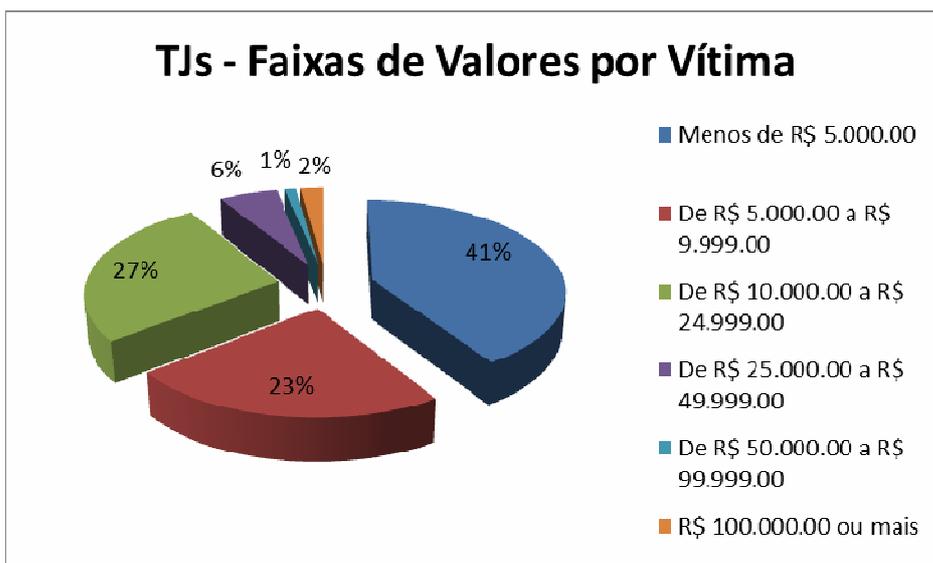
No que se refere à primeira questão, a análise dos valores concedidos pelos tribunais analisados, seja de todos em conjunto, seja de cada amostra separadamente, apresenta uma marcada prevalência de valores baixos.

Combinando-se os resultados de todas as amostras, temos que em 38% dos casos as vítimas receberam menos que R\$ 5.000,00. Em 81% por cento dos casos, esse valor foi de

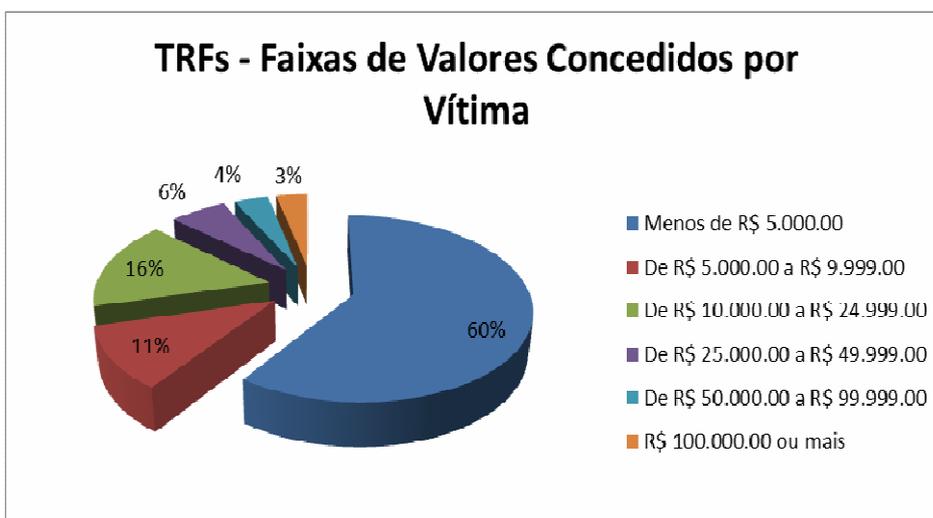
até R\$24.999,00. Os casos em que as vítimas receberam valores superiores a R\$100.000,00 representam apenas 3% do total.



A mesma situação se verifica quando analisamos as amostras separadamente. Assim, nos Tribunais Estaduais, 41% das vítimas receberam menos que R\$ 5 000,00. Em 91% por cento dos casos, esse valor foi de até R\$ 24 999,00. Os casos em que as vítimas receberam valores superiores a R\$100 000,00 representam apenas 2% do total.

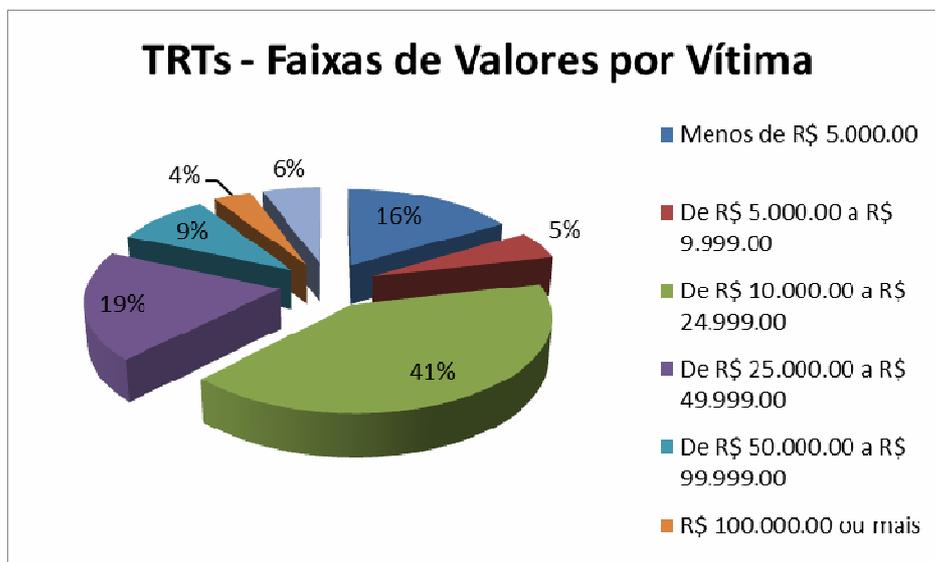


Nos Tribunais Regionais Federais, 60% das vítimas receberam menos que R\$ 5 000,00. Em 87% por cento dos casos, esse valor foi de até R\$24 999,00. Os casos em que as vítimas receberam valores superiores a R\$100 000,00 representam apenas 3% do total.



Finalmente, também nos Tribunais Regionais do Trabalho, o padrão de concentração dos casos nas faixas mais baixas de valores se repete, embora com uma tendência maior à concentração na faixa que vai de R\$ 10 000,00 a R\$ 24

999,00: 16% das vítimas receberam menos que R\$ 5 000,00 e em 62% por cento dos casos, esse valor foi de até R\$ 24 999,00. Os casos em que as vítimas receberam valores superiores a R\$100 000,00 representam apenas 4% do total.



Diante disso, é preciso concluir que a ausência de critérios legais para o cálculo do valor da reparação por danos morais não levou, na jurisprudência dos tribunais analisados, à temida situação de condenação a valores milionários.

A preocupação dos tribunais com a moderação dos valores aparece, inclusive, expressamente no discurso de fundamentação das decisões. Como se verá abaixo, o critério “proibição do enriquecimento sem causa” está entre os mais frequentemente encontrados nas decisões de todas as amostras.

Ao contrário do que supõe o senso comum, portanto, a crítica que se pode fazer aos tribunais, diante dos resultados deste levantamento, é que os valores concedidos podem ser excessivamente baixos, especialmente para cumprir o objetivo *punitivo* da responsabilidade, o qual – conforme também se verá abaixo – é amplamente aceito por esses mesmos tribunais.

A análise da capacidade de os tribunais manterem o tratamento igualitário dos casos é mais difícil. A dificuldade está, justamente, em se estabelecer quais casos são semelhantes – exigindo tratamento semelhante – e quais casos são diferentes – exigindo tratamento diferente.

Um exemplo pode ilustrar bem esta dificuldade. O tipo de dano parece evidentemente um bom modo de determinar a semelhança entre os casos: pessoas que sofrem danos semelhantes devem receber reparações semelhantes. Esta afirmação parece tão óbvia, que é difícil discordar dela.

No entanto, este é um consenso que não nos leva muito longe, pois, mesmo em casos de morte (um dano sobre o qual se pode razoavelmente argumentar que é igual para todos), é possível encontrar distinções.

Imaginemos dois homens mortos por atropelamento. Um deles foi atropelado por um trem ao atravessar a linha férrea em perímetro urbano. Não havia sinalização, nem cancela, e o maquinista não apitou nenhuma vez. Por outro lado, havia boa visibilidade, a vítima costumava transitar pela área e tinha conhecimento da passagem do trem (PORTO ALEGRE, 2008).

O outro estava na pista de um aeroporto, após desembarcar de um avião, esperando na área indicada pela companhia aérea pela van que o transportaria para a sala de passageiros, quando foi atropelado por um ônibus de transporte de passageiros. O acidente ocorreu porque o motorista do ônibus partiu sem verificar se o caminho estava livre e, quando percebeu a iminência do atropelamento, acelerou em vez de frear (pois estava em treinamento e ainda não sabia guiar o ônibus adequadamente). O motorista não apenas atropelou o homem, mas também o arrastou por 30 metros (SÃO PAULO, 2008).

A vítima no primeiro caso era um homem de poucas posses, ao passo que a segunda vítima tinha renda mensal de mais de R\$ 50 000,00.

A contribuição da primeira vítima para o acidente, o fato de que a segunda vítima foi arrastada por vários metros, sofrendo uma morte especialmente terrível, que desfigurou seu corpo, a diferença da situação econômica das vítimas, todas são circunstâncias as quais – pode-se argumentar – diferenciam as situações, justificando a atribuição de valores distintos como reparação do dano moral decorrente da morte.

Com relação ao aspecto das diferentes situações econômicas, note-se que é justamente a ideia de proibição do enriquecimento sem causa que a torna uma distinção relevante²¹.

É possível discordar dos critérios empregados, mas fica evidente que distinções são possíveis, e é isto que torna difícil a análise a que nos propomos quanto ao tratamento igualitário.

Diante disso, nesta pesquisa procuramos respeitar as distinções traçadas pelos próprios tribunais, pois não seria útil dizer que os tribunais são incapazes de atender ao princípio da igualdade usando um parâmetro de igualdade externo. A crítica neste caso seria outra: tratar-se-ia de criticar o *modo* como os tribunais estabelecem a semelhança entre os casos, o que (embora também possível) não é o mesmo que afirmar que os tribunais não são capazes de estabelecer critérios de semelhança e leva-los em consideração para manter a igualdade no julgamento dos danos morais.

O que pretendemos verificar – em conformidade com o objetivo geral deste trabalho – é se os tribunais são capazes de estabelecer semelhança e tratar igualmente os casos assim estabelecidos, mesmo na ausência de critérios legais expressos.

Com esse fim, selecionamos para análise, dentre as “constelações” mais frequentes que identificamos em cada amostra, aquelas que apresentam situações fáticas que se podem considerar mais homogêneas. A análise do conjunto desses casos que os próprios tribunais consideram semelhantes podem nos dar dados sobre o sucesso ou insucesso dos tribunais em manter a igualdade de tratamento, ressaltando-se, no entanto, que mesmo dentro do grupo de casos semelhantes, é de se esperar que haja distinções capazes de justificar certa variação de valores.

As constelações selecionadas foram as seguintes:

- Tribunais Estaduais: Cobrança indevida; Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido.

²¹ Criticaremos este critério de cálculo no Cap. IV.

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

- Tribunais Regionais Federais: Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido.
- Tribunais Regionais do Trabalho: Assédio Moral/Sexual no Trabalho.

Segue tabela com os valores mínimo e máximos concedidos para cada dessas constelações nos respectivos tribunais:

TRIBUNAIS	CONSTELAÇÃO	CASOS	VALOR MÍNIMO	VALOR MÁXIMO
TJs	<i>Cobrança Indevida</i>	23	1 500,00	14 563,23
	<i>Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido</i>	198	500,00	38 000,00
TRFs	<i>Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido</i>	108	1 000,00	25 030,00
TRTs	<i>Assédio Moral/Sexual no Trabalho</i>	59	1 000,00	80 000,00

Segue tabela com o número de ocorrências/porcentagem do total de casos de cada constelação analisada, por faixa de valor, em cada Tribunal:

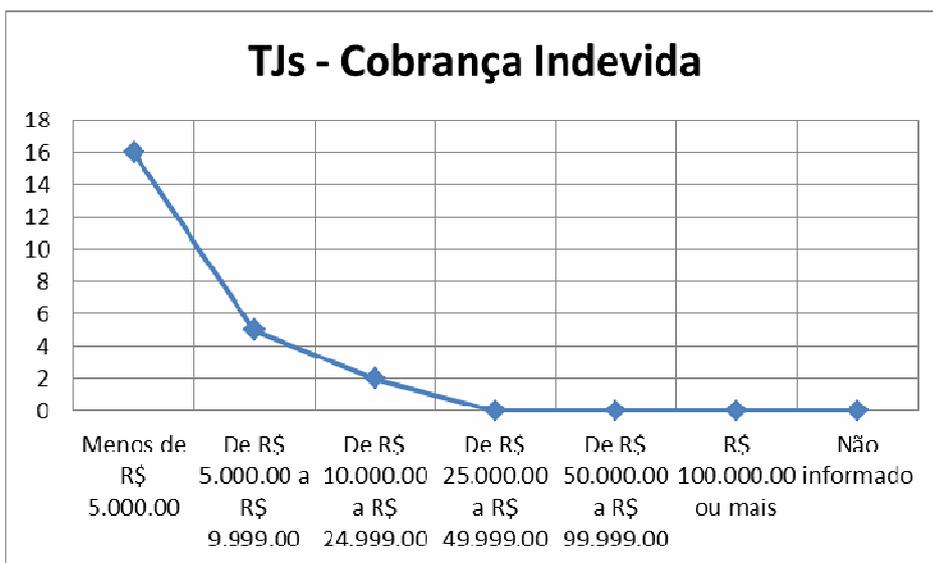
TJE	Ocorrências	Constelação	Menos de R\$ 5.000,00	De R\$ 5.000,00 a R\$ 9.999,00	De R\$ 10.000,00 a R\$ 24.999,00	De R\$ 25.000,00 a R\$ 49.999,00	De R\$ 50.000,00 a R\$ 99.999,00	R\$ 100.000,00 ou mais	Não informado	
	Ocorrências	Cobrança Indevida	16	5	2	0	0	0	0	23
	% dentro da Constelação	Cobrança Indevida	69,60%	21,70%	8,7%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	100%
	Ocorrências	Inscrição no SERASA/SPC/CCF/	88	55	50	2	0	0	3	198

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

		Protesto indevido								
	% dentro da Constelação	Inscrição no SERASA/SPC/CCF/ Protesto indevido	44,40%	27,80%	25,30%	1,00%	0,00%	0,00%	1,5%	100%
TRF	Ocorrências	Inscrição no SERASA/SPC/CCF/ Protesto indevido	79	17	9	1	0	0	2	108
	% dentro da Constelação	Inscrição no SERASA/SPC/CCF/ Protesto indevido	73,10%	15,70%	8,3%	0,90%	0,00%	0,00%	1,9%	100%
TRT	Ocorrências	Assédio Moral/Sexual no Trabalho	15	3	28	9	2	0	2	59
	% dentro da Constelação	Assédio Moral/Sexual no Trabalho	25,40%	5,10%	47,5%	15,30%	3,40%	0,00%	3,4%	100%

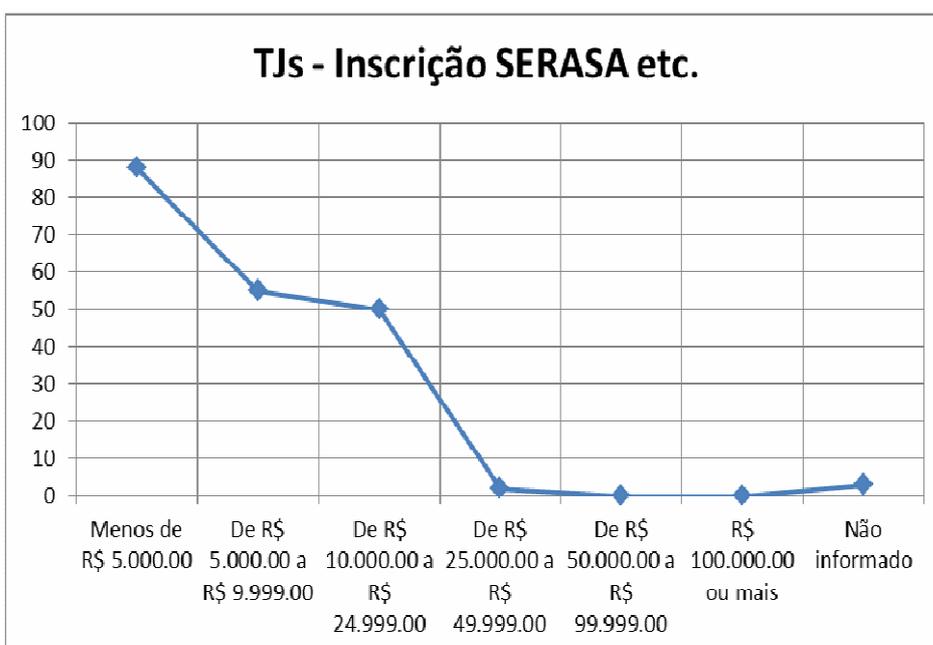
O valor máximo para casos de cobrança indevida nos Tribunais de Justiça é aproximadamente 9,7 vezes o valor mínimo. Note-se, no entanto, que em 91%, os valores de reparação estão na faixa entre R\$ 1 500,00 e R\$ 9 999,00, o que corresponde a uma diferença de aproximadamente 6,6 vezes.

Com relação ao valor atribuído ao dano moral, os casos encontram-se distribuídos do seguinte modo:



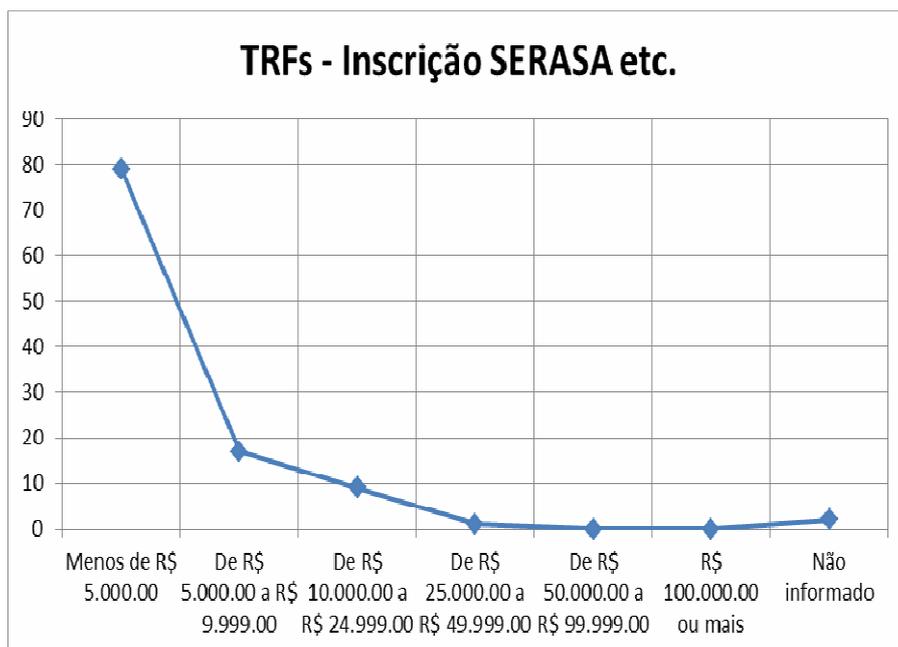
O valor máximo para inscrição no SERASA nos Tribunais de Justiça é aproximadamente 76 vezes o valor mínimo. A diferença, como se vê, é grande, mas o caso com valor máximo encontra-se isolado, sendo um dos 2 casos nos quais o valor da reparação ultrapassou a faixa de R\$ 24 999,00.

Com relação ao valor atribuído ao dano moral, os casos encontram-se distribuídos do seguinte modo:



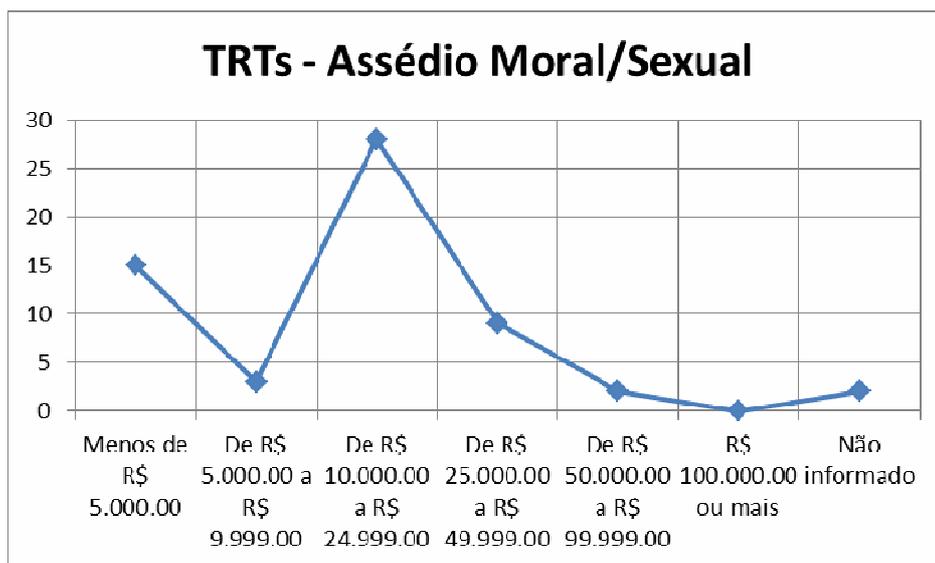
O valor máximo para inscrição no SERASA nos Tribunais Regionais Federais é aproximadamente 25 vezes o valor mínimo.

Com relação ao valor atribuído ao dano moral, os casos encontram-se distribuídos do seguinte modo:



O valor máximo para assédio moral/sexual no trabalho nos Tribunais Regionais do Trabalho é de 80 vezes o valor mínimo.

Com relação ao valor atribuído ao dano moral, os casos encontram-se distribuídos do seguinte modo:



A maior diferença entre o valor mínimo e o valor máximo (80x) encontra-se na constelação “Assédio moral/sexual no trabalho” a qual se pode considerar a mais sujeita a variações dentre as analisadas: as condutas que caracterizaram assédio podem ser muito diversas, assim como a posição relativa dos envolvidos na hierarquia da empresa, a duração do assédio, suas repercussões físicas, psíquicas e sociais sobre a vítima, etc.

Mesmo o intervalo de variação de valores sendo amplo demais, uma análise mais detalhada mostra que para a maior parte dos casos essa variação de valores é em realidade bem menor.

Os gráficos de distribuição de casos por faixa de valor acima mostram para todas as constelações analisadas e em todos os tribunais uma grande concentração de casos em faixas mais estreitas de variação de valores, apontando que a diferença entre os extremos refere-se a casos excepcionais.

Isto é um indicativo de que a diferença de valores entre os caso de uma mesma constelação é geralmente pequena, com casos excepcionais, que fogem à regra.

Especificamente no caso de “Assédio moral/sexual no trabalho” nos Tribunais Regionais do Trabalho, a distribuição dos valores parece indicar a existência de dois subgrupos de casos, um mais grave e outro menos grave, pois há concentração de casos em 2 faixas de valores (com casos excepcionais, fugindo à regra).

2.3 Quanto aos critérios de cálculo e funções da reparação dos danos morais²²

A função atribuída pelos tribunais analisados à responsabilidade civil por danos morais pode ser determinada a partir dos critérios usados para calcular o valor da reparação.

São manifestações diretas de atribuição de função reparatória os seguintes critérios da tabela, todos os relacionados à situação da vítima:

1. **[Enriquecimento sem causa]:** A reparação não deve enriquecer a vítima.
2. **[Extensão do dano]:** A reparação mede-se pela extensão ou gravidade do dano (sofrimento, humilhação, vexame, dor, etc.) sofrido pela vítima.
3. **[Posição da Vítima]** Posição social da vítima.
4. **[Cap Econômica Vítima]** Capacidade econômica da vítima.

Para determinar quais tipos de argumentos invocados na decisão podem ser considerados manifestação da atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil por parte do Tribunal, é preciso, em primeiro lugar, definir o que se deve entender por pena neste contexto.

Naturalmente, o ramo do Direito no qual a pena é mais discutida é o Direito Penal. Não há consenso entre os penalistas sobre o conceito de pena ou sobre sua função, mas, de maneira bem geral (isto é, qualquer que seja a teoria adotada quanto às funções da pena²³), pode-se dizer que se trata de uma sanção, pela qual se atribui ao violador de uma norma

²² Este parágrafo reproduz trechos de artigo publicado (PÜSCHEL, 2007, p.17-36).

²³ Ficariam excluídas apenas teorias que enxerguem na sanção penal exclusivamente um mecanismo de ressocialização do autor do ilícito, desde que tal mecanismo não seja o *castigo*. Nesse caso, provavelmente não faria mais sentido denominar tal sanção de pena.

jurídica um mal, como meio de atingir algum objetivo de interesse social, seja este a prevenção geral negativa ou positiva, a prevenção especial, ou outro²⁴.

A admissão do princípio da restituição resulta em diferenças importantes entre as responsabilidades civil e penal. Nesse contexto, a sanção na responsabilidade civil tem como fim precípua a indenização de um dano. A condenação a reparar pode ser sentida como um mal por parte do responsável, mas esse efeito não é essencial à sanção civil. O caráter accidental desse efeito na responsabilidade civil fica claro se pensarmos que o dever de reparar pode ser atribuído a pessoas que não participaram diretamente da violação da norma (responsabilidade por fato de terceiro) ou que não agiram de modo reprovável (responsabilidade sem culpa).

Em outras palavras, para que se atinja o objetivo de reparação é indiferente que a sanção seja percebida como um mal. No Direito Penal, ao contrário, qualquer que seja a finalidade atribuída à pena, seu caráter de castigo é essencial, pois a finalidade da pena se pretende atingir *por meio* da própria inflição de um mal.

²⁴ J. F. Marques (MARQUES, 1956, p. 103) entende ser a pena uma sanção de caráter aflitivo, porque consiste na privação ou diminuição de bens jurídicos, como “castigo e mal imposto ao delinqüente” e, fazendo referência a G. Battaglini, afirma que uma pena não aflitiva seria uma contradição em termos.

De acordo com M. Reale Jr, (REALE JR, 2002, p. 44), a pena é a “infrigência de um mal”, ainda que seja de um mal justo, sendo reconhecido seu caráter de castigo mesmo pelos penalistas que lhe negam finalidade retributiva.

G. Jakobs (JAKOBS, 1993, p. 5-6), por exemplo, ao procurar dar um conceito de pena válido para qualquer ordem jurídica, reduz a noção de pena à noção de sanção, sem indicar uma característica da sanção “pena” que a diferencie de outras sanções jurídicas. Para este autor, o que caracteriza a sanção “pena” é ser ela, a sanção, relativa às normas penais, sendo normas penais aquelas essenciais para a manutenção da ordem social. Mas isso não significa que G. Jakobs exclua o fato de a pena ser um mal. Ele apenas diz que ela não pode ser *definida* como um mal aplicado *em virtude* da prática de um outro mal, de modo que a imposição de um mal ao violador da norma não esgota a função da pena, embora faça parte do seu conceito. Segundo o autor, “a pena (...) é a demonstração da validade da norma *às custas de um responsável*. Nisso reside um *mal*, mas a pena não esgota com esse efeito a sua função, o que acontece apenas com a estabilização da norma violada” [“Strafe (...) ist Demonstration von Normgeltung auf Kosten eines Zuständigen. Dabei springt ein Übel heraus, aber die Strafe hat nicht schon bei diesem Effekt ihre Aufgabe erfüllt, sondern erst mit der Stabilisierung der verletzten Norm”. Tradução e grifos nossos]. Como se percebe, embora a inflição de um mal nessa concepção não constitua a função da pena, é por meio do mal provocado ao delinqüente que se pretende ver atingido o objetivo de estabilização da norma violada.

As principais teorias sobre a função da pena, desenvolvidas no âmbito do Direito Penal, podem ser descritas, em suas linhas gerais, como se segue.

As teorias *retributivistas* têm um caráter absoluto²⁵. Isso significa que a pena se aplica como um fim em si mesmo, como castigo imposto ao delinqüente pelo fato de haver cometido um ilícito, ou seja, como retribuição proporcional ao mal praticado (REALE JR., 2002, p. 46-50)²⁶.

De acordo com a teoria da *prevenção geral negativa*, a função da pena é atemorizar o público e evitar, por meio do exemplo da punição, que as pessoas venham a delinquir no futuro. Desse ponto de vista, a pena é uma ameaça dirigida a todos, com um caráter educativo, isto é, com o fim de prevenir a prática de atos ilícitos pelos membros da sociedade (REALE JR, 2002, p. 53-54; GÜNTHER, 2004, p. 119).

Segundo a teoria da *prevenção geral positiva* (JAKOBS, 1993, p. 13; REALE JR, 2002, p. 55; GÜNTHER, 2004, p. 119), a pena deve garantir os pressupostos da interação social, confirmando as expectativas daqueles que confiam na norma. Nesse sentido, são destinatários da pena não os delinqüentes em potencial, mas essencialmente os membros da sociedade em geral. Para essa teoria, a pena consiste em um “exercício da confiança na norma jurídica” (*Einübung in Normvertrauen*²⁷).

De acordo com a teoria da *prevenção especial negativa*, a pena deve impressionar o delinqüente de maneira negativa, para que ele, diante da oportunidade de voltar a delinquir, opte por não praticar o ilícito. Em outras palavras, desse ponto de vista, a função da pena é impedir, por meio da inflição de um mal, que o apenado volte a delinquir no futuro (GÜNTHER, 2004, p. 119).

²⁵ Consideram-se absolutos os elementos de teorias da pena cujo conteúdo se define sem referência à contribuição da pena para a manutenção da ordem social. Relativos são os elementos de teorias da pena cujo conteúdo é mediado pela função da pena na ordem social (JAKOBS, 1993, p. 15).

²⁶ p.p.Segundo G. Jakobs (1993, p. 15), é possível dizer que, hoje em dia, no âmbito das discussões do Direito Penal, tornou-se pacífica a ideia de que só se pune para manter a ordem social. As divergências entre as teorias referem-se apenas à questão do *se e em que medida* a pena deve ser determinada em função desse objetivo ou se ela tem algum conteúdo independente da sua função.

²⁷ Na expressão de G. Jakobs (1993, p. 13).

Para a teoria da *prevenção especial positiva*, a função da pena é fomentar o arrependimento do delinqüente, de modo a corrigi-lo e levá-lo a seguir o caminho da legalidade (GÜNTHER, 2004, p. 119).

A partir da análise das teorias sobre a pena do Direito Penal, concluiu-se haver oito critérios capazes de indicar que o tribunal confere um caráter punitivo à responsabilidade civil por danos morais.

Em primeiro lugar, destaca-se, naturalmente, a referência expressa por parte do Tribunal à intenção ou objetivo de punir o autor do ilícito ou a atribuição expressa pelo Tribunal dessa função à responsabilidade civil.

Em segundo lugar, deve-se considerar também a referência expressa do Tribunal à intenção ou objetivo de evitar que o autor do ilícito volte a praticar o mesmo ato ou a atribuição à responsabilidade civil dessa função.

Nesse caso o Tribunal demonstra atribuir à responsabilidade civil uma função de prevenção especial negativa, de dissuasão por meio da inflição de um mal (a condenação a pagar uma quantia em dinheiro). Note-se que a prevenção especial é um objetivo sem nenhuma relação com a finalidade de indenizar a vítima e não contribui em nada para que esta seja colocada na situação em que estaria caso o ilícito não tivesse ocorrido, nem tampouco para compensá-la pelo dano sofrido.

A busca da dissuasão por meio da punição é característica das teorias de prevenção especial da pena. Trata-se da aplicação de uma lógica punitiva à responsabilidade civil, sem nenhuma relação com a realização do objetivo de colocação da vítima no estado anterior ao dano sofrido ou de compensação pela lesão sofrida.

Em terceiro lugar, pode-se considerar manifestação da concepção punitiva da responsabilidade civil a referência expressa do Tribunal à intenção ou objetivo de evitar que outras pessoas – a população em geral – cometam ilícitos semelhantes àquele sob julgamento. Nesse caso o Tribunal atribui à responsabilidade civil uma função de prevenção geral negativa que, assim como a prevenção especial, é característica de um certo tipo de teoria sobre a pena e tampouco tem relação com o objetivo de indenização da vítima.

Em quarto lugar, temos a referência ao objetivo ou função pedagógica da responsabilidade por dano moral, a qual manifesta igualmente uma preocupação preventiva. Seria possível argumentar que educar é diferente de punir. No entanto, há vários meios para educar e, no caso da responsabilidade por danos morais, a ideia pedagógica aplicada é sem dúvida aquela da educação pelo castigo: imagina-se que pela experiência desagradável de pagar um valor alto o autor do ilícito aprenderá a seguir a lei (ou as demais pessoas aprenderão pelo exemplo da sua punição).

Em quinto lugar, temos a condenação pela simples violação de um direito, sem demonstração de prejuízo.

Para que haja necessidade de indenizar, é preciso ter havido um dano. Se o objetivo da responsabilidade civil é tornar a vítima indene, não há necessidade de indenização na ausência de prejuízo (é por isso que, na doutrina civilista, o dano é pacificamente aceito como um dos requisitos da responsabilidade civil, seja subjetiva, seja objetiva).

Naturalmente, o dano moral é de tipo especial, que se deixa dificilmente provar e que, normalmente, se pode apenas compensar. Mas a renúncia ao dano, ainda que, do ponto de vista dogmático, disfarçada sob uma presunção de prejuízo, pode indicar que o objetivo buscado não é a reparação, e sim a punição pela violação de uma norma²⁸.

Com a adoção deste critério, as decisões podem se aproximar da teoria da prevenção geral positiva, discutida atualmente no âmbito do Direito Penal. Como se disse acima, segundo essa teoria, a função da pena é reafirmar para a sociedade a validade da norma jurídica violada, de modo a reforçar nas pessoas em geral o reconhecimento da norma e a confiança nela (JAKOBS, 1993, p. 6-14)²⁹. Partindo dessa visão, temos que a aplicação da pena se justifica pelo simples fato da violação da norma.

Em sexto lugar, a consideração pelo Tribunal do grau de culpa para calcular o valor da indenização também indica um caráter punitivo da indenização.

²⁸ Cf. o que diz S. Carval (1995, p. 30) sobre as condenações simbólicas (*franc symbolique*) na França.

²⁹ Em uma análise da jurisprudência sobre dano moral, este critério precisa ser tratado com especial cuidado, pois, ao mesmo tempo em que a aplicação da sanção pelo simples fato de a violação da norma aproximar a situação da ideia de pena, o emprego de presunções de dano é um recurso, possivelmente necessário, para simplesmente possibilitar a compensação em casos de danos morais.

Se o objetivo da responsabilidade civil é indenizar ou compensar a vítima, uma vez presentes seus requisitos, o grau de culpa não deveria ter nenhuma consequência. Uma vez condenado, o responsável deveria indenizar pelo prejuízo causado, nem mais, nem menos.

A consideração do grau de culpa faz sentido quando se aplica uma pena, pois nesse caso está em jogo a inflição de um mal ao autor do ilícito, em resposta à sua conduta reprovável (tanto mais reprovável quanto maior a culpa). O princípio da proporcionalidade, segundo o qual a pena deve ser adequada à medida da culpabilidade, é um princípio que se liga às teorias retributivistas da pena.

Em sétimo lugar, a consideração da capacidade econômica do autor do ilícito no cálculo do valor da indenização denota igualmente um objetivo punitivo. Com a aplicação desse critério de quantificação, o Tribunal demonstra a preocupação em evitar que, pelo fato de o valor da condenação representar pouco em relação ao montante de seu patrimônio, possa ser vantajoso para o agente voltar ou continuar a praticar o mesmo tipo de ilícito. A aplicação desse critério demonstra uma preocupação com a prevenção especial, isto é, a preocupação em fazer com que a responsabilidade civil funcione como desestímulo ao agente para a prática daquele tipo de ato.

O mesmo se pode dizer nos casos em que o Tribunal leva em conta os ganhos obtidos com a prática do ilícito para calcular o valor da indenização³⁰. Trata-se do oitavo critério.

Em síntese, tendo por base as teorias tradicionais da pena, é possível considerar como manifestação de atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil os seguintes critérios de quantificação de dano moral constantes da tabela:

1. **[Cap Econômica Agressor]** Capacidade econômica do autor do ilícito.
2. **[Punitivo]** Referência expressa à intenção, objetivo ou função de punir o autor do ilícito.

³⁰ Por exemplo, os ganhos obtidos com a venda de jornal ou revista por meio do qual se violou o direito à honra ou à privacidade de alguém.

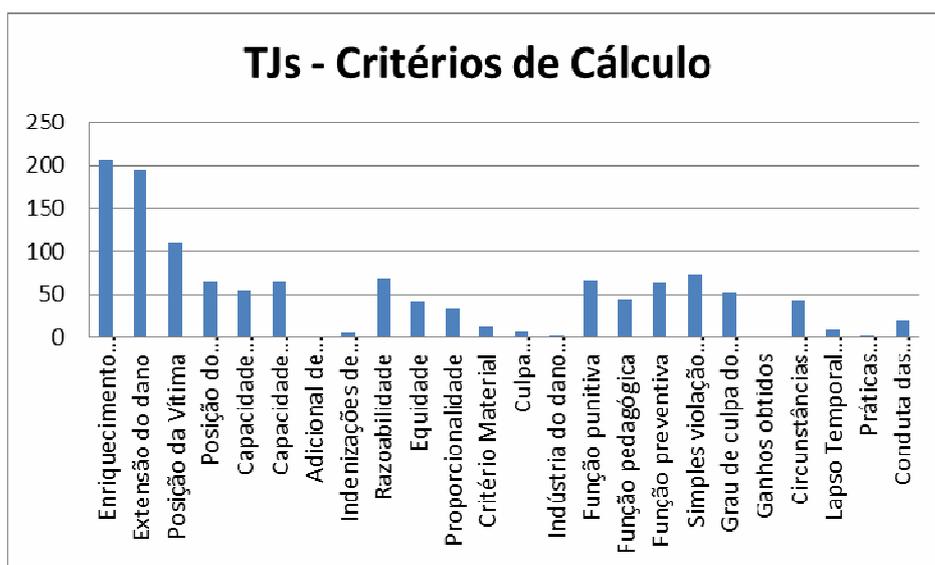
3. **[Pedagógico]** Referência expressa a objetivo ou função pedagógica da responsabilidade civil por danos morais.
4. **[Preventivo]** Referência expressa à intenção, objetivo ou função de prevenir a prática de ilícitos. Neste caso, verificou-se também o tipo de prevenção buscada: se prevenção especial negativa; prevenção geral negativa; ou prevenção positiva.
5. **[Simples Violação]** Referência a condenação pela simples violação de um direito, sem necessidade de ocorrência ou comprovação de dano. Incluem-se os casos em que se afirma textualmente que o dano moral prescinde de prova ou está *in re ipsa*.
6. **[Grau de Culpa]** Consideração do grau de culpa do autor do ilícito (para o cálculo do valor do dano moral e não simplesmente para a imputação de responsabilidade em caso de responsabilidade subjetiva).
7. **[Ganhos Obtidos]** Consideração dos ganhos obtidos pelo agressor por meio da prática do ato ilícito.

- ***Tribunais Estaduais***

CRITÉRIOS	OCORRÊNCIAS
Enriquecimento sem causa	206
Extensão do dano	195
Posição da Vítima	110
Posição do Agressor	64
Capacidade econômica da vítima	54

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

Capacidade econômica do ofensor	64
Adicional de periculosidade/ insalubridade	1
Indenizações de outras fontes	6
Razoabilidade	67
Equidade	41
Proporcionalidade	34
Critério Material	13
Culpa concorrente da vítima	7
Indústria do dano moral	3
Função punitiva	66
Função pedagógica	45
Função preventiva	63
Simple violação de direito	72
Grau de culpa do ofensor	52
Ganhos obtidos	1
Circunstâncias fáticas	43
Lapso Temporal entre o ilícito e a propositura da ação	8
Práticas atenuantes por parte do ofensor	3
Conduta das partes antes e depois	19



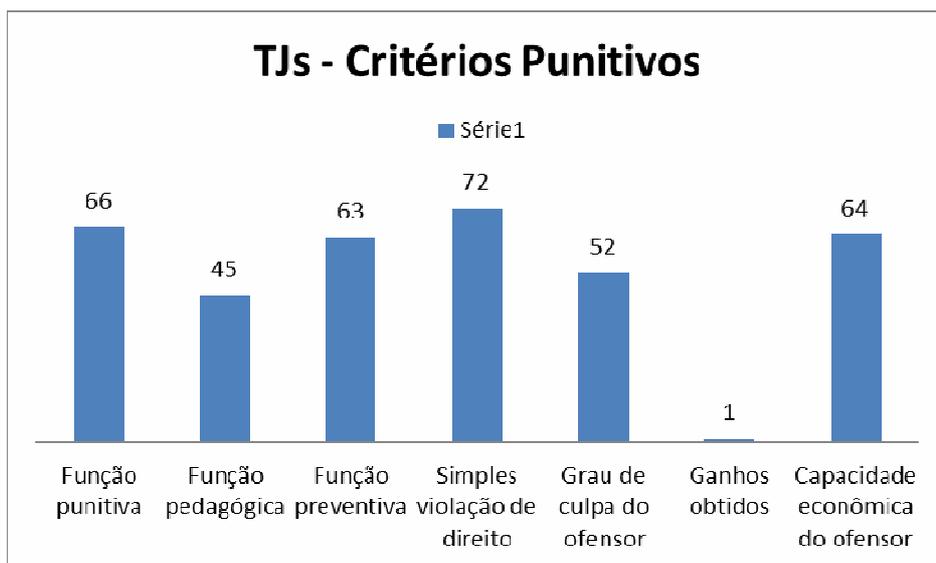
O critério com maior número de ocorrências foi a proibição do enriquecimento sem causa (206), o que indica a preocupação dos tribunais analisados com a limitação dos valores concedidos a título de danos morais.

O fato de que a extensão do dano é o segundo critério mais frequente (195), indica, por outro lado, não apenas a relevância da função compensatória da responsabilidade por dano moral, mas também que a repercussão da ofensa sobre a vítima é medida preferencial da compensação.

O critério da posição da vítima, problemático pelas razões que apontaremos no cap. IV, embora tenha menos ocorrências que a extensão do dano, é também muito frequente, o que pode levantar objeções ao fundamento da jurisprudência desses tribunais e ser um argumento favorável à intervenção legislativa.

Dentre os critérios punitivos, aquele que ocorreu com maior frequência foi a simples violação de direito (72 ocorrências), seguida pela menção expressa à função punitiva dos danos morais (66 ocorrências).

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça



Em 202 acórdãos, ou seja, em aproximadamente 52% dos casos, há referência a pelo menos um critério de cálculo punitivo.

- *Tribunais Regionais Federais*

CRITÉRIOS	OCORRÊNCIAS
Enriquecimento sem causa	175
Extensão do dano	153
Posição da Vítima	91
Posição do Agressor	54
Capacidade econômica da vítima	65
Adicional de periculosidade/ insalubridade	7
Indenizações de outras fontes	10

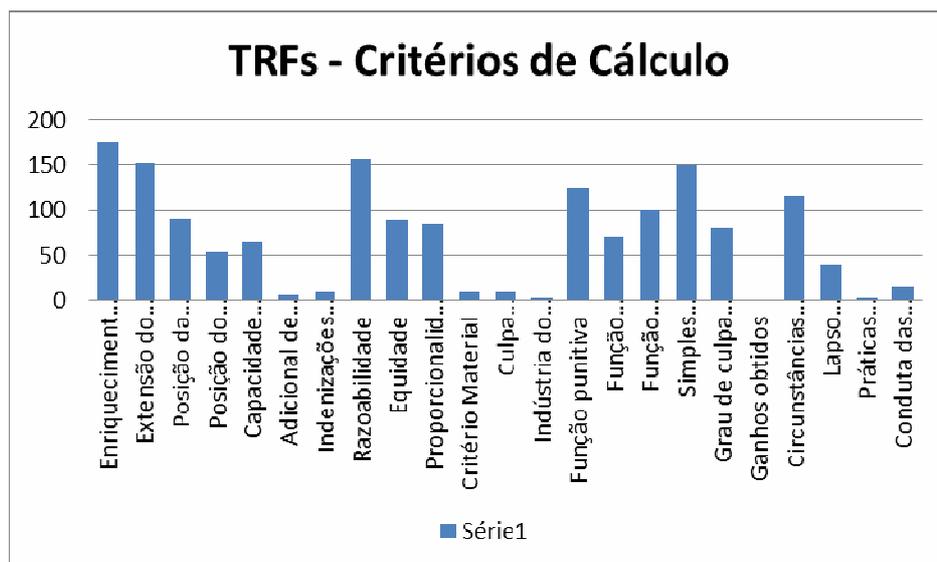
Razoabilidade	157
Equidade	90
Proporcionalidade	85
Crítério Material	10
Culpa concorrente da vítima	10
Indústria do dano moral	2
Função punitiva	124
Função pedagógica	70
Função preventiva	101
Simple violação de direito	150
Grau de culpa do ofensor	80
Ganhos obtidos	0
Circunstâncias fáticas	116
Lapso Temporal entre o ilícito e a propositura da ação	40
Práticas atenuantes por parte do ofensor	2
Conduta das partes antes e depois	15

O critério com maior número de ocorrências nos TRFs foi, mais uma vez, a proibição do enriquecimento sem causa (175 ocorrências), o que indica a preocupação dos tribunais analisados com a limitação dos valores concedidos a título de danos morais.

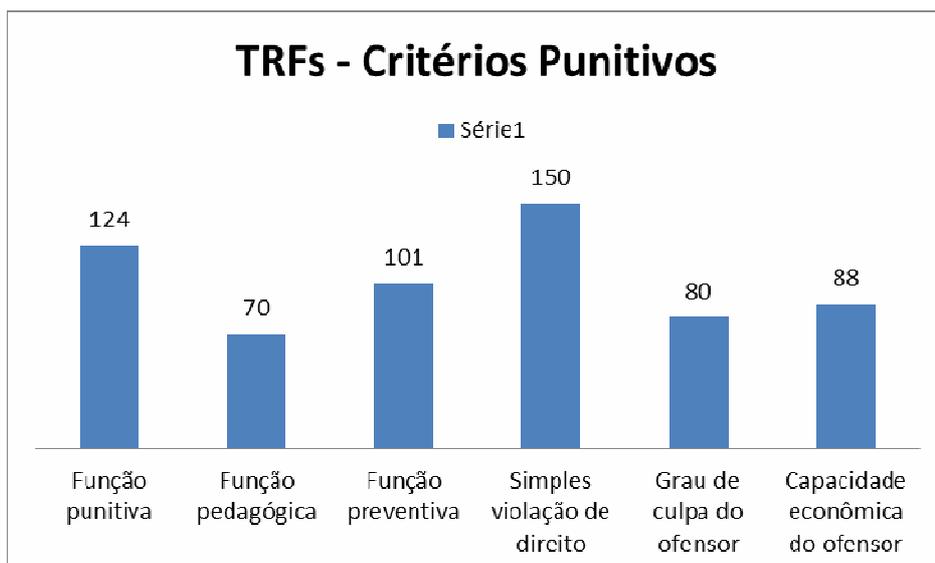
O critério com segundo maior número de ocorrências foi a “razoabilidade”, que embora possa também traduzir uma preocupação com a moderação dos valores de reparação, é critério excessivamente vago que pode, pela extrema vagueza, ser também considerado como apenas uma referência ao poder do juiz e não propriamente um fundamento para o seu exercício. Na ausência de critérios legais, a construção da segurança jurídica pela jurisprudência depende da concretização de

termos vagos deste tipo. O problema, no entanto, é minimizado pelo fato de que nenhuma decisão emprega o critério da razoabilidade isoladamente.

Em terceiro lugar em frequência, vem a extensão do dano, indicando novamente a relevância da função compensatória da responsabilidade por dano moral e a importância da repercussão da ofensa sobre a vítima como medida da compensação.



Dentre os critérios punitivos, aquele de maior ocorrência foi a simples violação de direito (150 ocorrências), seguida pela menção expressa à função punitiva dos danos morais (124 ocorrências).



Em 251 acórdãos, ou seja, em aproximadamente 84,51% dos casos, há referência a pelo menos um critério de cálculo punitivo.

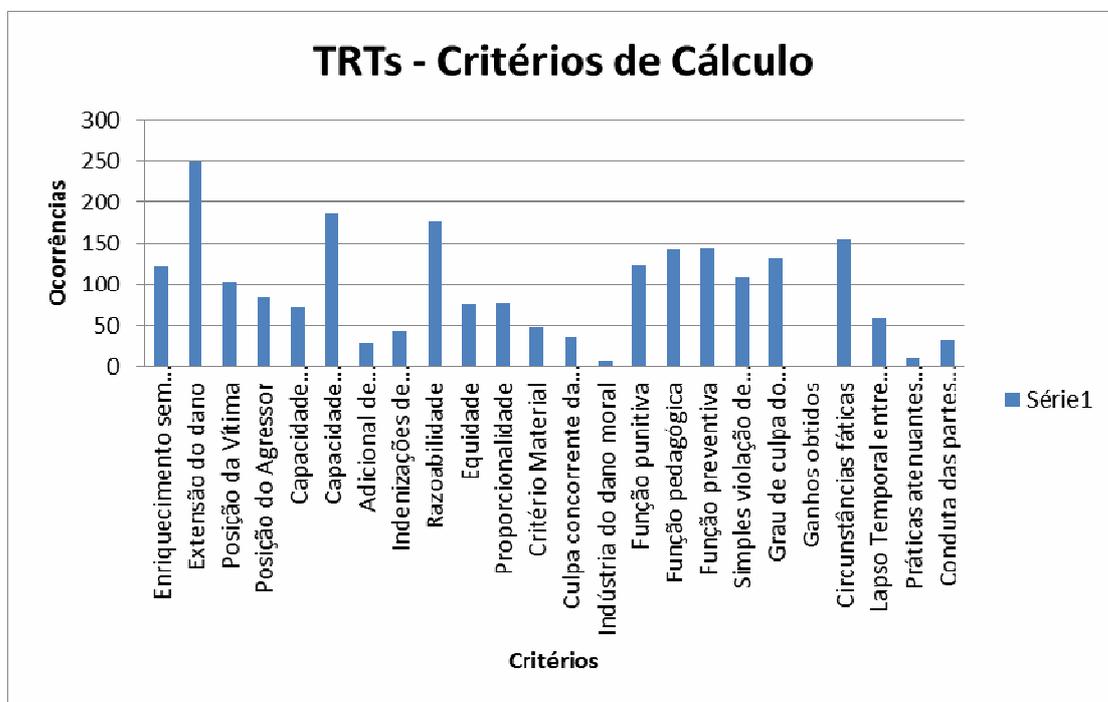
- ***Tribunais Regionais do Trabalho***

CRITÉRIOS	OCORRÊNCIAS
Enriquecimento sem causa	122
Extensão do dano	249
Posição da Vítima	102
Posição do Agressor	85
Capacidade econômica da vítima	73
Capacidade econômica do ofensor	186
Adicional de periculosidade/ insalubridade	29
Indenizações de outras fontes	44

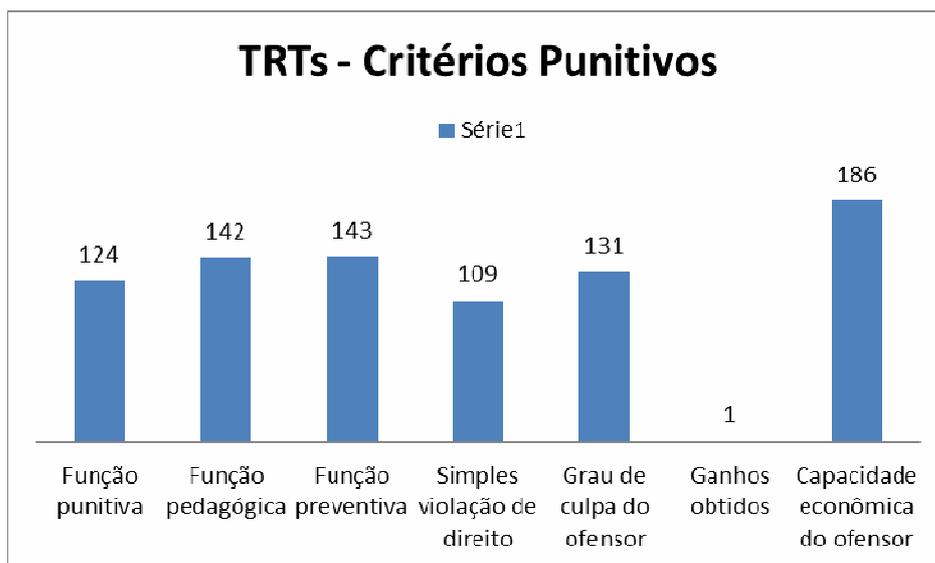
Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

Razoabilidade	177
Equidade	76
Proporcionalidade	77
Cr�terio Material	48
Culpa concorrente da vítima	35
Indústria do dano moral	7
Fun�o punitiva	124
Fun�o pedagógica	142
Fun�o preventiva	143
Simple violac�o de direito	109
Grau de culpa do ofensor	131
Ganhos obtidos	1
Circunstâncias fáticas	155
Lapso Temporal entre o ilícito e a propositura da a�o	59
Práticas atenuantes por parte do ofensor	10
Conduta das partes antes e depois	32

O critério com maior número de ocorrências foi a extensão do dano (249 ocorrências). Também nos TRTs, o critério da proibi o do enriquecimento sem causa   expressivo, com 122 ocorrências, sendo, no entanto, apenas o 8 . critério mais citado pelos tribunais analisados.



Dentre os critérios punitivos, aquele que ocorreu com maior frequência foi a capacidade econômica do ofensor (185 ocorrências), seguida pela função preventiva (143 ocorrências).



Em 310 acórdãos, ou seja, em aproximadamente 86,35% dos casos, há referência a pelo menos um critério de cálculo punitivo.

3. Conclusão

Feita a análise dos 1044 acórdãos das amostras dos tribunais selecionados das Justiças Estaduais, da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho, chegamos à algumas conclusões importantes para os objetivos deste trabalho.

Em primeiro lugar, verificou-se que os valores concedidos a título de reparação por danos morais tendem a ser baixos, sendo excepcionais os casos que ultrapassaram a barreira dos R\$ 100 000,00.

A temida indústria de reparações milionárias não é, portanto, uma realidade no Brasil, mesmo diante da situação atual de ausência de critérios legais para o cálculo do valor da reparação por danos morais.

A preocupação dos tribunais com a moderação dos valores aparece, inclusive, expressamente no discurso de fundamentação das decisões, pela referência constante à “proibição do enriquecimento sem causa”, critério de cálculo que está entre os mais frequentemente encontrados nas decisões de todas as amostras.

Em segundo lugar, não há indícios de que a falta de critérios legislativos de cálculo tenha levado a jurisprudência a uma situação de desrespeito ao princípio da igualdade. Pelo contrário, a análise das constelações de casos frequentes indica uma razoável consistência das decisões com relação a valores.

Por sua vez, a análise dos critérios empregados pelos tribunais em seu discurso de justificação dos valores de reparação de danos morais, além de fornecer o elenco de tais critérios e sua frequência, forneceu também outras informações importantes.

Percebeu-se que há critérios voltados à compensação da vítima, ao lado de critérios limitadores (como a proibição do enriquecimento sem causa), além de diversos critérios excessivamente vagos, como “razoabilidade”, ou simplesmente “as circunstâncias fáticas”. O uso de critérios excessivamente vagos pode ser apenas uma manifestação de um déficit de fundamentação das decisões judiciais que não é exclusivo dos casos de danos morais. Mas pode ser também um indício de que a jurisprudência sobre este tema específico ainda não atingiu maturidade suficiente. De todo modo, vale lembrar que a vagueza e a grande variedade de critérios identificados não parece afetar a estabilidade dos valores das condenações.

Finalmente, dado importante é a constatação do grande uso de critérios punitivos na justificativa do cálculo dos valores dos danos morais a serem compensados. Isto indica que, apesar das divergências doutrinárias ainda existentes, a jurisprudência aceita a ideia de que a responsabilidade civil por danos morais deve servir para punir/dissuadir o autor de atos ilícitos.

Curioso, no entanto, é que a aceitação de critérios punitivos *não* resultou em valores de condenação altos. Tendo em vista que a dissuasão depende do efeito negativo que a sanção tem sobre o sujeito responsabilizado, os baixos valores encontrados nas decisões judiciais analisadas indicam a necessidade de discutir abertamente a questão, propondo, eventualmente, sua regulação por meio legislativo.

III. Critérios para cálculo de dano moral na doutrina brasileira

Alessandro Hirata

1 Introdução

A intrínseca complexidade do cálculo da indenização por danos morais é tratada com dificuldade também pela doutrina.

Objetivo desse trabalho é analisar as diversas posições encontradas na doutrina, principalmente no tocante aos critérios de fixação das indenizações. Se o juiz deve arbitrar os valores em cada caso concreto, a principal questão que se impõe é quais os critérios que devem ser por ele considerados em sua decisão.

Assim, cabe analisar o que os autores brasileiros defendem a respeito do cálculo da indenização por danos morais. Para tanto, primeiramente, é necessário tratar dos pressupostos da reparabilidade do dano moral, que são os fundamentos da doutrina para o arbitramento do dano moral. Em seguida, será tratada a questão da tarifação dos danos morais, passando, assim, para os critérios de fixação do dano moral propriamente ditos. Por fim, uma análise mais detalhada do entendimento doutrinário sobre os *punitive damages* e, um apêndice, com os Projetos de Lei que visam a estabelecer um tabelamento das indenizações por dano moral no Brasil.

2 Reparabilidade do dano moral

Se, após a sua consagração pela Constituição Federal de 1988, não mais se refuta a sua existência, o histórico do dano moral no direito brasileiro (VARELA, 2006, p. 13)³¹ demonstra que sua aceitação pela doutrina³² e, principalmente, pela jurisprudência não foi fácil³³. A dificuldade de mensuração do dano moral e o arbitramento imposto ao agente sempre foram a maior razão de objeções feitas no passado³⁴. Porém, não será essa dificuldade razão para repelir sua compensação³⁵.

Para aceitar a reparabilidade do dano moral é preciso convencer-se de que são ressarcíveis bens jurídicos sem valor que possa ser estimado financeiramente, em si mesmos, pelo só fato de serem ofendidos pelo comportamento antijurídico do agente (PEREIRA, 2002, p. 56), o que, compreensivelmente, causa estranhamento, uma vez que a responsabilidade civil por dano moral constitui primordialmente no dever de pagar certa quantia em dinheiro³⁶.

³¹ Já no direito estrangeiro, Varela (2006, p. 613) entende que os danos não-patrimoniais têm natureza irreparável, uma vez que dores físicas ou morais, vexames, inibições não podem ser avaliadas em dinheiro. Entretanto, o autor aponta que o direito português atual admite a reparação dos danos morais.

Do mesmo modo, o direito alemão que consagrou no § 253 do BGB que se pode “wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefördert werden”. Ou seja, pode-se receber indenização em dinheiro em virtude de dano não-patrimonial apenas nos casos específicos previstos em lei (Cf.: LARENZ, 1987, p. 474).

³² Segundo Dias (2006, p. 1001), é indubitável, atualmente, que os danos morais são passíveis de serem indenizados. Entretanto, como informa o autor, não era esse o entendimento anteriormente, apontando uma séria de argumentos – já ultrapassados – contrários à indenização por dano moral. São eles: (a) falta de efeito danoso durável; (b) incerteza do direito violado; (c) dificuldade em descobrir a existência do dano moral; (d) indeterminação do número de pessoas lesadas; (e) impossibilidade de rigorosa avaliação do dano em dinheiro; (f) imoralidade em equiparar a dor ao dinheiro; e (g) extensão do arbítrio concedido do juiz. Tais argumentos pode ser afastados completamente no direito brasileiro desde a Constituição Federal de 1988. Além disso, mais recentemente, o art. 186 do Código Civil, ao tratar do ato ilícito, consagra expressamente a possibilidade de reparação de danos morais.

³³ Entretanto, Silva (1999, p. 536), relata a existência de posições favoráveis à reparabilidade dos danos morais em doutrina em jurisprudência desde os idos de 1910.

³⁴ Cf. Cavalieri Filho (2008, p. 81). Aos críticos de que a dor não pode ser quantificada em dinheiro, argumenta Gomes (2000, p. 100), que, quando se trata de danos morais, não visa a indenização recompor sentimentos, insusceptíveis, por sua natureza, deste resultado por efeito só dela, nem se prestando a compensar lesão a bens ofendidos. Busca propiciar ao lesado meios para aliviar sua mágoa e sentimentos agravados, servindo, por outro lado, de inflição de pena ao infrator.

³⁵ Cavalieri Filho (2008, p. 81-82), acrescenta que não havia qualquer impedimento legal para o reconhecimento do dano moral no Código Civil de 1916. Pelo contrário, o art. 159 não fazia qualquer distinção entre o tipo do dano e o art. 76 determinava que o “interesse moral” era suficiente para propor ou contestar uma ação.

³⁶ Cahali (2000, p. 704) defende que o dano moral ou se repara pelo ato que o apague ou pela prestação do que foi considerado como reparador. Ainda mais, afirma que a reparação pode ser específica, como a retificação, reconhecimento de honorabilidade; a condenação à retificação ou à retratação é condenação *in natura*, aproximativamente. Ainda segundo o mesmo autor, de um modo geral, a condenação com que se busca reparar o dano moral é representada, no principal, por uma quantia em dinheiro, a ser paga de imediato, sem prejuízo de outras cominações secundárias, nas hipóteses de ofensa à honra e à credibilidade da pessoa.

Sérgio Cavaliéri Filho (2008, p. 81) acrescenta que a condenação em dinheiro não é um lenitivo para a dor (*reparação*), mas uma *satisfação*³⁷. É intrínseco ao dano moral que a sua reparação não será de forma ideal, ou seja, não é possível retornar à situação anterior à ocorrência do dano. Para a vítima, só é possível compensar os danos sofridos, amenizar, de algum modo, o sofrimento³⁸. Ou seja, a reparação pecuniária do dano moral constitui não um ressarcimento pela humilhação, dor, sofrimento, mas uma *compensação* a todas essas sensações.

Assim é que se diz que a reparação do dano moral apresenta três funções inerentes a ela: *compensatória, punitiva e social*. A *função compensatória* é meramente satisfativa, pois é uma forma de compensar o lesado pelos sofrimentos ocasionados pelo agente do ato ilícito (até porque não há como aquilatar o prejuízo decorrente de dor, que é imensurável e irreparável). A *função punitiva* terá um sentido pedagógico para o ofensor, pois ensiná-lo-á a agir com cautela em seus atos, além de persuadi-lo em seu *animus laedere*. Inclusive, é importante como critério de determinação do *quantum* a indenizar. A *função social* é reflexo direto da função punitiva, pois à medida em que esta exerce papel inibidor na prática de novas ofensas, este fato tem repercussão social, produzindo reflexos igualmente pedagógicos no contexto social. A combinação dessas teorias e a posição da doutrina pátria a respeito serão analisadas posteriormente.

Ainda, o caráter compositivo visa ao dimensionamento da indenização com vistas a trazer à vítima uma compensação pelo sofrimento experimentado, buscando atribuir-lhe um valor condizente com a lesão imposta. Já o caráter de desestímulo fixa o montante pecuniário a partir da análise preponderante da condição do causador do dano, para que a responsabilidade civil atinja seu escopo de inibir condutas violadoras de direitos alheios. Entretanto, uma investigação atenta sobre os parâmetros utilizados pelo julgador nos mostra

³⁷ Era o que defendia o Projeto de Lei nº 6.960/2002, que pretendia acrescentar ao art. 944 do Código Civil que "a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante."

³⁸ Já afirma Reis (1994, p. 103) que não é possível, nem pretensão do direito avaliar a *pretium doloris*, ou seja, o "valor da dor", mas sim compensar o dano sofrido pela vítima. No mesmo sentido, Dias (2006, p. 764), afirma que uma vez ser impossível avaliar matematicamente o dano sofrido, a fixação necessariamente precisa ser em seu benefício e não em seu prejuízo. O arbítrio do valor da indenização, continua o autor é inerente à própria natureza do dano moral. Ainda, Silva (1999, p. 275) explicita que a função da indenização do dano moral é neutralizar, na medida do possível o sofrimento, a dor causada pelo dano.

que, muitas vezes, as circunstâncias fáticas é que dão o arcabouço condutor do pensamento do magistrado.

2.1 Conclusões parciais I

Apesar de não ser tema desse trabalho, pode-se concluir que a doutrina, naturalmente, não mais discute a reparabilidade do dano moral, em virtude da sua consagração por meio da Constituição Federal de 1988. Desse modo, os até então existentes argumentos e justificativas, que precisavam embasar o ressarcimento do dano moral, que era aceito e, assim, motivado pela doutrina não se fazem mais necessários. A contenda gira em torno, agora, dos critérios relativos à aferição do *quantum* a pagar como indenização. E o problema maior é a inexistência de critérios objetivos consolidados para que sejam seguidos como parâmetros.

3 Arbitramento do dano moral

3.1 Introdução

Uma breve análise da doutrina pátria³⁹ revela claramente a falta de critérios consolidados para a aferição do *quantum debeatur* pelo dano moral. Segundo Maria Helena Diniz (s/d)⁴⁰, o arbitramento deve-se pautar em dois critérios: um de ordem *subjetiva*, pelo qual o juiz deverá examinar a posição social ou política do ofendido e do ofensor, a intensidade do *animus leadere* (ânimo de ofender) determinado pela culpa ou dolo; e outro de ordem *objetiva*, como a situação econômica do ofensor e do ofendido, o risco criado com a ação ou omissão, a gravidade e a repercussão da ofensa.

Esse arbitramento, entretanto, depende da atividade do magistrado, pelo qual a fixação do valor a ser pago na compensação do dano moral deverá ser guiada pelo princípio

³⁹ Cf., dentre outros, Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 91).

⁴⁰ Segundo a autora, “na avaliação do dano moral o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável”.

da razoabilidade. Evita-se, com ele, a fixação de valores aleatórios, despreocupados com a justiça da causa. Eis que os critérios objetivos assumem importante papel na fixação do quanto a pagar. Sílvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2010, p. 253) entende que somente quando o caso concreto for de difícil solução, fugindo até mesmo dos padrões utilizados pela doutrina e jurisprudência, deverá ser admitido um critério exclusivamente subjetivo do juiz, mas que sempre deverá agir com prudência e pautado na razoabilidade. No mesmo sentido, Clayton Reis (REIS, 1994, p. 70)⁴¹, que afirma a necessidade do juiz adequar-se às exigências da sociedade.

3.2 Indenização tarifada

Num passado pouco distante, mais precisamente, antes da Constituição Federal de 1988, os magistrados pátrios utilizavam os critérios e valores presentes em legislações específicas, aplicando-as analogicamente, como a Lei das Telecomunicações (Lei 4.117/1962), que determinava fixar o valor da indenização por calúnia, difamação ou injúria entre cinco e 100 salários mínimos, ou a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67)⁴², que limitava a responsabilidade civil do jornalista profissional e da empresa que explora o meio de informação a, no máximo, 200 salários mínimos⁴³, ou o Código Brasileiro de Aeronáutica⁴⁴. Tais documentos legislativos eram aplicados analogicamente mesmo que os casos em tela não tivessem qualquer relação com as situações neles descritas.

Contudo, o entendimento que prevalece na jurisprudência é que, com a Constituição Federal de 1988, foi afastada a tarifação prevista nessas citadas leis, não podendo haver nenhum limite legal prefixado⁴⁵. Afinal, a Constituição Federal de 1988 prevê a tutela

⁴¹ Nas palavras do autor: "a atividade judicante do magistrado há de ser a de um escultor, preocupado em dar contornos à sua obra jurídica, de forma a amoldar-se às exigências da sociedade e sobretudo da sua consciência."

⁴² A Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), em seu artigo 53, inciso II, determinava expressamente que o juiz deveria levar em conta, ao arbitrar a indenização por dano moral, dentre outros fatores, a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável.

⁴³ Lei 5.250/67, arts. 51 e 52.

⁴⁴ Segundo a Lei 7565/86, em seu artigo 246, "a responsabilidade do transportador (arts. 123, 124 e 222, parágrafo único), por danos ocorridos durante a execução do contrato de transporte (arts. 233, 234, § 1º, 245), está sujeita aos limites estabelecidos neste Título (art. 257, 260, 262, 269 e 277)". Tais valores são fixos e levam em conta certo número de OTNs (Obrigações do Tesouro Nacional).

⁴⁵ Ver a este respeito o cap. VI, abaixo.

ampla dos direitos de personalidade, sem quaisquer limites de valores, ou seja, as disposições limitantes da tutela dos direitos de personalidade não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional. Desse modo, nossos Tribunais passaram a afastar-se da tarifação presente nas referidas leis, em nome da proteção mais completa possível aos direitos de personalidade.

Segundo Cavalieri Filho (2008, p. 92-93), a jurisprudência rapidamente afastou a aplicação tarifada de indenizações. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a norma constitucional sobre os direitos da personalidade deve ser aplicada diretamente, afastando a indenização tarifada para o dano moral. Tal entendimento foi consolidado com a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Também a doutrina brasileira posiciona-se maciçamente contrária a uma tarifação dos danos morais. Entende-se que, apesar de a indenização tarifada poder impedir os excessos e as indenizações vultosas, não seria esta solução adequada para encontrar-se o justo equilíbrio da compensação, já que esquemas matemáticos não são adequados para a correção de danos morais. A tarifação só traria mais problemas, dificultando, ou mesmo impedindo a distribuição da justiça. Afinal, o dano moral tem repercussões íntimas, que variam de indivíduo para indivíduo, de maneira que para a fixação do dano moral é preciso um estudo particular de cada caso, de cada vítima, de cada ofensor. As pessoas não vivem em um mundo padronizado; os comportamentos são diferentes (VENOSA, 2010, p. 256).

Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 93) defende que não há meio mais adequado para a fixação de danos morais do que o arbitramento judicial. O juiz deve analisar o caso concreto e utilizar como critérios a repercussão do dano e a possibilidade econômica do causador do dano. Entretanto, o autor (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 93) atenta para a necessidade da prudência e do bom senso por parte dos magistrados. As indenizações vultosas concedidas por alguns tribunais não privilegiam o princípio da razoabilidade, que deve ser observado na fixação das indenizações. Afinal, não pode a indenização por danos morais se transformar em uma fonte de enriquecimento para a vítima.

Do mesmo modo, Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, 2002, p. 67) baliza para a fixação do ressarcimento no caso de dano moral, que a vítima de uma lesão aos chamados direitos extra-patrimoniais deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento,

sendo que esta deve ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso. O autor também ressalta que o patrimônio do ofensor e a situação pessoal do ofendido devem ser observados. Além disso, não pode ser a indenização tão grande que se converta em fonte de lucros para aquele que sofreu o dano e, por outro lado, não pode ser ínfima a ponto que se torne inexpressiva.

Sendo a dor moral insuscetível de uma equivalência com qualquer padrão financeiro, o que dificulta ou impossibilita uma tarifação dos danos morais, também os autores brasileiros mais antigos que trataram do tema defendem que o montante da indenização deve ser fixado equitativamente pelos magistrados. R. Limongi França (PEREIRA, 2002, p. 67) afirma que “muito importante é o juiz na matéria, pois a equilibrada fixação do ‘quantum’ da indenização muito depende de sua ponderação e critério”. No mesmo sentido, Wilson Melo da Silva (SILVA, 1977, p. 275) entende que a reparação deverá atender sempre “a superiores preceitos de equidade”, devendo-se também exigir, segundo Artur Ooscar Oliveira Deda (DEDA, 1977, p. 290), “uma estimativa prudente e equitativa” dos danos morais sofridos.

Ainda, Clayton Reis (REIS, 1994, p. 103) também ressalta a necessidade de se confiar no arbítrio dos juizes, para a fixação do *quantum* indenizatório. O magistrado, segundo o autor, em seu trabalho diário de julgar e valer-se dos elementos aleatórios que o processo lhe oferece, juntamente com o seu bom senso e sentido de equidade, “é quem determina o cumprimento da lei, procurando sempre restabelecer o equilíbrio social, rompido pela ação de agentes, na prática dos atos ilícitos”.

3.2.1 Conclusões parciais II

Em suma, a doutrina nacional critica de modo veemente a prefixação de valores por meio de tarifação dos danos morais. Não é possível para o legislador determinar de forma abstrata e geral o valor de um dano moral sofrido. É o juiz que deve fazê-lo, analisando a questão no caso concreto. Todavia, poderia a norma jurídica indicar critérios objetivos ou bases que ofereçam ao magistrado margens de avaliação judicial para uma reparação equitativa, mesmo não fixando máximos e mínimos para a indenização.

3.3 Critérios para a fixação do dano moral

Como já explicitado, é pacífico na doutrina brasileira que a fixação dos danos morais se dará pelo livre arbitramento dos juízes, não devendo haver qualquer tipo de tarifação. Entretanto, a doutrina procura auxiliar os magistrados estabelecendo critérios para a fixação do dano moral. Visa-se aqui a utilização de critérios objetivos que pautem as decisões subjetivas dos magistrados.

Para tanto, é preciso também analisar a natureza da reparação dos danos morais. Após a Constituição Federal de 1988 não mais se discute a possibilidade de indenização dos danos morais. Entretanto, pode-se identificar na doutrina, ainda hoje, três correntes sobre a função da indenização do dano moral: a primeira defende a reparação e/ou satisfação do ofendido, ou seja, afirmam que a função da reparação do dano moral é somente ressarcitória⁴⁶; a segunda defende a punição do ofensor, ou seja, funciona como uma pena privada para o causador do dano (LACERDA, 1996, p. 94-101), e a terceira que defende tanto a satisfação do ofendido como a punição do ofensor, revelando assim uma natureza mista⁴⁷.

Pode-se afirmar, assim, que prevalece na doutrina (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 95) brasileira a teoria mista de indenização dos danos extra-patrimoniais. Para os seus defensores, desse modo, é preciso fixar critérios para a sua indenização que fujam somente da reparação do dano sofrido, como já exposto anteriormente.

Como conseqüência do reconhecimento de uma função punitiva ou mista da indenização do dano moral, para a fixação do *quantum* indenizatório são avaliados outros critérios que não a gravidade objetiva da lesão ao bem jurídico. Cabe destacar os critérios apontados por Paolo Gallo (1996, p. 197 e ss.) para a fixação do *quantum*, fazendo transparecer a função punitiva/preventiva da responsabilidade civil são três: o grau de culpa do ofensor, a condição econômica do responsável pela lesão e o enriquecimento obtido com o fato ilícito.

A estes fatores, os defensores⁴⁸ da teoria mista, em geral, acrescentam mais dois: intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima, assim como a perda das chances de vida e dos prazeres da vida social ou da vida íntima, e as condições sociais e econômicas do

⁴⁶ Dentre os seus apoiadores, destacam-se Moraes (2003), Severo (1996) e Theodoro Jr. (2000).

⁴⁷ São defensores, dentre outros, desta teoria mista, Pereira (2002), Cavalieri Filho (2008, p. 90 e ss.), Lopez (1999); Casillo (1994); Gama (2002, p. 47).

⁴⁸ Cf., dentre outros, Severo (1996, p. 1983).

ofendido, tendo em vista a vedação ao enriquecimento sem causa. Como se vê, o quarto critério apresenta caráter marcadamente compensatório/satisfativo.

Além disso, pode-se destacar como principal critério apontado pela doutrina (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 93), de certa forma, obviamente, o princípio da *razoabilidade*.

Assim, na reparação do dano moral o magistrado deverá pautar-se naquilo que lhe parecer equitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento, nem mesmo ser irrisório ou simbólico⁴⁹. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não deverá proceder seguindo apenas convicções próprias, mas sim agindo de forma fundamentada e com moderação.

Outro critério consagrado pela doutrina (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 93) é o da *extensão do dano*. Deve-se ponderar o teor de cada bem jurídico tutelado, pois a morte provocada de alguém querido, a honra, o bem estar, a liberdade, o sossego, dentre outros, têm pesos diferentes. Para isso, importante se faz o estudo dos reflexos pessoais e sociais, a possibilidade de reparação (material e psicológica) e a possibilidade de superação do desconforto, a duração dos efeitos. Assim é critério para a avaliação da gravidade do dano sua relação com a dignidade humana. Desse modo, há dano moral quando o dano causado à dignidade humana, dano esse que consiste no vexame, no sofrimento ou na humilhação, fuja de tal forma à normalidade, que interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando aflição, angústia, desequilíbrio em seu bem-estar (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 83).

É entendimento constante na doutrina, nacional e estrangeira, que o dano moral só será indenizável nos casos em que haja um mínimo de gravidade na lesão causada. Como afirma J. M. Antunes Varela (VARELA, 2006, p. 605), o direito positivo português aceita a indenização para os casos de dano moral, mas apenas para aqueles casos em que a gravidade desses danos mereça tutela do direito⁵⁰.

⁴⁹A reparação do dano moral, segundo Dias (2006, p. 740), deve seguir um processo idôneo, que busque para o ofendido um "equivalente adequado". Não se pretende que a indenização fundada na dor moral "seja sem limite". Pelo contrário, a reparação deverá ser inferior ao prejuízo experimentado, pois atribuir demasiada importância a esta reparação mostraria uma preocupação com a idéia de obter lucro por meio do dano sofrido, o que seria condenável, segundo o autor.

⁵⁰ Cf. também, S. Cavalieri Filho (2008 p. 83).

Além disso, continua J. M. Antunes Varela (VARELA 2006, p. 606), a medida da indenização deverá ser baseada em padrões objetivos, devendo a maior gravidade do dano ser refletida, no caso concreto, no maior valor de tal indenização. No mesmo sentido, K. Larenz (1987, p. 477) afirma que “die ‘Billigkeit’ der Entschädigung bedeutet ihre Angemessenheit im konkreten Fall”, ou seja, que a “justiça”, o melhor entendimento, na reparação dos danos será medida na sua compatibilidade com o caso concreto.

Ainda, a doutrina defende a análise da *condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido*. Certo é que um rico não sentiria tanto o peso da indenização quanto um pobre, assim como o aumento patrimonial advindo da reparação tem repercussão diferente para ambos, da mesma forma que um político, uma pessoa jurídica ou um artista sentiriam a humilhação por um ataque à honra de forma diversa daquele anônimo, simples consumidor⁵¹. A indenização não pode ser irrisória, ou seja, que não traduza punição para o ofensor e nem compensação para o lesado. Esse critério também é apontado por Antonio Jeová Santos (JEOVÁ SANTOS, 1999, p. 236)⁵², que diz não se deve aceitar uma indenização meramente simbólica. Porém, não deve a compensação do dano moral aumentar vultosamente o patrimônio do ofendido, sob risco de se incorrer em enriquecimento sem causa (GONÇALVES, 1995, p. 414)⁵³.

Deve-se ponderar que a consideração da condição do agente é alvo de muitas críticas por parte dos adeptos de uma visão exclusivamente compensatória da reparação do dano moral. Isto porque se pondera que se deve focar, quando da fixação da indenização, a situação da vítima, e não o causador do dano.

De certa forma, pode-se entender aqui um desdobramento do princípio da razoabilidade, já tratado anteriormente. Ao levar-se em consideração as condições sócio-

⁵¹ O inciso II do artigo 53 da antiga Lei de Imprensa referia-se expressamente à consideração por parte do juiz, quando do arbitramento da indenização por dano moral, da situação econômica do causador do dano. Segundo tal critério, há de ser aferida a condição econômica do agente para se determinar o valor apto a indenizar o dano moral.

⁵² O autor ainda destaca um outro critério interessante para a estimação do dano moral. Diz ele que se deve levar em conta o contexto econômico do país. Assim, não se pode aplicar no Brasil os altos valores concedidos a título de dano moral nos Estados Unidos. Observe que esse critério guarda estreita relação com a proibição de enriquecimento sem causa, conforme o estabelecido nos arts. 884 a 886 do Código Civil.

⁵³ Gonçalves (1995, p. 414) afirma, com relação ao estabelecimento do quantum indenizatório, que, além da situação patrimonial das partes, deve-se considerar, também, como agravante o proveito obtido pelo lesante com a prática do ato ilícito. A ausência de eventual vantagem, porém, não o isenta da obrigação de reparar o dano causado ao ofendido.

econômicas das partes envolvidas, o magistrado precisará atingir o equilíbrio necessário – por meio da razoabilidade – na fixação dos valores indenizatórios, a fim de que os objetivos pretendidos possam ser atingidos.

Mais um critério a ser considerado e defendido pela doutrina⁵⁴ é o *caráter pedagógico* da indenização, gerando o *desestímulo*. Deve-se considerar as condições do agente e o grau de culpa em que incorreu para que o mecanismo da responsabilidade civil seja apto não só a compensar a vítima, mas também a inibir novas condutas danosas.

Há quem defenda⁵⁵ que o caráter pedagógico distingue-se de um caráter propriamente punitivo da indenização. Entretanto, essa não é a opinião mais acertada. Não é possível fazer uma distinção clara entre o caráter pedagógico e o punitivo de uma indenização. Como esse trabalho revelará posteriormente, o elemento pedagógico é intrínseco ao caráter punitivo: é função primária da indenização punitiva (*punitive damages*) conscientizar aquele que provocou o dano.

Para muitos, quando definido em pecúnia, o valor da indenização deve ser tal que desestímule novas práticas lesivas, a fim de que se criem óbices jurídicos às condutas rejeitadas pelo Direito; assim, seria possível conferir mais segurança e tranquilidade para um desenvolvimento normal e equilibrado das atividades humanas no meio social (BITTAR, 1992, p. 95).

Ainda, cabe destacar a *culpa do agente* como critério de fixação de danos morais (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 95). A conduta social e juridicamente reprovável do agente que causa o dano é motivo para o aumento do valor a ser pago pela indenização desses danos causados. Ou seja, o elemento subjetivo do comportamento do agente causador do dano é baliza que merece ser considerada pelos magistrados. Tal elemento da culpa será análise em seguida, dentro dos chamados *punitive damages*, ou seja, a indenização punitiva, que também utiliza a culpa como um dos seus pressupostos.

3.3.1 Conclusões parciais III

⁵⁴ Cf., dentre outros, Menezes Direito; Cavaliere Filho (2004, p. 352), após citar Clayton Reis, destacam a importância de “impor uma reparação que alcance a satisfação do lesado e a punição do causador do dano na justa medida”.

⁵⁵ Silva (2003, p. 263) afirma que “o caráter sociológico da responsabilidade civil demonstra a relevância do caráter de desestímulo da indenização por dano moral”.

A doutrina brasileira aponta uma série de critérios para a fixação dos danos morais. Tais critérios são fundamentais para uma melhor atuação do juiz no caso concreto. A razoabilidade, por motivos óbvios, é unânime dentre dos doutrinadores, mas também se pode destacar a condição sócio-econômica dos envolvidos⁵⁶ e o caráter pedagógico da indenização como critérios a serem aplicados.

4 Dano moral punitivo e *punitive damages*

4.1 Introdução

Em tema de reparação de danos morais, encontra cada vez mais destaque o chamado – na doutrina brasileira⁵⁷ – dano moral punitivo. Na verdade, origina-se do termo anglo-saxão *punitive damages* que significa, *indenização punitiva* (e não “dano punitivo”, como o consagrado na doutrina pátria)⁵⁸.

Tradicionalmente, entende-se que a responsabilidade civil – diferentemente da penal – tem como função central a reparação do dano sofrido. Visa-se a restituir, a compensar o prejuízo da vítima, retornando, sempre que possível, à condição anterior ao dano. É o direito penal que tem como objetivo punir. Por conseguinte, essa é a atratividade provocada pelos *punitive damages*, uma vez que rompe com a tradicional separação entre responsabilidade civil e penal – conhecida desde o séc. III a. C. em Roma⁵⁹ – e abre as portas para uma chamada “pena privada” (MONTEIRO, 1999, p. 660-663).

⁵⁶ Tal critério provoca, também, a perplexidade de alguns, entendendo ser inconstitucional o tratamento diferenciado das pessoas nesse caso.

⁵⁷ Cf., dentre outros, Cavalieri Filho (2008)

⁵⁸ Cf. Martins-Costa; Pargendler (2005, p. 16). Também são chamados, no sistema anglo-saxão de *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*.

⁵⁹ Wesel (1984, p. 127-128) explica sucintamente que a partir do séc. III a. C. tem-se a separação entre indenização do dano sofrido e punição do agente. É nesse momento que surge a conhecida *lex Aquilia*, tratando da reparação do dano, e que pode ser vista como um marco na responsabilidade civil, criando esta dimensão no direito. É nesse mesmo século que são criadas punições para o ladrão, o incendiário ou o

Segundo José Aguiar Dias (2006, p. 993), em razão da sua própria natureza, o dano moral não é reparável como o dano material. Afinal, não é possível fazer sua avaliação pecuniária com a mesma precisão. Por isso, é necessário aplicar um outro tipo de recurso para a reparação do dano moral: a pena.

No desenvolvimento histórico da reparação de danos em geral, tem-se a abolição do sistema de pena privada (DIAS, 2006, p. 997-1000). Entretanto, tal entendimento não vale para a reparação do dano moral. Ainda segundo o autor, na reparação dos danos não-patrimoniais é necessária a aplicação de pena, que apresenta aqui uma natureza também indenizatória. Afinal, a pena aplicada também pode ser empregada na satisfação da lesão. Desse modo, a indenização para os danos morais apresenta caráter múltiplo: pode ser vista como pena, satisfação e equivalência. Assim entende também Karl Larenz (LARENZ, 1987, p. 478): “Damit erhielt die Anerkennung auch eine ‘Genugtuungsfüllen’ des Schmerzensgeldes weitreichende praktische Bedeutung”. Ou seja, é reconhecida também a capacidade indenizatória da reparação do dano moral, alcançando um significado prático abrangente.

Desse modo, pode-se definir os *punitive damages* como sendo o que a vítima de danos sofridos recebe, valores estes muito superiores a tais danos sofridos, uma vez que visam à punição daquele que causou o dano e também a prevenção de que o agente não mais causará esse tipo de dano. Ou seja, é possível identificar uma finalidade punitiva e uma preventiva, diferindo, assim, substancialmente da tradicional função compensatória da responsabilidade civil⁶⁰.

Mais além, pode-se afirmar que a chamada indenização punitiva trata-se de uma resposta da responsabilidade civil aos anseios e imposições de fenômenos sociais típicos da sociedade moderna de economia de massa⁶¹. É preciso considerar, por exemplo, a hipossuficiência do consumidor, vulnerável não apenas – o que já seria suficiente – economicamente, ou ainda, o meio ambiente como bem jurídico tutelado. Assim, os danos sofridos pelo meio ambiente ou tendo como vítima o consumidor, por exemplo, podem ser tratados de forma diversa da convencional, segundo a aplicação da indenização punitiva. Afinal, argumentam os defensores dos *punitive damages*, apenas assim causadores de danos como empresas de grande porte, que atuam internacionalmente, podem ser devidamente responsabilizados. Caso contrário, ter-se-ia a situação em que seriam comparados

manipulador de venenos, que passam a ser repreendidos com penas multiplicadas em relação ao dano causado por eles. Ou seja, não é uma mera reparação de danos, mas sim uma punição. Desse modo, pode-se identificar no séc. III a. C. em Roma o início dessa separação que se tem, tradicionalmente, até hoje entre responsabilidade civil e penal.

⁶⁰ Cavalieri Filho (2008, p. 94). Cf. também: Andrade (2006).

⁶¹ Cf. para fenômenos contratuais da chamada economia tráfica, Larenz (1956).

os valores pagos com indenizações e os ganhos obtidos com esses eventuais danos e seria traçada uma verdadeira relação de custo-benefício, indesejável ao direito, que praticamente corroboraria essa prática condenável (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16).

Assim, pode-se traçar claramente essa relação entre a indenização punitiva e a sociedade contemporânea de economia tráfica. É extremamente compatível com os atuais anseios do direito, inclusive do direito brasileiro, visando à proteção da parte economicamente e/ou juridicamente mais fraca. Os fins punitivos e preventivos dos *punitive damages* são de grande importância para as necessidades da atual sociedade.

4.2 Origem anglo-saxônica

Já no direito romano clássico, apresentam-se penas que representam múltiplos do valor dos danos causados (KASER, 1971, p. 498 e ss.). Porém, especialmente no séc. XVIII, na Inglaterra, tal sistema foi utilizado principalmente para os chamados danos extrapatrimoniais, ou seja, quando não se pode aferir o prejuízo sofrido (Martins-Costa; Pargendler, 2005, p. 18). Ou seja, pode-se afirmar que essa origem dos *punitive damages* assemelha-se com a aplicação desse entendimento pela jurisprudência brasileira. No Brasil, a indenização punitiva encontra hoje aplicação exatamente nos casos de danos extrapatrimoniais, recebendo, inclusive, como vimos, o nome de dano moral punitivo (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 94). Atualmente, no direito norte-americano, os *punitive damages* não encontram tal restrição, sendo também aplicados para os casos de responsabilidade patrimonial.

No séc. XVIII, na Inglaterra, os tribunais começaram a proferir a título de *exemplary damages*, ou seja, em virtude da exemplaridade social, sentenças que concediam ao autor da ação indenizatória valores admiráveis, em virtude do sofrimento causado. Além disso, os tribunais diziam que esses valores concedidos como *exemplary damages* deveriam não apenas amenizar as dores sofridas, mas também punir o agente. Pode-se dizer que as funções compensatórias e punitivas eram confundidas pelos tribunais ingleses e norte-americanos nesse período (EXEMPLARY, 1957).

É a partir do séc. XIX, que se solidifica o conceito de *damages* no sistema anglo-saxão, abrangendo não apenas as indenizações de caráter compensatório, mas também as referentes a prejuízos “intangíveis”. Assim, o termo *exemplary damages* foi cunhado concomitantemente,

devendo ser utilizado para combinar punição com prevenção (EXEMPLARY, 1957, p. 517). Desse modo, tem-se em mente não apenas o dano em si, mas também – e precipuamente – a conduta do agente causador do dano⁶².

Vale lembrar que é nos Estados Unidos que se dá o maior desenvolvimento da indenização punitiva. Portanto, cabe entender como funciona a aplicação dos *punitive damages* no modelo norte-americano, a fim de se entender os fundamentos e as características para a sua aplicação no direito brasileiro.

Primeiramente, entende-se que os *punitive damages* devem ser aplicados, primordialmente, no chamado Tort Law. Ou seja, no campo da chamada responsabilidade extra-contratual nos países do sistema romano-germânico (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19). Entretanto, o desenvolvimento dos *punitive damages* nas últimas décadas nos Estados Unidos permitem também, ao contrário do que afirmam J. Martins-Costa e M. S. Pargendler (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19), a aplicação da indenização punitiva também no campo do direito contratual. Trata-se, talvez, de uma absorção da matéria contratual pelo Tort Law, que, nos Estados Unidos, deu origem às regras do direito contratual (SULLIVAN, 1976, p. 207-208).

Não se pode entender, também, que haja um direito subjetivo ao *punitive damages*. Apesar de em alguns estados norte-americanos, a presença de provas e elementos suficientes possam ensejar uma certeza de indenização punitiva. Entretanto, de qualquer forma, a fixação desta indenização punitiva será feita nos Estados Unidos por meio do júri. Como se sabe, o júri ocupa posição de destaque no sistema judiciário norte-americano. Conseqüentemente, o júri seria o meio mais eficaz para determinar a extensão dos *punitive damages*. Contudo, pode-se afirmar que tal papel tem sido discutido no direito norte-americano, em razão dos famosos casos de indenizações milionárias, com quantias extramamente destoantes das normalmente praticadas. Por isso, há aqueles (DEVELOPMENT, 1997) que defendem uma tendência – não justificável – do júri em praticar distribuição de riquezas, punindo exageradamente o causador do dano.

Por conseguinte, a Suprema Corte decidiu criar critérios que devem ser observados pelas cortes estaduais na fixação de indenizações punitivas, após a decisão do caso BMW of North

⁶² O mesmo entendimento encontra respaldo tanto na doutrina quanto nos tribunais brasileiros. A conduta do agente causador do dano pode ser fundamental no momento de balizar a indenização pelo dano moral e conceder a chamada indenização punitiva. Cf. Cavalieri Filho (2008, p. 95).

America, Inc. v. Gore, de 1996 (POLINSKY, SHAVELL, 1998)⁶³. Assim, estabelece a Suprema Corte que o grau de reprobabilidade da conduta do agente que causou o dano deve ser analisado segundo diversos fatores. Dentre eles, cabe destacar a natureza do dano (se ele é meramente econômico ou também físico), se o ato praticado foi com total desconsideração ou indiferença em relação àquele que sofreu o dano⁶⁴, se este é financeiramente vulnerável e se foi um ato isolado ou repetido (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19).

Desse modo, pode-se entender a grande discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência norte-americana sobre a fixação dos valores de uma indenização punitiva. É preciso que não haja abusos no momento de se conceder a indenização, gerando quantias de valores astronômicos. Tais abusos levariam a criação de uma verdadeira indústria de indenizações milionárias, obviamente indesejável para o direito⁶⁵.

4.3 *Punitive damages no direito brasileiro*

O aspecto punitivo da responsabilidade civil encontra defensores não apenas no sistema anglo-saxão. Também em países de tradição romano-germânica discute-se a aplicação da chamada indenização punitiva (ASSIS, 1998). Como afirma, dentre outros, Paolo Gallo (GALLO, 1996, p. 170 e ss.), pode-se citar quatro hipóteses para a aplicação de *punitive damages*: nos casos de danos extra-patrimoniais, ou seja, aqueles em que não há perda econômica automaticamente perceptível, como os danos morais, nos casos em que o lucro obtido com o ato danoso é superior ao valor do próprio dano, nos casos em que a probabilidade de condenação a ressarcir os danos seja menor do que a probabilidade relativa de causar danos e, por último, nos casos de crimes de bagatela, ou seja, em que o dano causado tem valor ínfimo, mas a conduta do causador do dano deve ser reprimida.

⁶³ Cf. Nesse caso emblemático, Ira Gore Jr. tinha comprado um modelo BMW que se revelou como tendo sido avariado e retocado antes da sua entrega. O júri concedeu 4000 dólares de danos patrimoniais e a absurda quantia de 4 milhões de dólares como *punitive damages*. A Suprema Corte do Alabama reformou a sentença, diminuindo para 2 milhões de dólares. Por fim, a Suprema Corte norte-americana considerou o valor abusivo e, portanto, inconstitucional. A Suprema Corte reconsiderou o pedido e fixou a indenização punitiva em 50.000 dólares.

⁶⁴ Podemos aqui fazer uma distinção no que chamamos de dolo e dolo eventual. Ou seja, se a conduta daquele que provocou o dano foi de forma dolosa ou mesmo com dolo eventual, pode se dar ensejo a uma indenização punitiva.

⁶⁵ Cf. Moraes (2003, p. 234-236). Cf. também Martins-Costa; Pargendler (2005, p. 19-21), que citam e resumem os principais casos do direito norte-americano que se preocuparam em limitar os valores concedidos nos *punitive damages*.

No direito brasileiro, entretanto, pode-se dizer que o caráter punitivo e preventivo da responsabilidade civil é visto como característica inerente e exclusiva da indenização dos danos morais.

Quando ainda se discutia no direito pátrio a viabilidade de se conceder indenização diante da inexistência de prejuízo de ordem patrimonial, surgiram os mais diversos entendimentos. Diante desta dificuldade no reconhecimento da indenização do dano moral, passou-se a defender que a indenização do dano moral seria não só legítima, mas também necessária, pois, do contrário, o ofensor restaria impune. Desse modo, visava-se a afastar os obstáculos de caráter ético e justificava-se a indenizabilidade do dano moral com fundamento na noção de pena privada⁶⁶.

Vale lembrar, ainda, um paralelo deste tratamento do direito brasileiro com o surgimento da doutrina dos *punitive damages* na tradição anglo-saxônica, já exposta sucintamente. Diante da impossibilidade originária em ressarcir o dano que não deixasse lastros patrimoniais, lançou-se mão da teoria punitiva a fim de não deixar o lesado, nesses casos, sem qualquer amparo por parte do ordenamento jurídico.

Por outro lado, no próprio direito anglo-saxônico, uma vez consagrada a reparabilidade do dano moral, a função desta passou a ser entendida como meramente compensatória, perdendo sua primitiva vinculação com o instituto dos *punitive damages*.

O direito brasileiro, contudo, não passou pela mesma espécie de evolução sofrida pelo direito norte-americano, de modo que ainda se reputam os aspectos punitivos como imanes aos danos morais. No ordenamento jurídico pátrio, embora desde a Constituição Federal de 1988 tenha se tornada pacífica a admissibilidade da indenização dos danos morais, não há consenso na doutrina, como já vimos, em relação à função desta indenização.

Desse modo, com a prevalência da chamada teoria mista de indenização por danos morais, ou seja, com a consagração do entendimento que o valor pago pelo agente causador do dano deva rerepresentar não somente a restituição do dano causado, mas também uma punição, abrem-se as portas, no direito brasileiro, para o arbitramento de *punitive damages*.

⁶⁶ Obviamente que, atualmente, não se vê qualquer tipo de imoralidade em receber indenização por danos extra-patrimoniais. Já afirmava Miranda (1955, p. 298-299), que não há imoralidade alguma em receber indenização, e, se houvesse, a fixação de pena privada, ou seja, de indenização punitiva, também não resolveria o problema.

A identificação entre o caráter punitivo da indenização e o dano moral, consagrada por boa parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras, porém, enseja algumas perplexidades. Isso porque, desde a Constituição Federal de 1988, a reparação do dano moral não fica sujeita a outros pressupostos além dos requisitos tradicionais da responsabilidade civil (ato ilícito, fator de atribuição e nexos de causalidade entre a conduta humana e o dano).

Contudo, a concessão de indenização punitiva, obviamente, outros pressupostos. Destes, destaca-se o elemento subjetivo, já tratado no direito anglo-saxônico. Ou seja, é preciso identificar o dolo ou a culpa grave do agente causador do dano, a fim de que se possa, assim, justificar também a sua punição. Entretanto, na doutrina (CAVALEIRI FILHO, 2008, p. 95) tem-se defendido a aplicação de *punitive damages* em casos de responsabilidade objetiva, o que é diametralmente diverso da sua origem anglo-saxônica.

Todavia, é verdade que, mesmo quando admitem o caráter sancionador da responsabilidade civil, os valores fixados apresentam-se bastante módicos se comparados às condenações em *punitive damages* tal como ocorrem nos Estados Unidos. Tal disparidade repousa sobre uma série de fatores de ordem cultural e econômica. A ética dominante na sociedade norte-americana não vê com maus olhos o recebimento de uma grande soma em dinheiro pelo indivíduo lesado, enquanto que países de tradição jurídica européia e, de certo modo, como a França e, em certa medida, o Brasil, consideram tal situação imoral.

Além disso, pode-se dizer que uma das mencionadas finalidades dos *punitive damages* nos Estados Unidos é servir como recompensa ao lesado por levar à Justiça o ofensor. Essa finalidade parece se justificar nos Estados Unidos diante dos altos custos para se recorrer ao Judiciário. Apesar da doutrina brasileira (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p.22) não mencionar as custas judiciais como justificativa para os *punitive damages*, pois entende-se que tais custos envolvem quantias bem menos significativas, não se deve ignorar tal argumento. Afinal, o acesso ao judiciário no Brasil enfrenta tantos obstáculos, que é possível dizer que a responsabilidade civil punitiva no país também envolve tal finalidade.

Vale lembrar, o que também é apontado pela doutrina⁶⁷, que o parágrafo único do artigo 944, ao adotar a teoria da gradação da culpa, de modo a influenciar o quantum indenizatório, possibilita sua diminuição, diante da desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Acerca de

⁶⁷ Cf., dentre outros, Cavalieri Filho (2008, p. 91), Martins-Costa; Pargendler (2005, p.22), e Silva (2003, p. 266).

relevância do grau de culpa para a fixação da indenização, o Código Civil de 2002 trouxe significativa alteração, substituindo o regramento trazido pelo Código Civil de 1916 e abrindo a possibilidade para uma função punitiva/preventiva da responsabilidade civil, ao desmontar um dos pilares da concepção de que esta teria função estritamente compensatória: a equivalência do grau de culpa.

Com base em uma interpretação *a contrario sensu*, pode-se vislumbrar a possibilidade de aumentar o *quantum* diante da presença de culpa gravíssima ou dolo. Ainda que esta interpretação ousada não seja adotada pela jurisprudência de plano, é certo que o dogma da equivalência da culpa e do dolo, que constituía um entrave a função punitiva da responsabilidade civil, está rompido. Assim, a função punitiva da responsabilidade civil no Direito Brasileiro tende a assumir importância cada vez maior.

4.4 Conclusões parciais IV

Grande parte da doutrina brasileira não tem problemas em aceitar e defender a aplicação dos *punitive damages* ou indenização punitiva. A timidez encontrada nos tribunais brasileiros não é vista na doutrina, que em grande parte entende ser benéfica a utilização dos critérios de indenização punitiva, assim como se faz, com maior tradição e amplitude, nos Estados Unidos. Entretanto, a doutrina também destaca a necessidade de limitar o valor dessas indenizações, a fim de evitar a criação de uma “indústria de indenizações”, problema também enfrentado nos Estados Unidos.

5 Conclusões finais

A análise das diversas posições encontradas na doutrina sobre os critérios de fixação da indenização por dano moral possibilita uma série de reflexões e a tomada de algumas conclusões. Não se trata de tema, como se pode afirmar desde o início desse trabalho, de fácil compreensão. É preciso tomar certas posições – de caráter técnico ou mesmo de política legislativa – para atingir os resultados pretendidos. Desse modo, pode-se concluir:

1. Obviamente, que não mais se discute a reparabilidade dos danos morais. Entretanto, é preciso ter sempre em mente, tanto na análise da matéria em abstrato, quanto do caso concreto, que o tema é de difícil – senão impossível – tratamento. Não é possível reparar da forma ideal, ou seja, voltar ao estado anterior a ocorrência do dano. Só é possível compensar. Entretanto, a fixação desse valor correspondente aos danos sofridos também não pode ser feita de modo matemático ou exato. Em virtude da própria natureza do dano, naturalmente, é preciso trabalhar com valores arbitrados, sem qualquer correspondência objetiva com o dano sofrido.

2. Por conseguinte, é preciso analisar cada caso concreto para poder estabelecer o valor da indenização por danos morais mais próximo do ideal. Em outras palavras, é preciso que o juiz arbitre o valor da indenização levando em consideração todos os elementos fáticos do caso concreto em tela. Somente com tais elementos é possível a fixação dos valores correspondentes, sem arbitrariedades ou distância da realidade.

3. Por meio da análise doutrinária, também em direitos estrangeiros, perdem força os argumentos favoráveis a uma “tarifação” ou “tabelamento” em matéria de indenização por danos morais. Não se pode pré-fixar valores para o sofrimento de alguém ou mesmo classificar as dores de uma pessoa. Por isso é necessário o exame de cada caso concreto. Tal reducionismo poderia resultar em uma banalização dos danos morais, não trazendo benefícios consistentes no tratamento da matéria.

4. Pode-se, contudo, tanto por meio da doutrina, quanto em sede legislativa, criar critérios objetivos para a fixação dos danos morais. Os autores que tratam do tema apontam diversos critérios, que precisam ser fixados em cada caso concreto, mas que têm certo grau de objetividade. Obviamente que a razoabilidade precisa ser um desses critérios, mas pode-se entender que a análise da condição sócio-econômica das partes também deve ser considerada. Do mesmo modo, a culpa, elemento subjetivo na atuação do agente causador do dano, também deve ser avaliada, possibilitando a aplicação dos *punitive damages*.

5. Não é pacífica ainda na doutrina brasileira a aceitação dos chamados *punitive damages*. Na verdade, tal dúvida doutrinária revela uma dificuldade de muitos autores em aceitarem uma função punitiva para a responsabilidade civil. Presos aos conceitos tradicionais de divisão entre o direito civil e o direito penal, não admitem essa

aproximação de conteúdo no campo da responsabilidade. Entretanto, em virtude da experiência observada por meio do direito comparado, não é esse o posicionamento mais acertado. A aplicação dos *punitive damages* é bastante recomendável em uma série de situações. Apenas assim é possível atingir objetivos importantes – como, por exemplo, ensinar o causador do dano ou evitar que o mesmo agente continue a causar esses danos – apontados pela doutrina.

6. Dentre os defensores dos *punitive damages* é unânime a necessidade de estabelecer limites para tais indenizações punitivas. Não é desejável que se crie uma “indústria de indenizações”, em virtude de valores milionários arbitrados pelos tribunais, como já se observou nos Estados Unidos. Desse modo, alguns autores defendem a fixação de teto máximo para as indenizações por danos morais, o que poderia ser uma solução para os casos extremados. Vale lembrar, entretanto, que é essencial a análise de cada caso prático, o que dificulta a pré-fixação de valores.

7. Em suma, a doutrina brasileira ainda encontra dificuldades em entender e estabelecer critérios para a reparação dos danos morais. Provavelmente em virtude da tímida legislação brasileira, que consagrou os danos morais apenas em 1988, por meio da Constituição Federal e, conseqüentemente, pela vacilante jurisprudência, os doutrinadores brasileiros também enfrentaram dificuldades em traçar critérios seguros para a fixação das indenizações por danos morais. Vale lembrar, contudo, não ser tarefa fácil, devendo ser observados todos os elementos envolvidos nos danos morais.

IV. Crítica aos critérios de cálculo: conteúdo e forma

Bruno Meyerhof Salama e Flavia Portella Püschel

Tendo sido apresentados os critérios empregados pela jurisprudência, bem como aqueles defendidos pela doutrina, apresentaremos neste capítulo nossas observações críticas sobre tais critérios, com vistas a apontar as questões que precisam ser consideradas quando da decisão sobre como regular a reparação por danos morais.

Para isso, vamos organizar a análise com base em dois aspectos: o *conteúdo* e a *forma* dos critérios de cálculo das reparações por dano moral.

Em relação ao *conteúdo*, tendo em vista que se trata aqui de adotar um ponto de vista de políticas públicas, usaremos como referência para a avaliação de sua adequação ou inadequação os objetivos sociais que se pretende atingir por meio da responsabilidade civil por danos morais. Não trataremos neste ponto de todos os critérios de cálculo levantados na pesquisa de jurisprudência ou sugeridos pela doutrina, mas apenas daqueles que nos parecem problemáticos em face de tais objetivos ou de princípios fundamentais do ordenamento jurídico nacional.

No que se refere à discussão sobre a *forma*, neste capítulo, apresentaremos os dois grandes modelos de regulação dos critérios de cálculo de danos morais: a tarifação e as cláusulas gerais, apontando seus pontos positivos e negativos.

Fundamental é ter em vista que as questões de conteúdo e forma não podem ser separadas no momento da tomada de decisão acerca da estratégia legislativa a ser adotada para regular a questão. A discussão sobre a forma da regulação tem em vista, conforme já se expôs, a obtenção de maior segurança jurídica. No entanto, ao cuidar da questão da segurança jurídica em relação ao cálculo dos danos morais, não se podem perder de vista os objetivos visados pela própria reparação. Em outras palavras, a questão da segurança jurídica não se põe no vazio, mas em relação a um instituto jurídico concreto, o qual busca atingir certos fins sociais, que precisam ser levados em conta.

A questão consiste, portanto, não apenas em como conseguir previsibilidade das decisões judiciais e tratamento igual aos casos iguais, mas em como articular a demanda por segurança

jurídica com os objetivos sociais que a responsabilidade civil por danos morais visa a atingir. Sem isso, corre-se o risco de esvaziar este instituto jurídico de todo sentido.

Dito isto, este capítulo está estruturado em duas partes. Na primeira será feita a crítica dos critérios de cálculo do dano moral em relação às funções da responsabilidade civil. Na segunda parte serão apresentadas e discutidas as técnicas legislativas de cláusulas gerais e de tarifação.

Como se viu, o levantamento jurisprudencial realizado apurou a concessão de valores baixos e a concentração de casos em faixas razoavelmente estreitas de valores⁶⁸, indicando que os tribunais tem sido capazes de moderar e padronizar em certa medida os valores dos danos morais.

Este dado, combinado com os riscos que a tarifação apresenta – os quais exporemos neste capítulo e no capítulo sobre a constitucionalidade do tabelamento (cap. VI) - parece-nos uma forte razão para abandonar a idéia de tabelamento em favor de uma regulação feita por meio de cláusulas gerais, as quais podem ser estabelecidas a partir dos critérios apurados pelo levantamento jurisprudencial feito nesta pesquisa, com as devidas críticas.

Diante disso, ao final do trabalho (cap. VII), complementaremos a discussão sobre o conteúdo e a forma dos critérios de cálculo feita neste capítulo com a apresentação de uma minuta de projeto de lei, a qual traduz de modo concreto as reflexões feitas ao longo do texto.

1 O conteúdo dos critérios de cálculo

Diante do que se disse acima, o primeiro aspecto fundamental a ser levado em conta na decisão sobre como regular legislativamente o cálculo do valor de danos morais consiste nos *objetivos* que se pretende atribuir à responsabilidade civil por tais danos. Em outras palavras, é preciso ter clareza sobre as *funções* as quais se espera que a responsabilidade civil por danos morais cumpra na sociedade.

Sem isso, não há como julgar a adequação de quaisquer modos de cálculo (seja sob a forma de tarifação ou outra técnica de regulação), uma vez que a adequação de um meio apenas se pode determinar em relação a fins determinados.

⁶⁸ Para as constelações passíveis de análise.

Atribuem-se fundamentalmente três funções à responsabilidade civil em nossa tradição: a *reparação* da vítima, a *prevenção* de danos e a sua *distribuição*. Destas, a função de reparação é normalmente considerada central.

No caso dos danos morais, a função preventiva vem ganhando destaque, graças ao desenvolvimento jurisprudencial mencionado na introdução e demonstrado no levantamento jurisprudencial. Além disso, grande parte da doutrina a reconhece, como se viu.

Já a função de distribuição de prejuízos entre um maior número de pessoas – de modo a que o ônus individual seja diminuído – é normalmente considerada uma função secundária da responsabilidade civil (tendo papel relevante em questões como a atribuição de responsabilidade objetiva).

Com relação à função de reparação, é preciso lembrar que – como se disse acima – no caso dos danos morais trata-se antes de *compensar* a vítima⁶⁹.

Quanto à função preventiva, é importante perceber que está relacionada à ideia de dissuasão: imagina-se que a experiência (ou a ameaça) de algo desagradável (o desembolso de uma quantia em dinheiro) seja capaz de desestimular as pessoas (seja o próprio autor do ilícito, sejam os demais membros da sociedade) a praticarem atos ilícitos. Em outras palavras, espera-se que a responsabilidade civil seja capaz de produzir um efeito de “prevenção geral” e de “prevenção especial” negativas (PÜSCHEL, 2007, p. 24).

Pode-se aqui fazer um paralelo com a responsabilidade penal, uma vez que também neste caso a prevenção se busca por meio da imposição de um mal ao autor do ilícito, e é por isso que podemos afirmar tratar-se de uma função “preventivo-punitiva”, ou, para usar uma expressão mais simples, de uma *função punitiva*⁷⁰ da responsabilidade civil⁷¹.

⁶⁹ Feita esta ressalva, neste trabalho usar-se-ão os termos *compensação*, *reparação* e *indenização* como sinônimos.

⁷⁰ É importante distinguir a *função* punitiva de um *efeito* punitivo. Admitindo-se a punição como função própria da responsabilidade civil, passa-se a calcular o valor da reparação (ou compensação) de modo a atingir o objetivo dissuasório. O simples efeito punitivo, em sentido genérico e secundário, é decorrente da mera imputação de responsabilidade, independentemente do valor da condenação. José de Aguiar Dias (DIAS, 1994, p. 735), por exemplo, reconhece um efeito punitivo na obrigação de indenizar, sem, no entanto, reconhecer na punição uma função da responsabilidade civil capaz de justificar a majoração do valor a ser pago pelo responsável: “Para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da

Dentre os dezoito projetos de lei sobre o cálculo do dano moral atualmente em tramitação⁷², apenas sete manifestam-se expressamente sobre a questão da função atribuída à responsabilidade civil por danos morais. Destes, dois afirmam expressamente buscar a compensação, três a punição, um afirma ter função pedagógica e um manifesta buscar, simultaneamente compensação e punição.

Parte da crítica que se pode fazer aos critérios de cálculo não diz respeito aos critérios em si, mas à sua inadequação em relação à função que se atribui à responsabilidade civil por danos morais. Assim, não há nada de errado com o critério do grau de culpa do ofensor em si mesmo. No entanto, ele se torna um critério inadequado a partir do momento em que o elaborador de políticas públicas decida (e esta é uma decisão estritamente política) que a responsabilidade civil por danos morais *não* deve perseguir objetivos punitivos.

Como se vê, discussão sobre quais critérios devem ser usados para o cálculo do dano moral, assim como a discussão sobre o tabelamento ou estabelecimento de limites máximos para o dano moral relacionam-se, antes de mais nada, às funções da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais. Por isso, passaremos a discuti-las separadamente, abaixo.

indenização. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem”.

⁷¹ Vamos dirigir nossa análise exclusivamente à questão dos danos morais. No entanto, é importante notar que este recorte deixa de fora uma questão de política pública normalmente negligenciada pela literatura especializada. Trata-se da questão das funções da responsabilidade civil em casos de danos materiais: uma vez que se decida pela aceitação de critérios punitivos para o cálculo de danos morais, por que não estendê-los também ao cálculo dos danos materiais?

⁷² Excluímos da análise projetos que tratam de dano moral, mas não especificamente do modo de sua quantificação, bem como projetos arquivados antes de 24/11/2010 e projetos destinados a regular o pagamento de danos morais pelo Estado por via administrativa (estes últimos, por não excluírem o recurso à via judicial ou por se referirem ao pagamento de reparação por fatos específicos já ocorridos).

1.1 Função compensatória

Os critérios para cálculo de danos morais compensatórios são polêmicos e difíceis de estabelecer. Já vimos quais os critérios defendidos pela doutrina.

O principal problema ligado a esse tema é a possibilidade de que os critérios empregados tenham efeitos perversos no que se refere à igualdade entre as vítimas.

Em princípio, se a ideia é conceder à vítima algo capaz de substituir a perda sofrida, como um prazer para compensar um sofrimento, é natural que certas circunstâncias pessoais tenham influência sobre o valor da compensação. Diante disso e da proibição de enriquecimento sem causa

da vítima, seria razoável levar em conta aspectos como a situação social da vítima no cálculo. De fato, doutrina e jurisprudência costumam aceitar o emprego deste critério.

No entanto, isso pode resultar em que uma pessoa mais rica deva receber um valor maior do que uma pessoa mais pobre que tenha sofrido dano semelhante por violação do mesmo direito. Nesse caso, teríamos que admitir que a honra, a intimidade, a saúde, a vida, etc. de pessoas mais pobres valem menos que os mesmos direitos personalíssimos de pessoas mais ricas. É duvidoso que tal situação seja compatível com os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Pode-se argumentar que a norma em si é neutra em relação a pobres e ricos: visa apenas ao “restabelecimento” do estado anterior à lesão (em outras palavras, a diferença entre pobres e ricos não está na norma, mas no caso concreto).

No entanto, ao discutir políticas legislativas – como fazemos neste trabalho – é importante atentar para um aspecto das regras de responsabilidade civil praticamente ignorado no debate jurídico brasileiro. Trata-se dos efeitos discriminatórios de normas jurídicas enunciadas de maneira neutra quando se observa sua aplicação a determinada realidade social.

O critério da posição sócio-econômica parece simplesmente querer dar conta do objetivo de aliviar a dor da vítima ou conceder-lhe uma alegria consoladora de modo eficaz, respeitando, ao mesmo tempo a proibição de enriquecimento sem causa. Assim, se a ideia é proporcionar a uma vítima de classe média a possibilidade de um período de descanso com a família, como forma de aliviar o sofrimento psicológico decorrente de uma humilhação pública, por exemplo, isso não poderá ser feito por meio do pagamento de valor insuficiente para que ela possa gozar de tal prazer da forma como está acostumada. Por outro lado, uma pessoa mais pobre, para ter férias condizentes com seu padrão de vida, provavelmente necessitará de quantia mais modesta.

No entanto, este modo de encarar a questão transforma os indivíduos mais pobres em garantes do estilo de vida dos mais ricos, realizando uma transferência de riqueza dos mais pobres para os mais ricos (ao estar exposto a que o valor da reparação por dano moral varie conforme o padrão de vida da pessoa que venha a vitimar, cada um de nós se torna garante deste padrão de vida, sejamos mais ricos ou mais pobres que nossas vítimas). Esta situação, para ser justa, exigiria uma sociedade em que a riqueza estivesse distribuída de forma igualitária, o que não parece ser o caso na sociedade brasileira atual.

Se este é um efeito socialmente indesejado com relação aos danos materiais, a situação é ainda mais grave em relação aos danos morais, uma vez que estes não devem ter valor pecuniário (e o critério em análise associa, justamente, o valor do dano moral a um fator patrimonial: a posição sócio-econômica).

Não temos dados empíricos sobre a realidade brasileira, mas caso se repita aqui a situação identificada por Marta Chamallas e Jennifer Wriggins (CHAMALLAS; WRIGGINS, 2010, p. 1-11) na sociedade norte-americana, onde grupos já socialmente desfavorecidos, como mulheres e negros, tendem a ser vítimas preferenciais de muitas formas de danos morais, é possível que a aplicação deste critério resulte até mesmo em um efeito discriminatório de raça e gênero.

Problemático também é o emprego de padrões materiais (como a renda perdida, ou o valor do débito que levou à inscrição errônea do nome da vítima em cadastro de devedores inadimplentes) porque tais padrões não guardam relação necessária com a extensão do prejuízo imaterial da vítima. A inscrição indevida no cadastro de devedores inadimplentes feita com base em um pequeno débito pode causar grave abalo de crédito e grandes problemas para a vítima, por exemplo.

Outro critério problemático é a extensão do sofrimento da vítima, uma vez que nem sempre há sofrimento. Embora esta questão também seja polêmica, parte da doutrina e também da jurisprudência entende haver dano moral pela simples violação de direitos de personalidade.

Neste caso, a ideia de compensação adquire um caráter diverso daquele de *substituição* de algo negativo por coisa diversa positiva. Compensação, neste contexto, seria mais uma *satisfação*⁷³ dada à vítima: a satisfação de uma resposta estatal em seu favor, da retribuição pelo ilícito praticado pelo réu.

No entanto, como tal *satisfação*, se dá pela aplicação de uma sanção ao réu, é duvidosa a sua justificativa quando o objetivo seja puramente satisfazer um particular. Sendo assim, uma vez

⁷³ No direito alemão, onde não se reconhece a responsabilidade por danos morais com caráter punitivo, entende-se que ela tem a dupla função de compensar e satisfazer a vítima. Entende-se, por exemplo, que ter sua integridade física violada por alguém que age com dolo causa um impacto diverso sobre a vítima do que se a mesma lesão é decorrente de um ato meramente culposo. Isso faz com que a jurisprudência alemã considere na quantificação dos danos morais aspectos ligados à conduta do réu (como a culpa). A jurisprudência alemã entende que, apesar de não ter caráter criminal, tendo a responsabilidade civil por danos morais naquele país originalmente se desenvolvido a partir do direito penal, ela guarda um caráter de expiação (SLIZYK, 2010, p. 6). Parece-nos que tal sistema apenas abandona a função de punição para proteção do interesse público (de prevenção de danos) para adotar uma função de punição para proteção de interesses privados, uma vez que, em última análise, a satisfação da vítima se dá pela punição do autor do ilícito.

que nesses casos o que está em jogo é, sobretudo, a reprovação da conduta ilícita do autor do dano, é de se perguntar se o que resta não seria apenas o aspecto *punitivo* da responsabilidade pelo dano moral, tratado a seguir.

Finalmente, com relação aos critérios de cálculo compensatórios é possível afirmar que quanto maior o seu número, mais adaptada será a reparação ao caso concreto (e mais justa, seria possível dizer). Assim, o critério do direito violado é em si mesmo adequado a perseguir o objetivo de compensar a vítima, mas pode ser insuficiente se aplicado de forma isolada. Duas pessoas que tiveram a honra violada podem sofrer danos distintos em função da duração do ato ilícito ou do meio pelo qual ele foi praticado, por exemplo.

Por outro lado, quanto maior o número de critérios empregados, mais complexo se torna o processo de cálculo do prejuízo. Esta complexidade pode ser um problema do ponto de vista da segurança jurídica, especialmente se a técnica legislativa escolhida for a tarifação, pela possível perda de sua capacidade de limitar o espaço de decisão do juiz como resultado da própria complexidade da tabela (sobre isso, v. o parágrafo sobre a uniformidade como justificativa para a adoção da técnica de tarifação, abaixo).

1.2 Função punitiva⁷⁴

O art. 944, *caput*, do Código Civil brasileiro estabelece: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Com esse artigo, o CC reafirma o “princípio da restituição”⁷⁵, segundo o qual, a função da responsabilidade civil é indenizar pelo prejuízo, ideia já considerada como essencial à noção de responsabilidade civil durante a vigência do Código Civil anterior.

Assim é que, na vigência do Código Civil de 1916, José de Aguiar Dias (DIAS, 1994, p. 9) afirmava: “A reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior”.

Em outra passagem (DIAS, 1994, p. 712), completava:

⁷⁴ Este parágrafo reproduz trechos de artigo publicado (PÜSCHEL, 2007, p.17-36).

⁷⁵ Nomenclatura de José de Aguiar Dias (DIAS, 1994, p. 736). O parágrafo único deste mesmo art. 944, embora possa ser interpretado como uma relativização do “princípio da restituição”, por considerar o grau de culpa do agente, permite expressamente apenas a *redução* e não a elevação do valor da indenização.

[...] a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar.

No entanto, ainda antes da entrada em vigor do CC, desenvolveu-se na doutrina acerca da responsabilidade por danos *morais* uma tendência à aceitação – ainda que não unânime e muitas vezes não problematizada ou fundamentada – da função punitiva da responsabilidade civil para esses casos, como já vimos.

O levantamento jurisprudencial realizado também indica a aceitação da função punitiva da responsabilidade civil por danos morais, seja por admiti-la expressamente, seja pela utilização de critérios de cálculo punitivos, como o grau de culpa do autor do ilícito ou a sua capacidade econômica.

De um certo ponto de vista, a admissão de uma responsabilidade com função punitiva representa o retorno a uma tradição da responsabilidade civil. Segundo Michel Villey (VILLEY, 1977, p. 52-58), o sentido jurídico moderno do termo responsabilidade deriva da moral individualista moderna, concentrando-se, por esse motivo, na conduta do indivíduo. Essa característica foi mitigada com a admissão, cada vez mais freqüente a partir do final do séc. XIX, da responsabilidade objetiva, que mudou o foco da responsabilidade civil: da preocupação com o autor do ilícito e sua conduta, passou-se à preocupação com a vítima e seus prejuízos. Tornou-se mais importante a indenização dos prejuízos do que a reação social à conduta ilícita do autor do dano. Esse desenvolvimento, como se percebe, reforça o “princípio da restituição”.

A admissão de um caráter punitivo da responsabilidade civil retoma o interesse pela conduta ilícita que não está totalmente esquecido. Pelo contrário, está muito vivo na concepção de responsabilidade de juristas e, principalmente, do cidadão comum, que usa indistintamente as palavras culpa e responsabilidade, demonstrando a importância dada à reprovação da conduta como fundamento para a responsabilização.

No entanto, mesmo quando vinculada à reprovação da conduta do autor, a responsabilidade civil não se propunha a realizar a moralização de condutas por meio da condenação a pagar quantias

superiores ao dano efetivamente causado⁷⁶. A moralização se manifestava pela adoção da culpa como critério de imputação de responsabilidade.

Portanto, ainda que se seja possível identificar essa relação entre responsabilidade punitiva e a tradição de vinculação da responsabilidade civil à reprovação da conduta do autor do ilícito, a verdade é que a admissão de uma função punitiva propõe problemas novos para nós, que precisam ser enfrentados.

Entre esses problemas, pode-se citar a relação entre responsabilidade civil punitiva e o princípio da legalidade, previsto constitucionalmente⁷⁷, segundo o qual não pode haver punição sem prévia previsão legal. Embora seja possível argumentar em favor de uma aplicação mais branda do princípio ao Direito Civil (CARVAL, 1995, p. 224-225) – em virtude da menor gravidade da pena imposta –, dispensando-se a previsão de tipos rígidos como no Direito Penal, não se pode escapar da questão da sua conciliação com a responsabilidade civil punitiva.

Outro problema é o das garantias de defesa dadas ao réu. Estando sujeito a uma condenação a título punitivo, é preciso verificar se as garantias oferecidas pelo Direito Civil ao réu são suficientes, ou se seria necessário adotar um maior rigor, a exemplo do Direito Penal.

Há também a questão da dupla punição por um mesmo ato, que coloca em dúvida a necessidade e a conveniência de responsabilidade civil punitiva no caso de condutas já punidas pelo Direito Penal ou pelo Direito Administrativo (ou, de todo modo, impõe a necessidade de se pensar a regulação dessas condutas de maneira global, encarando o modo como são tratadas por cada um desses ramos do Direito).

O problema da dupla punição pode ocorrer também quando um mesmo ato ilícito atinge várias pessoas. Neste caso, sendo propostas diversas ações de responsabilidade civil, surge o risco de punição excessiva, na ausência de mecanismos processuais que permitam ao juiz de uma causa levar em conta a decisão das demais⁷⁸.

⁷⁶ Na responsabilidade subjetiva, a culpa é considerada apenas como critério de imputação e não de quantificação do valor a ser indenizado. Independentemente do grau de culpa – do dolo à culpa leve –, o responsável deve indenizar o valor do prejuízo. O CC de 2002 introduziu uma alteração desse princípio, no art. 944, parágrafo único.

⁷⁷ CF, art. 5º., XXXIX.

⁷⁸ Para uma proposta de solução para este problema, no direito norte-americano, cf. (GASH, 2004-2005, p. 1613-1686).

Outro problema decorrente da responsabilidade civil punitiva é a proibição, em nosso sistema, do enriquecimento sem causa da vítima. Qual seria o fundamento jurídico para que a vítima receba um valor que aumente seu patrimônio em relação ao seu estado anterior à ocorrência do ilícito?

Como vimos, esse problema se faz sentir tanto na jurisprudência⁷⁹ quanto na doutrina. Antônio Jeová Santos (SANTOS, 2003, p. 161-162), por exemplo, ao apontar que a jurisprudência brasileira tem evitado a distorção decorrente do estabelecimento de valores excessivos para indenizações, afirma: “O limite a ser observado é que o montante jamais seja excessivo a tal ponto de parecer que houve indevido enriquecimento em detrimento do patrimônio do ofensor”.

No entanto, ao aplicar critérios punitivos para calcular o valor da indenização por dano moral, doutrina e jurisprudência encontram-se diante de uma tarefa complicada, pois é difícil imaginar como evitar o enriquecimento sem causa quando se atribui à vítima um valor que não guarda relação com o dano sofrido e sim com a conduta do autor do ilícito.

Uma resposta possível é – a exemplo do direito norte-americano – considerar que o valor excedente é a compensação dada à vítima pelo fato de ter despendido esforços e recursos próprios para perseguir em juízo um interesse que é, em última análise, público.⁸⁰

Além disso, é possível, certamente, imaginar formas de superar esse problema com a adoção de medidas especiais, como a determinação de que a parte relativa à punição não deverá ser paga à vítima, mas ao Estado.

Outro problema relacionado à responsabilidade civil punitiva é a sua aplicação a hipóteses de responsabilidade objetiva. A punição só faz sentido se a conduta do autor do dano pode ser considerada reprovável, o que não ocorre se não há culpa. Para condenação punitiva em caso de responsabilidade objetiva, seria preciso, então, provar que, no caso concreto, houve culpa.

A realização de seguros de responsabilidade civil pode representar mais um problema para a responsabilidade civil punitiva. É duvidosa a existência de efeito punitivo se não é o autor do dano quem de fato paga a indenização⁸¹.

⁷⁹A proibição do enriquecimento sem causa é o critério de cálculo que mais ocorre nos Tribunais estaduais e nos Tribunais Regionais Federais. Nos Tribunais Regionais do Trabalho, embora seja apenas o 8º. mais citado, a proibição do enriquecimento sem causa também é um critério com ocorrência expressiva.

⁸⁰ Tratar-se-ia de remuneração da vítima que atuou como “promotor privado”.

Apesar das críticas e dificuldades para inserção no âmbito da tradição jurídico-dogmática do direito brasileiro o reconhecimento legislativo do caráter punitivo da responsabilidade civil por danos morais pode ser interessante pelo menos para certos tipos de casos. Trata-se das questões para as quais o direito penal se mostra de difícil aplicação. Pensamos especialmente na repressão a ilícitos praticados no âmbito das pessoas jurídicas.

A Constituição brasileira permite a responsabilização penal de pessoas jurídicas apenas em casos específicos. Destes, apenas a responsabilidade de pessoa jurídica por danos ambientais está regulamentada e mesmo assim com vários problemas que afetam gravemente sua eficácia⁸².

Diante disso, a punição por meio da responsabilidade civil pode ser um meio interessante para evitar a chamada “irresponsabilidade organizada”, isto é, o uso da organização complexa das pessoas jurídicas para evitar toda responsabilização, sem necessidade de expansão do direito penal.

Esta pode ser uma estratégia de regulação especialmente interessante para prevenir ilícitos praticados em massa no âmbito das relações de consumo, situações nas quais, além da dita irresponsabilidade organizada, ocorre muitas vezes um dano social grande, mas pela multiplicação de pequenos danos individuais.

2 Técnicas legislativas

Como dissemos acima, a resposta à indagação que move este trabalho depende do modo como se define no ordenamento jurídico a tensão entre os objetivos sociais da responsabilidade civil por danos morais e a técnica legislativa empregada para regulá-la. Tendo tratado dos objetivos da responsabilidade por danos morais, resta cuidar das técnicas legislativas. Trataremos abaixo da

⁸¹ Há argumentos no sentido de que a realização de seguros para danos morais punitivos não afeta seu potencial de prevenção de danos, quando presentes certas características do mercado de seguros (BAKER, 1998, p. 101-130).

⁸² Os problemas de aplicação da responsabilidade penal por crime ambiental às pessoas jurídicas pela jurisprudência brasileira foram levantados e discutidos por trabalho sobre a responsabilidade penal de pessoas jurídicas realizado no âmbito do Projeto Pensando o Direito. Segundo apurou levantamento jurisprudencial feito naquela pesquisa, apenas um número bastante reduzido de julgados chega sequer a ser analisado em seu mérito (MACHADO, 2009).

técnica não-casuística das cláusulas gerais. Em seguida, trataremos da técnica casuística da tarifação⁸³.

As cláusulas gerais fixam parâmetros gerais para a determinação da reparação, sem definir valores, deixando ao Poder Judiciário espaço relativamente amplo de decisão. Já a tarifação, assim como o teto e o piso, representa um esforço de limitação do espaço de decisão dos juízes, por meio do estabelecimento de um limite superior (teto) ou inferior (piso) para as indenizações ou por meio de uma regulação casuística (com estabelecimento de valores fixos ou mínimos/máximos para diferentes situações).

Esta classificação tem naturalmente apenas o objetivo de organizar a discussão que será feita a seguir e não exclui a combinação de técnicas legislativas diversas no mesmo diploma legal (especialmente a técnica de tarifação e de teto tendem a combinar-se, uma vez que a regulação casuística pode ser feita com recurso a valores variáveis até um limite máximo).

Dentre os dezoito projetos de lei sobre o cálculo do dano moral atualmente em tramitação:

- Três estabelecem tarifação de danos morais, sendo que, dentre estes, há um que conjuga tarifação, piso, teto e cláusulas gerais e um que conjuga tarifação e cláusulas gerais.
- Três estabelecem teto, sendo que, dentre estes, há um que conjuga teto, piso, tarifação e cláusulas gerais, e um que conjuga teto e cláusulas gerais.
- Dois estabelecem piso mínimo de indenização, sendo que um conjuga o piso com teto, tarifação e cláusulas gerais.
- Treze estabelecem cláusulas gerais, sendo que, dentre estes, um conjuga cláusulas gerais com tarifação, piso e teto e um conjuga cláusulas gerais e estabelecimento de teto.

⁸³ Deixaremos de tratar especificamente de pisos e tetos, pois suas vantagens e desvantagens são semelhantes àquelas da tarifação.

- Um elimina a tarifação prevista na Lei 5250/1967⁸⁴, sem prever nenhum critério de cálculo.

Trata-se dos seguintes Projetos de Lei:

	Projeto de Lei	Técnicas Legislativas			
1.	114/2008	Cláusula geral	Teto		
2.	334/2008	Tarifação (tabela)	Cláusula geral	Teto	Piso
3.	484/2007	Cláusula geral			
4.	517/2007	Cláusula geral			
5.	1914/2003	Cláusula geral			
6.	2065/1991	Cláusula geral			
7.	2496/2007	Cláusula geral			
8.	3313/2000	Tarifação (tabela)	Teto		
9.	3562/2004	Extingue tarifação			
10.	3966/2000	Tarifação (tabela)			
11.	4164/2008	Cláusula geral			
12.	4294/2008	Cláusula geral			
13.	4832/2009	Cláusula geral			
14.	5705/2001	Teto			
15.	6085/2009	Cláusula geral			

⁸⁴ Este projeto, no entanto, perdeu seu objeto, diante da decisão da ADPF nº. 130, a qual considerou a Lei n. 5250/1967 como não recepcionada pela Constituição.

16.	6487/2002	Cláusula geral			
17.	6625/2009	Piso			
18.	6938/2010	Cláusula geral			

2.1 Cláusulas gerais

As cláusulas gerais servem a um modelo de legislar distinto do modelo casuístico. Enquanto no modelo de legislação casuística, procura-se regular a matéria por meio de normas que especificam casos descritos com detalhes, no modelo das cláusulas gerais, legisla-se por meio de generalizações amplas (MARTINS-COSTA, 1999, p. 296-297).

Conforme J. Martins-Costa, no caso da legislação casuística, o interprete “poderá aplicar a norma mediante o processo mental conhecido como subsunção. Há uma espécie de pré-figuração, pelo legislador, do comportamento marcante, a ser levado em conta pelo intérprete, uma vez que o legislador optou por descrever a factualidade” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 297).

Embora não seja possível concordar totalmente com a autora, pelas razões mencionadas acima quando se tratou do aspecto quimérico da aplicação de quaisquer normas por subsunção, é preciso notar que as duas técnicas legislativas – a casuística e a não-casuística – partem de uma postura distinta em relação ao papel do intérprete na aplicação da matéria regulada.

A técnica não-casuística das normas gerais sequer procura prefigurar as hipóteses de aplicação da norma, traçando apenas parâmetros gerais para a decisão, deixando a formação da casuística da norma direta e explicitamente à jurisprudência.

A grande vantagem da técnica legislativa das cláusulas gerais é a sua flexibilidade, resultado da imprecisão intencional com a qual tais cláusulas são formuladas. As cláusulas gerais permitem a contínua adaptação da norma a novos casos que o legislador não teria tido condições de prever antecipadamente. Com isso, evita-se o envelhecimento da norma em questão e a falta de regulamentação para novos conflitos sociais (MARTINS-COSTA, 1999, p. 298-2999).

Além disso, ela permite ao juiz levar mais em conta os aspectos peculiares de cada situação concreta.

E preciso também dizer que a grande abertura semântica das cláusulas gerais não significa uma autorização para a decisão discricionária pelo juiz, pois, apesar de sua vagueza, essas normas estabelecem efetivamente valores a serem usados pelos juízes como balizas para a aplicação da norma (MARTINS-COSTA, 1999, p. 299).

Na síntese formulada por J. Martins-Costa:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui [...] uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, [o intérprete] crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas (MARTINS-COSTA, 1999, p. 303).

Trata-se, como fica evidente, de normas jurídicas que pressupõem uma noção de segurança jurídica distinta da ideia de respostas únicas e unívocas para os problemas jurídicos apresentados ao Poder Judiciário. A opção pelas cláusulas gerais implica o reconhecimento da possibilidade de obter

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

segurança jurídica a partir da criação de constrangimentos legislativos à fundamentação dos juízes, que resultem no proferimento de decisões relativamente padronizadas⁸⁵.

⁸⁵ Conforme explicado acima, no cap. I.

2.2 Tarifação da responsabilidade por dano moral: Uma análise pragmática

A tarifação em lei tem sido apresentada como uma alternativa para a redução da insegurança jurídica que circunda a quantificação do dano moral. Na seção “Segurança Jurídica e Estratégias Legislativas” analisou-se, do ponto de vista teórico, o tema da insegurança jurídica. Esta seção retoma estes conceitos aplicando-os pragmaticamente ao temário em que questão. Em particular, aqui se vai especular sobre as prováveis conseqüências concretas de tal tarifação.

Ao fazer isso, é preciso ter em mente que a discussão sobre a conveniência, ou não, da tarifação do dano moral é eminentemente instrumental. O valor democrático a ser protegido é a segurança jurídica; a tarifação é apenas um possível meio. Por isso, no debate legislativo a conveniência da tarifação se mede principalmente pela expectativa acerca da sua capacidade de atingir o fim desejado, e a que custo. Se for possível estimar, com base em argumentos racionais, que a tarifação irá reduzir a insegurança jurídica a custos razoáveis, então um grande passo terá sido dado para assegurar sua legitimidade política.

É claro que as conseqüências das reformas legislativas são, por definição, incertas. Primeiro porque num mundo complexo, as conseqüências de quaisquer ações são, na melhor das hipóteses, matéria de probabilidade. Segundo porque ainda que as conseqüências imediatas fossem certas, as conseqüências mediatas (ou seja, as “conseqüências das conseqüências”) continuariam a ser incertas. Terceiro porque as conseqüências fáticas prováveis interagem com toda uma gama de problemas, de diversas naturezas, inclusive aqueles relacionados à preservação das liberdades individuais, centrais ao Estado de Direito.

É preciso, então, ter-se claro que o estudo de conseqüências prováveis das reformas legais é um exercício em parte especulativo, e, além disso, que em algum momento é preciso fazer um “corte” temporal estabelecendo que, a partir de certo ponto, as novas prováveis conseqüências já não mais serão consideradas. Este exercício, contudo, não precisa ser arbitrário: basta prender-se ao horizonte discursivo da própria sustentação política da reforma legislativa pretendida.

Essa discussão teórica pode ser bem ilustrada com um exemplo recente (analisado detalhadamente em SALAMA, 2010a). Em março de 2006, foi apresentado um projeto de lei para acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor um dispositivo que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, a seu critério, exigir a concessão de benefícios que são oferecidos pelos fornecedores para a adesão de novos consumidores.

Por exemplo: se uma operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para novos clientes, os clientes antigos teriam o direito de exigir o mesmo benefício. Alegadamente, a finalidade da medida seria a de proteger os consumidores.

Seriam os meios jurídicos propostos adequados os fins ostensivamente defendidos? Provavelmente não. A nova regra tenderia a induzir as empresas a competir por meio de campanhas publicitárias, jingles, etc. - ao invés da concessão de descontos. O primeiro efeito que se esperaria dessa regra seria a redução do número de promoções. O segundo provável efeito seria a redução da competição entre as empresas fornecedoras. Em síntese, sob o mais que louvável pretexto de se proteger os consumidores, estar-se-ia prejudicando a maioria deles. Este diagnóstico compromete a legitimidade política da reforma pretendida (que felizmente não prosperou).

A conclusão, então, é a de que a legitimidade política de reformas legais com finalidades eminentemente instrumentais – tais como a tarifação de danos morais – depende de uma estimativa racional da pertinência entre meios jurídicos e fins normativos (SALAMA, 2008, p. 25). No caso em tela, a legitimidade política da reforma legal prevendo a tarifação depende da estimativa racional de que tal tarifação provavelmente seja adequada para a redução da insegurança jurídica, a custos razoáveis.

Este exercício de estimativa de conseqüências, embora parcialmente especulativo, faz parte do necessário debate político em um contexto liberal-democrático. Neste contexto, os agentes políticos se vêem diante da necessidade de oferecerem argumentos racionais para a sustentação de suas plataformas políticas. A legislação instrumental deve atender aos propósitos a que se destina, para que se fortaleça a confiança pública, o debate democrático, e a própria legitimidade do Estado de Direito (SALAMA, 2008, p. 26).

2.2.1 Esclarecimento metodológico

Antes de passar à análise dos possíveis efeitos de um sistema de tarifação, será necessário fazer uma breve explicação metodológica.

Não há como ponderar sobre as conseqüências das propostas de reforma legislativa partindo apenas da lógica “interna” do direito. A chamada “ciência do direito” trata do encadeamento de normas, valores e poderes, mas não fornece ferramentas para o estudo das repercussões práticas

dessas condições no mundo real. Assim, faz-se necessário recorrer-se a uma ferramenta não jurídica, isto é, a uma das chamadas ciências “auxiliares” do direito.

Por ser a ciência instrumental por excelência (POSNER, 1995, p. 15), a economia (e a microeconomia em particular) fornece um arcabouço útil para se ponderar sobre as conseqüências das mudanças legislativas. Até algumas décadas atrás, a interface da economia com o direito estava confinada a um pequeno grupo de questões, especialmente antitruste, regulação de mercados e cálculo de danos patrimoniais (SALAMA, 2008, p. 9).

Nas últimas décadas, contudo, a chamada Análise Econômica do Direito (AED) expandiu o alcance da economia a outras áreas do conhecimento e prática jurídicas, inclusive a responsabilização civil. A AED se origina a partir de duas tradições intelectuais: a economia política e o realismo jurídico (KITCH, 1983; SALAMA, 2008). Seu principal traço é o de retirar as conseqüências do fenômeno jurídico da periferia, trazendo-as para o centro do debate. Busca-se estimar o comportamento humano em diversas situações de modo que seja possível especular acerca das conseqüências das diferentes posturas legais, inclusive reformas legislativas.

A maior parte da literatura AED que é relevante para os danos morais não é específica para este tipo de dano. Trata-se de uma literatura voltada marcadamente para os danos patrimoniais. Há de fato poucos autores que enfocam especificamente aspectos econômicos dos danos não-patrimoniais (exemplos incluem ADAMS, 1989; CROLEY; HANSON, 1995; FAURE, 2000; LINDENBERGH; KIPPERSLUI, 2009).

Além disso, esta literatura é produzida e concentra-se principalmente em países desenvolvidos. Estes apresentam, naturalmente, características e problemas diferentes dos aqueles observados no Brasil (SALAMA, 2011). Por isso, a mera aplicação de conclusões estrangeiras ao caso brasileiro não é recomendável. Uma observação útil, contudo, é a de que conforme as sociedades vão enriquecendo e se desenvolvendo, há uma tendência a cada vez mais reconhecer-se novos interesses protegíveis pelo direito (COMANDE, 2005). A consagração definitiva da proteção ao dano moral somente em 1988, inclusive com sua posterior extensão jurisprudencial às pessoas jurídicas, pode ser vista também sob este ângulo otimista.

Valendo-se das premissas metodológicas da AED (discutidas em SALAMA, 2008, p. 15), é possível progredir no estudo das conseqüências prováveis da tarifação. Para os presentes fins importa apontar, em particular, o conceito de incentivo. Em microeconomia, incentivos são preços implícitos. Nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que

minimizem seus custos e maximizem seus benefícios. Assim, consumidores geralmente irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair. Já os produtores geralmente seguirão o caminho inverso (produzirão maior quantidade quando o preço subir e menor quantidade quando o preço cair).⁸⁶

As condutas humanas, inseridas em determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica paralela (SHAVELL, 1980). Por exemplo: de acordo com o Código Nacional de Trânsito, exceder o limite de velocidade em uma rodovia enseja o pagamento de multa. Portanto, ao dirigir um automóvel em alta velocidade cada motorista irá sopesar, de um lado, (a) o benefício auferido com o aumento da velocidade (em virtude, por exemplo, do prazer de dirigir em alta velocidade ou do menor tempo do percurso) e, de outro, (b) o custo da multa por excesso de velocidade ponderado pela probabilidade de que haja autuação e imposição de multa. As velocidades, é bom notar, poderão também sinalizar para o motorista qual a velocidade segura, independentemente da existência ou não de fiscalização e multa. Neste caso específico, os incentivos legais resultam do limite de velocidade estabelecido em lei, do valor da multa e da eficácia da fiscalização (PUGLIESE; SALAMA, 2008).

A fim de se evitar preciosismos e fanatismos metodológicos, é importante notar que a idéia de legislação como incentivo é até certo ponto questionável. Alguns ramos da sociologia jurídica, por exemplo, sustentam que o regime jurídico não influencia o comportamento das pessoas da forma prevista nos modelos neoclássicos adotados de modo geral pela AED (DEWEES; DUFF; TREBILCOK, 1996).

A discussão acadêmica não interessa para os presentes fins, mas sua implicação prática, sim. Esta implicação prática é a seguinte: os modelos gerados a partir da aplicação do ferramental econômico são úteis para formulação de hipóteses, mas devem ser sopesados com a busca de evidências empíricas; e na falta ou incompletude destas, entrevistas, debates teóricos, e apelos ao senso comum ainda são ferramentas úteis para o debate político.

2.2.2 A tarifação do dano moral e seus efeitos

⁸⁶ Para tornar a explicação mais simples, aqui deixamos de lado o problema da intensidade da resposta dos consumidores e produtores às mudanças de preço, isto é, das elasticidades.

Três argumentos são comumente apresentados para justificar a hipótese de que a tarifação do dano moral em lei possa reduzir a insegurança jurídica no tocante à sua quantificação. O primeiro é o da maior adequação da compensação, o segundo da maior clareza, e o terceiro é o da maior uniformidade. Analisaremos separadamente cada um desses argumentos.

2.2.2.1 Da adequação da compensação

A tarifação se justifica, antes de tudo, sob a alegação de estabelecer valores mais corretos para a compensação pelo dano moral. Como o dano moral é por definição não-patrimonial, pode-se trabalhar com uma definição de compensação “correta” que seja conceitualmente modesta: correto é aquele valor que não seja nem excessivamente alto, nem excessivamente baixo.

Em primeiro lugar, alega-se que a tarifação em lei poderia evitar a valoração muito baixa do dano moral pelo Poder Judiciário. De fato, a valoração muito baixa traz pelo menos dois tipos de questões. Primeiro, a valoração baixa (por definição) frustra a compensação da vítima. Isso é verdade independentemente da acepção que se dê ao termo “compensação”. Segundo, potencialmente pelo menos, a valoração muito baixa do dano moral pode impedir a dissuasão, ou prevenção, de ações causadoras desses danos. Isto é: o causador dos danos pode simplesmente continuar a cometer as ações que lhes dão causa, simplesmente porque o valor da compensação a ser paga posteriormente em juízo é muito baixo.

Em segundo lugar, alega-se que a tarifação permitiria estabelecer um “teto” para as compensações. De fato, o risco de altas indenizações pode impactar o custo de operação das empresas. Isso é verdade, estejam tais empresas protegidas (ou não) por cobertura securitária. Afinal, com o aumento dos riscos, os prêmios das apólices podem, potencialmente, aumentar também (VISCUSI, 1991, discutindo o tema no contexto norte-americano). Dependendo das circunstâncias, isso pode impactar a competitividade das empresas e a qualidade de seus produtos disponíveis no Brasil e no exterior. Em tese, compensações muito altas podem quebrar empresas e até inviabilizar alguns tipos de indústrias. Daí decorrem consequências distributivas difíceis de serem estimadas.

Como se vê, o argumento de que a tarifação permite compensações com valores mais corretos é, na verdade, uma apreciação de vantagens relativas de diferentes poderes políticos. Na sua essência, a defesa da tarifação parte do pressuposto de que o Poder Legislativo teria uma

vantagem relativa ante o Poder Judiciário no que toca ao cálculo das adequadas compensações por danos morais.

Para ilustrar este pressuposto é possível invocar uma analogia: da mesma forma que na esfera penal coube ao legislador fixar as penas para a prática de crimes, também na esfera civil deveria caber ao legislador fixar outros tipos de custos a serem suportados por causadores de danos a terceiros.

Até certo ponto, a analogia faz sentido prático. Primeiro, a vantagem relativa do Poder Legislativo ante o Poder Judiciário no cálculo de compensações por danos morais poderia decorrer do maior tempo de deliberação que existe no Poder Legislativo; no Judiciário, as decisões dos magistrados devem ser tomadas mais rapidamente.

Segundo, o debate político que se trava no Poder Legislativo envolve diversas partes. Isso poderia agregar sobriedade e ponderação às decisões do Poder Legislativo, que refletiram grandes acordos políticos gerados no Congresso; afinal, no Judiciário o debate político é bem mais estreito. Terceiro, no Poder Judiciário os congressistas contam com apoio de diversos assessores técnicos das mais diversas especialidades; à exceção dos peritos, o Judiciário não conta com assessoria especializada em assuntos não estritamente jurídicos. Toda esta linha de argumentação, portanto, caminha no sentido da defesa da tarifação em lei do dano moral.

A tal linha de argumentação, contudo, opõem-se alguns bons argumentos. Começemos pelo problema da compensação excessivamente baixa. Aqui convém notar que nada garante que a tarifação pelo Poder Legislativo será em valores suficientemente altos para compensarem as vítimas de danos morais.

A tarifação conduz à completa politização do dano moral. Com a tarifação, a batalha política nas instâncias governamentais e legislativas se intensificaria no tocante à valoração, e os resultados dessa batalha política são, neste momento, até onde sabemos, incertos. Por conta da ação coordenada de grupos de interesse, a hipótese de que a tarifação simplesmente reduza o valor geralmente pago a título de compensação não deve ser descartada.

No que toca ao problema das compensações muito altas, a conveniência da tarifação também é questionável. O risco de compensações muito altas é uma das justificativas mais comuns para se incluir um limite (“teto”) nas tarifações do dano moral. Esses tetos existem em alguns países, como nos Estados Unidos, por exemplo. Naquele país, os resultados concretos dos tetos têm sido bastante controversos. Viscusi, por exemplo, enxerga pouco sucesso na criação dos tetos, e

entende que o principal objetivo deveria ser o de se conseguir previsibilidade quanto ao valor das indenizações, sem a necessidade de um teto (VISCUSI, 2003). Em sentido oposto, Rubin e Shepherd (2007) têm uma visão mais otimista dos tetos norte-americanos, sugerindo que tais tetos contribuíram para o aumento da segurança jurídica naquele país.

De um modo geral pode-se afirmar que quanto mais comum for, de fato, a ocorrência de julgados com compensações excessivas, tanto mais fará sentido estabelecer-se um teto pela via legislativa.

De fato, há evidências de que, logo após a edição da Constituição de 1988, houve diversas condenações por valores muito elevados. Contudo, os dados mais recentes sugerem que essas circunstâncias já não são mais claramente observáveis no Brasil. Muito ao contrário, a pesquisa de jurisprudência realizada indicou, como se viu acima, que a grande maioria das indenizações por danos morais se deu em valores baixos.

2.2.2.2 Da clareza da compensação

Além da alegada adequação, a tarifação justifica-se também por sua alegada clareza. Argumenta-se que a tarifação torna o incerto, certo. Isto é: com a tarifação, o valor do dano moral – que é incerto por natureza – passa a ser certo, pelo menos para fins da aplicação do direito pelos magistrados.

De fato, é muito razoável imaginar-se que, em muitos casos, a tarifação torne a quantificação mais clara e facilite a aplicação da lei. Isso ocorre, por exemplo, em um caso de “positivação” indevida de um consumidor em entidade de monitoramento de risco de crédito, tais como Serasa ou SPC. A existência de uma tabela, num caso como este, poderia realmente tornar mais claro o valor da compensação, facilitando a quantificação do dano pelo Poder Judiciário.

Esta observação, contudo, deve ser ponderada por duas considerações que apontam em sentido oposto. Em primeiro lugar, a jurisprudência atualmente já tratou de estabelecer parâmetros de quantificação. Há indicações de que o STJ possua uma tabela informal que estabeleça o valor da compensação por dano moral em vários casos, com abertura de espaço, ao mesmo tempo, para ponderação em casos excepcionais.

Uma vez que um tribunal seja capaz de atingir certo nível de padronização, o *não* tabelamento teria a vantagem de conciliar segurança jurídica com manutenção da possibilidade de levar em conta circunstâncias novas, não previsíveis de antemão.

Em segundo lugar, a maior clareza da compensação pelo dano moral pode também trazer aspectos negativos. Se o dano moral for estabelecido por lei em um valor relativamente elevado, algumas potenciais vítimas poderão, em alguns casos, preferir sofrer os danos morais (e receberem a compensação), ao invés de tomarem providências que impediriam ou mitigariam a ocorrência desses danos. Não se afasta, portanto, a hipótese de que a tarifação induza a formação de “indústrias” da compensação por danos morais.

2.2.2.3 Da uniformidade

Além da adequação e clareza, a proposta de tarifação em lei dos danos morais também se justifica sob a alegação de ensejar maior uniformidade na aplicação da lei. Desta ótica, a tarifação evitaria que casos iguais recebessem tratamentos diferentes, o que traduz um princípio de igualdade perante a lei.

A desejável proteção da igualdade perante a lei, contudo, pode não se concretizar através da tarifação. Em primeiro lugar, porque a tarifação em lei dos danos morais pode enrijecer o sistema. A estimação dos danos morais, mais do que dos danos patrimoniais, depende das circunstâncias individuais de cada caso. Em particular, a tarifação enfrenta dificuldades práticas nas seguintes situações:

- i. Existência concomitante de mais de um dano moral.
- ii. Variações em idade e expectativa de vida das vítimas.
- iii. Surgimento de novas circunstâncias, e novos danos antes não reconhecidos.

É bem verdade que o mero tabelamento não impede que o juiz, nos casos concretos, considere formas de atenuação do valor da compensação. Esta possibilidade será particularmente

clara se lei tarifadora for redigida de forma a dar alguma margem de manobra ao magistrado. Contudo, esta pode ser uma solução falsa: a partir do momento em que se abre a possibilidade ao juiz de atenuação (ou agravamento) do valor da compensação pelo dano moral, também se abre mão da clareza e uniformidade alegadamente trazida pela tarifação. Além disso, independentemente da autorização expressa em uma eventual “lei da tarifação”, princípios de equidade e proporcionalidade continuariam a ofertar, em tese, margem de manobra aos magistrados.

O mesmo pode ser dito quando se considera a hipótese, bastante provável, de que a existência de categorias tarifadas abra brechas para a escolha por parte dos magistrados. É razoável imaginar-se que, havendo tarifação, os juízes procurem adequar casos objetivamente iguais em categorias tarifárias diferentes a fim de adaptar o valor da compensação às circunstâncias particular de cada caso. Sem mecanismos voltados para o estabelecimento de critérios que sirvam para fundamentar argumentativamente as decisões, a tarifação pode, então, simplesmente traduzir-se em nova modalidade de “gincana de regras”. Essa atitude poria em questão a alegada clareza e uniformidade da tarifação.

Em segundo lugar, uma mesma circunstância pode ser grave em alguns casos, mas não em outros. Por exemplo, às vezes pequenos danos diretos levam a grandes complicações indiretas. Por um lado, frequentemente há vulnerabilidades da parte das vítimas, o que é comum em relações de consumo. Por outro, o pagamento de valor tabelado como indenização pode causar sérias conseqüências para os réus – por exemplo, uma empresa pode vir a ter que “fechar as portas”, causando o desemprego de seus funcionários.

Em terceiro lugar, em muitos casos a extensão e probabilidade de ocorrência de danos (morais ou patrimoniais) dependem de esforços de mitigação de riscos, tanto por parte de potenciais vítimas quanto de potenciais causadores. Geralmente, as regras e intuições de culpabilidade dão aos juízes os elementos para ponderarem o valor da compensação pelos esforços de mitigação de riscos das partes envolvidas. Com o tabelamento, pode ocorrer que o juiz aplicador da lei se veja impossibilitado de realizar este tipo de ponderação. Uma possível conseqüência negativa surge no caso de as partes diminuírem seus esforços de mitigação.

2.2.3 O problema do estabelecimento dos valores para tarifação

A tarifação como técnica legislativa apresenta uma dificuldade peculiar, que consiste em estabelecer os valores da tabela.

A fundamentação argumentativa de decisões sobre quantificação de danos morais não é simples, e requer um estudo cuidadoso de cada uma de suas modalidades. De fato, há pouca literatura econômica sobre os critérios e métodos para cálculo de danos extrapatrimoniais. Contudo, há bastante literatura sobre a valoração das compensações a serem pagas em caso de morte (VISCUSI, 1998). Essa discussão pode ser proveitosamente utilizada para o exame da valoração do dano moral (LINDENBERGH; KIPPERSLUI, 2009).

Tomemos, por exemplo, a compensação do dano que resulta da morte. Que critérios podem ser usados para quantificá-la? O primeiro é o do “valor necessário para compensar a perda”. O problema é que, como a perda é (por definição) irreparável, este valor tende ao infinito. Por isso, uma alternativa é adaptar o conceito para se considerar o valor da “compensação *ex ante*”. A compensação *ex ante* articula, na verdade, aquilo que pode ser chamado de “valor estatístico da vida”. Aqui se trata de tentar precificar o valor econômico que cada indivíduo dá à sua própria vida.

Uma aproximação possível é a de identificar quanto cada indivíduo precisa ganhar a mais (no seu salário) conforme aumenta seu risco de morte por acidente de trabalho (SCHELLING, 1968). Nos EUA, um estudo recente chegou a um valor da vida que varia entre US\$ 4 milhões e US\$ 9 milhões (VISCUSI; ALDY, 2003).

Como o valor dos salários nos EUA é aproximadamente quatro vezes e meia maior do que no Brasil (conforme estimativa do *US Bureau of Labor Statistics, 2010*), pode-se supor, em uma primeira aproximação, que o valor estatístico da vida no Brasil poderia ser algo em torno de US\$ 800 mil (R\$ 1.3 milhão) a US\$ 2 milhões (R\$ 3.4 milhões).

Este valor, contudo, pode ser ponderado para baixo por três fatores. Primeiro, pelo fato de que a renda disponível para gastos não relacionados à subsistência seja maior em um país rico como os EUA. Como isto, a capacidade de compensar danos morais nos EUA é proporcionalmente maior do que no Brasil. Segundo, as circunstâncias econômicas de cada causador de dano moral individual impõem a necessidade de redução das indenizações para acomodação da desigualdade. Isso é especialmente verdadeiro em um país com tanta desigualdade de renda, tanto dentro de cada região geográfica quanto entre as diferentes regiões. Terceiro, pelo fato de que atualmente o Real esteja sobrevalorizado, o que infla o valor em Reais da compensação. Estes fatores podem reduzir dramaticamente o valor das compensações a serem pagas em Reais.

O segundo critério seria o de identificar o “valor necessário para dissuasão”. Que valor seria necessário para dissuadi-lo da prática da ação que causou o dano? Esta pergunta, complexa, leva em conta principalmente valor esperado (presente) da condenação, e não apenas o seu valor nominal. O valor esperado depende da expectativa do causador do dano quanto (i) à sua detecção, (ii) à sua condenação em juízo, e (iii) o valor nominal da condenação. Quanto mais incerta e demorada for a condenação, e quanto menor seu valor nominal se e quando ocorrer, tanto menor será a dissuasão do causador do dano.

O terceiro critério seria o de estimar a “quantidade de seguro que cada indivíduo desejaria ter”. Essa hipótese pressupõe que as pessoas desejariam ter cobertura securitária contra possíveis danos morais, o que, como explicado acima, não é certo.

Este tipo de cálculo deveria ser feito pela doutrina ou por instituições de pesquisa em direito. O fato de que assim não ocorra é fruto de “atraso relativo” (expressão de NOBRE, 2003) brasileiro. O presente estudo não desenvolveu análises quantitativas deste porte por conta da limitação de prazo, porém poderá ser retomado.

2.2.4 Conclusão

Propostas de reformas legais marcadamente instrumentais, tais como a tarifação do dano moral, vão muito além da mera discussão técnica sobre qual a melhor doutrina ou técnica constitucional. Ao contrário, é preciso considerar a interação dessa doutrina com a realidade prática, inclusive no que toca aos incentivos, custos e outras dificuldades concretas relacionadas à operabilidade prática das reformas legais uma vez implementadas.

Nada disso implica em que argumentos de natureza consequencialista se devam necessariamente sobrepor a argumentos ligados aos valores democráticos (SALAMA, 2008, 2010). O ponto é simplesmente o de que a legitimidade política da tarifação do dano moral depende de tal tarifação ser um instrumento adequado para de fato permitir um aumento da segurança jurídica.

A análise dos incentivos postos pela tarifação apresentada na seção anterior conduz a duas conclusões, cada uma delas apontando em sentido oposto, a serem ponderadas pelos formuladores da política pública e congressistas interessados na melhoria do sistema jurídico de responsabilização civil no Brasil.

Por um lado, no Brasil, é comum que as pessoas depositem grande expectativa nas reformas legislativas como forma de aumento da segurança jurídica. É igualmente comum, contudo, que as reformas não logrem o fim desejado. Essa observação é importante porque a tarifação do dano moral corre o risco de se transformar apenas em mais um componente no processo já em curso de “inflação” legislativa.

Trata-se do fenômeno típico das democracias modernas, inclusive do Brasil, em que parlamentares lutam pela aprovação de leis para obtenção de exposição midiática ou proteção de interesses excessivamente estreitos. Sob o pretexto de atender-se a demandas sociais vistas como prementes, e de responder-se a necessidades dos novos tempos vistas como irresistíveis, novas leis são editadas em um ritmo frenético.

Este fenômeno, é bem verdade, pode ter a virtude de evitar que o direito se cristalice. Ele também pode ser um mecanismo – imperfeito, porém efetivo – para permitir que o direito se adapte às novas circunstâncias do mundo moderno. O problema é que a constante edição de novas leis impõe um óbice concreto ao assentamento jurisprudencial. Novas leis editadas com enorme frequência minam o componente sistêmico do direito, porque a interpretação de leis em um dado momento depende também da identificação da direção do sistema jurídico como um todo.

Diante disso, a tarifação pode ser desejável em particular quando se identifique empiricamente que as compensações são de fato inadequadas, e/ou que haja grande falta de isonomia na sua aplicação,. Com o devido cuidado de observar-se as ressalvas metodológicas apresentadas no cap. II, este não foi o resultado observado no levantamento empírico realizado.

V. Análise de Projetos de Lei em tramitação⁸⁷

Flavia Portella Püschel

Como já se mencionou, há cinco projetos de lei em tramitação os quais preveem a tarifação de danos morais e/ou estabelecimento de pisos e tetos de indenização. Houve também outros, os quais terminaram por ser arquivados.

É interessante notar que a discussão sobre a admissibilidade e conveniência da tarifação/limitação da reparação por danos morais ocorre também durante o processo legislativo, e pode ser percebida nos relatórios das Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados e do Senado.

Assim é que no relatório de autoria do Dep. Regis de Oliveira, sobre o PL n. 7124/2002 (apensados os PL n. 1443/2003, PL n. 1914/2003 e PL n. 7329/2010), o qual vota pela rejeição de todos os projetos de lei em análise, com exceção do PLn. 1914/2003, lê-se:

Defendo posição contrária à aprovação do projeto de lei n. 7124/2002, porque busca indevidamente fixar valores para a recomposição do dano moral. De fato, não entendo justo estabelecer valores para cada ofensa cometida, antes da ocorrência da lesão. [...] O correto seria deixar a fixação do *quantum* para apreciação de cada caso, não sendo coerente criar parâmetros legais com valores preestabelecidos.

No que se refere ao projeto de lei n. 1443/2003, também, sou pela sua rejeição, pois incide na mesma imperfeição, qual seja: tenta aquilatar a dimensão do dano moral, antes do fato.

Com relação ao projeto de lei 7329/2010, da mesma forma adoto posição contrária à sua aprovação, porquanto limita sobremaneira o poder atribuído ao magistrado de fixar o valor da indenização do dano moral.

⁸⁷ A pesquisa para elaboração deste capítulo contou com o auxílio de Nicole Julie Fobe e Victor Marcel Pinheiro.

No que tange o projeto de lei n. 1914/2003, entendo que os parâmetros para fixação do dano moral sugeridos são coerentes e poderão auxiliar os magistrados neste difícil mister, evitando sentenças distintas em casos semelhantes.

Em suma, o parecer do relator foi pela rejeição dos projetos de lei que previam tarifação ou teto e pela aprovação do projeto que previa parâmetros para o cálculo do dano moral na forma de cláusulas gerais.

É interessante notar que a redação do PL n. 7124/2002 como apresentado à Câmara dos Deputados resultou de Substitutivo proposto pelo Sen. Pedro Simon ao PLS n. 150/1999, o qual, originalmente, não previa teto para as indenizações por dano moral.

A redação original do PLS n. 150/1999 determinava (grifo nosso):

Art. 11. Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa:

§ 1º. Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

- I- ofensa de natureza leve: até cinco mil e duzentos reais;
- II- ofensa de natureza média: de cinco mil duzentos e um reais a quarenta mil reais;
- III- ofensa de natureza grave: de quarenta mil e um real a cem mil reais;
- IV- ofensa de natureza gravíssima: *acima de* cem mil reais.

O Substitutivo aprovado pela CCJC do Senado aumentou os valores previstos para as ofensas de natureza leve, média e grave e eliminou a categoria de ofensa de natureza gravíssima. Segundo o relator do parecer:

As alterações procedidas na fixação dos valores tiveram a finalidade [de] dar ao juiz o poder máximo de interpretação sobre os casos concretos que virão a sua análise, mas afigurou-me conveniente a adoção de um valor máximo – R\$ 180 000,00, ou 1000 salários mínimos. A falta de fixação de um valor máximo deixaria a proposição sem sentido.

Nota-se no argumento a tensão entre os objetivos de dar ao juiz liberdade para adaptar o valor às circunstâncias do caso concreto e de limitar os valores concedidos. O relator do Substitutivo parece querer resolver esta tensão fixando um teto que considera alto. Conforme se lê em seu parecer:

Não nos aproximamos demais do direito norte-americano, que admite, em alguns dos seus estados, as indenizações por danos morais sem qualquer limite. No entanto, o teto ora fixado no Substitutivo vai além do que os Tribunais tem admitido – o dobro do valor que a Egrégia 4ª. Turma do STJ adota nos seus julgamentos.

Não há no parecer manifestação no sentido de que os valores concedidos pelo judiciário seriam baixos demais. Diante disso, fica a pergunta: se o próprio Judiciário – na avaliação do relator do parecer – já estabeleceu um limite para o valor dos danos morais, qual a necessidade ou utilidade de fixar legislativamente um teto, especialmente sendo este superior àquele praticado pelo STJ?

É razoável supor que a fixação de um teto mais alto poderia levar a uma desestabilização da jurisprudência, ao sinalizar para advogados e juízes que os valores atuais são considerados baixos pelo Legislativo e que poderiam ou deveriam ser aumentados.

Também trata expressamente do tema o parecer do Sen. Alvaro Dias, votando pela rejeição dos PL n. 114/2008 (teto) e PL n. 334/2008 (tarifação/teto/piso).

Em relação ao PL n. 114/2008, o qual previa limitação de R\$ 20 000,00 para qualquer indenização o relator afirma:

Essa limitação não atenderia a milhares de situações reais que demandam exame particularizados nas respectivas ações judiciais. [...] Não são poucos os casos ajuizados, em especial em face de pessoas jurídicas e entes políticos, nos quais se requerem, justificadamente, elevados valores indenizatórios. Além disso, atrelar o valor dos danos materiais ao de danos morais não nos parece de bom tom. Os danos materiais são, de maneira geral, de fácil mensuração [...], mas os de natureza moral podem repercutir na imagem e verberar outros valores, de modo que a sua limitação a vinte mil reais impediria, em muitas situações, a efetiva reparação.

E com relação ao PL n. 334/2008:

Os valores estabelecidos [...] não correspondem à realidade de cada fato, pois constituem simples limites (inferior e superior), baseados no salário mínimo, que não cobrem todas as hipóteses enfrentadas diariamente nos tribunais. Prova disso é que a indenização por morte varia de R\$ 41 500,00 a R\$ 249 000,00 [...]. Essa variação de valor para reparar dano decorrente da morte de alguém, além de inconstitucional seria irrealizável. Inconstitucional porque a divergência de parâmetros para a fixação do valor, pelo juiz, se basearia na posição socioeconômica do ofendido e na repercussão social e pessoal do causador do dano e da vítima [...]; irrealizável porque nem sempre o piso pode ser pago. Com efeito, não se pode, diante de um mesmo fato típico, fixar uma indenização em R\$ 41 500,00, e, em relação a outra pessoa, fixa-la em R\$ 249 000,00, com base nos critérios oferecidos na proposição (como as condições pessoais, econômicas ou sociais dos agentes envolvidos). Em cada caso concreto, considera-se a culpabilidade [...] do agente do delito, o caráter doloso da prática lesiva, além de circunstâncias como a inocência do acusado, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e outras, que não podem ser engessadas nos limites propostos.

Segue abaixo análise crítica dos projetos atualmente em tramitação que adotam as técnicas legislativas de tarifação e teto, de forma isolada ou combinada. Os textos dos projetos de lei analisados encontram-se no Anexo.

1 Projeto de Lei n. 3966/2000

Trata-se de projeto de lei que acrescenta um parágrafo ao art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo um valor determinado para a indenização por danos morais em caso de não retirada do nome de devedor de lista de devedores inadimplentes após a quitação da dívida.

O valor estabelecido é de cem vezes o valor do débito quitado.

Com relação a este projeto, a principal crítica a fazer refere-se à inexistência de relação entre o valor da dívida em razão da qual o nome do devedor foi inserido no cadastro de devedores inadimplentes e o prejuízo moral gerado pela permanência indevida nesta lista. O efeito negativo sobre o crédito do ofendido e sua honra não depende do valor da dívida inicialmente inadimplida: o devedor de uma pequena dívida, pode ter seu crédito tão abalado quanto o devedor de uma quantia grande.

Trata-se, portanto, de critério definido arbitrariamente e que não guarda relação com o objetivo compensatório do dano moral. Por outro lado, não se pode dizer que vise à dissuasão, uma vez que a reprovabilidade da conduta do ofensor tampouco se relaciona com valor da dívida inscrita.

2 Projeto de Lei n.3313/2000

Altera o art. 22 da Lei n. 8078/1009 (Código de Defesa do Consumidor), para regular a indenização por danos morais decorrentes do fornecimento de serviços por órgãos públicos, por si ou suas empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento.

O projeto cria tabela com três níveis de valores de reparação, estabelecidos em função do valor do dano material e da demora do responsável em repará-lo, sendo um nível determinado (20% do valor do bem) e dois formulados como tetos (até 50% do valor do bem; de dez a cem vezes o valor do bem), (grifos nossos):

§ 1º Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, observados os seguintes limites:

[...]

II – Por dano moral:

- a) Indenização equivalente a 20% (vinte por cento) do *valor do bem* em seu estado novo, *por semana de atraso* no conserto ou reposição, até duas semanas;
- b) Indenização de até 50% (cinquenta por cento) do *valor do bem* em seu estado novo, *por mês de atraso* na indenização para conserto ou reposição, até três meses;
- c) Indenização, de dez a cem vezes o *valor do bem* em seu estado novo, mais despesas, se o dano, além do bem *atinge a pessoa*.

O critério da demora na reparação pode ser considerado um modo de avaliar a extensão do dano (quanto mais tempo a vítima sofre os efeitos do ilícito, maior seu dano). Neste sentido, a tabela procura adotar um critério de justiça e proporcionalidade que, embora limitado (pois a extensão do dano pode variar também em função de outros aspectos do caso concreto, como o tipo de bem danificado), é compatível com o objetivo de compensação da vítima.

O principal problema deste projeto está na vinculação entre valor da compensação e valor do dano material. Em primeiro lugar, o texto gera dúvida nos casos de dano moral puro. Considerando-se que seria inconstitucional considera-los como não indenizáveis, a eles não se aplicaria a tabela por impossibilidade lógica: faltaria o padrão de cálculo.

Sendo assim, a lei criaria a situação paradoxal em que a pessoa que sofresse mais danos (material, além de moral) teria sua reparação limitada, podendo receber menos do que uma pessoa que sofresse dano moral semelhante, mas desacompanhado de dano material (pelo fato de, neste caso, não se aplicar a tabela).

Além disso, como dito acima, é preciso considerar que a extensão e gravidade do dano moral não guardam relação com o valor dos danos materiais: é possível haver pequeno dano material acompanhado de grande dano moral, e vice versa. O valor do dano material não guarda, tampouco, nenhuma relação direta com a reprovabilidade da conduta do autor do ilícito, de modo que se trata de critério inadequado, tanto do ponto de vista da função de compensar a vítima, quanto da função de dissuasão.

Do ponto de vista da compensação, essa inadequação é especialmente grave quando se trata de indenizar casos nos quais, como prevê o projeto no nível “c” da tabela, tenha sido lesionada a pessoa, uma vez que tais danos são especialmente graves e correriam risco de subcompensação.

O texto do projeto tampouco é claro no que se refere aos níveis de indenização: como se calcula a indenização se o atraso é superior a duas semanas, mas inferior a um mês? Ao estabelecer que a indenização será de 20% do valor do bem por semana de atraso, até duas semanas (e não “de até 20%”), estabeleceu-se um piso de reparação mínima?

Por fim, o projeto não estabelece nenhum critério para dosagem do valor de reparação nos casos em que os prevê na forma de teto (“até 50%”; “de dez a cem vezes”).

3 Projeto de Lei n. 334/2008

Dentre os projetos de lei que preveem tarifação, o PL n. 334/2008 é o mais complexo. Ele se destina a regulamentar o dano moral e seu cálculo de modo geral e combina a tarifação com cláusulas gerais e o estabelecimento de pisos e tetos de indenização⁸⁸.

Segundo a justificativa do projeto, seu objetivo é corrigir disparidades tanto nos critérios aplicados quanto nos valores deferidos pelo Poder Judiciário no sistema atual, conferindo assim segurança jurídica às relações.

A tarifação é prevista para casos específicos, ficando aqueles não expressamente previstos submetidos a cálculo por meio das cláusulas gerais.

⁸⁸ Conforme a justificativa do projeto, seu texto baseia-se em anteprojeto de autoria de Mirna Cianci, e tem por base pesquisa doutrinária e jurisprudencial realizada por esta estudiosa.

São submetidos à tarifação os danos morais em casos de: morte; lesão corporal; ofensa à liberdade; ofensa à honra; e descumprimento de contrato.

Como se nota, o projeto não se propôs à tarefa praticamente impossível de tarifar todos os danos morais, limitando-se a alguns, presumivelmente aqueles mais frequentes, mantendo o sistema aberto, para regular casos não previstos.

A própria tabela procura manter certa flexibilidade, na medida em que não prevê valores fechados para cada tipo de dano, mas limites mínimos e máximos, a serem dosados pelo juiz em cada caso concreto, com base nas mesmas cláusulas gerais aplicáveis para os danos não tarifados.

O teto mais alto é aquele previsto para o caso de morte. A tabela abaixo apresenta os danos tarifados e seus respectivos pisos e tetos.

Dano		Piso	Teto
Morte		R\$ 41 500,00	R\$ 249 000,00
Lesão corporal		R\$ 4 150,00	R\$ 124 500,00
Ofensa à liberdade		R\$ 8 300,00	R\$ 124 500,00
Ofensa à honra	Por abalo de crédito	R\$ 8 300,00	R\$ 83 000,00
	De outras espécies	R\$ 8 300,00	R\$ 124 500,00
Descumprimento de contrato		R\$ 4 150,00	R\$ 83 000,00

Como se percebe, o dano morte é claramente considerado o mais grave, tendo o maior piso e também o maior teto. Note-se, no entanto, que isto não impede que ilícito do qual resulte qualquer um dos danos menos graves previstos na tabela leve a uma reparação maior, uma vez que os tetos de todos os demais danos tarifados é superior ao piso do dano morte.

Deste modo, a própria tabela reconhece e põe às claras uma dificuldade encontrada pela jurisprudência ao julgar os casos concretos: a gravidade de um dano moral não se deixa medir por um fator apenas. Isso naturalmente torna muito complexa a avaliação da igualdade e da proporcionalidade das reparações.

Em outras palavras, uma tarifação sensível às dificuldades de avaliação dos danos morais acaba por reproduzir algo que o senso comum considera um defeito da jurisprudência: a concessão de indenizações superiores pela violação de um direito supostamente menos importante do que indenizações concedidas em casos de violação de direitos supostamente mais importantes.

A tabela acima é complementada por fatores que podem aumentar o valor da reparação no caso concreto (como a existência de dano estético não passível de correção, o fato de o grau de incapacidade ser total ou permanente no caso de lesão corporal, a existência de listiconsórcio ativo necessário nos termos do projeto), bem como por um fatores que permitem sua redução (o fato de o responsável ser a Fazenda Pública, a existência de culpa concorrente da vítima).

De todo modo, mesmo havendo os acréscimos e reduções previstos, os limites mínimos e máximos precisam necessariamente ser respeitados (art. 8º. do projeto).

Um aspecto importante que não é esclarecido expressamente pelo texto do projeto e pode levar a diferentes interpretações judiciais (com perda das almejadas padronização e segurança jurídica) é se o limite superior de R\$ 249 000,00 é aplicável também aos danos morais não tarifados pela lei.

A reparação por violação à intimidade, por exemplo, tem como teto o limite previsto para morte, ou – por analogia? – aquele previsto para a violação à honra, o qual é substancialmente mais baixo?

Esta omissão pode levar à frustração do objetivo de obter segurança jurídica de dois modos: pela própria discussão gerada em torno de sua interpretação (um risco tanto maior quanto mais complexa fora a norma); pela possibilidade de ser subvertida a suposta hierarquia de importância dos danos e o suposto teto máximo estabelecidos pela tabela.

Com relação aos critérios previstos sob a forma de cláusulas gerais, o projeto os prevê de dois tipos: critérios gerais, aplicáveis a todos os tipos de danos (tarifados e não tarifados) e critérios aplicáveis especificamente a certos danos tarifados, conforme suas características.

São critérios gerais:

- O bem jurídico ofendido;
- A posição socioeconômica da vítima;

- A repercussão social e pessoal do dano;
- A possibilidade de superação psicológica do dano, quando a vítima for pessoa física, e de recomposição da imagem econômica ou comercial, quando pessoa jurídica;
- A extensão da ofensa e a duração de seus efeitos;
- O potencial inibitório do valor estabelecido;
- Outros elementos que determinem a gravidade da lesão ao patrimônio ideal do ofendido.
- A existência de reparação por dano material quando importar em abrandamento do dano moral.

Destes critérios, dois merecem comentário. O primeiro é a posição socioeconômica da vítima, cuja consideração no cálculo da reparação tende, como apontado acima, a resultar na perpetuação da injustiça social presente na sociedade brasileira, na medida em que os direitos de personalidade das pessoas mais pobres terminam por receber uma avaliação inferior àqueles das pessoas mais ricas.

O outro critério especialmente interessante é o potencial inibitório do valor da reparação. Como também já se apontou, o potencial inibitório da responsabilidade civil funda-se no poder dissuasório da sanção de reparação. A dissuasão, por sua vez, pressupõe que o ofensor (ou potenciais ofensores) temam a sanção. Daí percebe-se que (ainda que alguns autores e decisões judiciais não reconheçam expressamente) o potencial inibitório da reparação por dano moral depende de seu caráter punitivo.

No caso do projeto de lei em análise, a consagração deste critério de cálculo parece estar em contradição, portanto, com seu art. 3º., o qual determina expressamente que a indenização por dano moral “tem caráter exclusivamente compensatório”.

Além da manutenção de certa flexibilidade (como se disse, pelo fato de não procurar tarifar todos os danos e por estabelecer pisos e tetos em vez de valores determinados), outro cuidado interessante tomado pelo PL n. 334/2008 foi a previsão, no próprio texto do projeto de um meio para a correção monetária dos valores de tarifação, com o que se supera o problema dos efeitos da inflação.

De todos os projetos que preveem tarifação e/ou tetos e pisos, o PL n. 334/2008 é, sem dúvida o mais bem estruturado e sensível às funções social da reparação por danos morais e aos riscos envolvidos no tabelamento ou limitação da reparação, buscando resolver a tensão entre tais funções e riscos em sua busca por maior segurança jurídica.

Seu maior defeito é, sem dúvida, a excessiva complexidade que resulta como preço a pagar pela tentativa de manter a sensibilidade à variação dos casos concretos no nível geral e abstrato da legislação. Como já apontado, qualquer elemento novo introduzido no sistema jurídico tem potencial para aumentar a insegurança jurídica, em vez de diminuí-la e este risco é especialmente grande quando o elemento novo em questão é uma lei complexa como a que o projeto propõe.

Além disso, é preciso considerar que a única ruptura radical da proposta em relação ao que já é efetivamente praticado pela jurisprudência é a eliminação da função punitiva da reparação por danos morais (ainda assim minimizada pela consagração do critério do potencial inibitório). Sendo assim, talvez o ganho esperado em segurança jurídica não valha a pena, diante do risco de desestabilização da própria jurisprudência em que o projeto se baseia.

4 Projeto de Lei n. 114/2008

Trata-se de projeto que modifica a redação do art. 944 do Código Civil. Estabelece alguns critérios para cálculo do dano moral, na forma de cláusulas gerais⁸⁹, e, além disso, veda qualquer indenização superior a R\$ 20 000,00 (vinte mil reais).

Na justificativa do projeto, não se aponta o modo pelo qual se estabeleceu especificamente este valor.

Quando se nota que o teto destina-se a ser aplicado a todos os casos de danos morais, inclusive de morte, lesão corporal, restrições indevidas de liberdade e outras situações gravíssimas, percebe-se que a fixação de um valor tão baixo levará certamente à reparação insuficiente em muitos casos.

⁸⁹ Os critérios enunciados na forma de cláusulas gerais são os seguintes: extensão e gravidade do dano; gravidade e repercussão da ofensa; sofrimento experimentado pelo ofendido; condição econômica do ofensor; se o valor pleiteado se ajusta a situação posta em julgamento.

Note-se também que, uma vez que os juízes procurem fixar o valor da indenização com base na gravidade da ofensa e do dano (dois dos critérios estabelecidos pelo projeto), o valor máximo de R\$ 20 000,00 deverá ser reservado apenas às ofensas mais graves. Diante disso, para ofensas menores o valor tenderá a tornar-se irrisório, fazendo com que sequer valha a pena propor ação de reparação nesses casos, especialmente quando se tratar de dano moral puro.

Esta situação é tão extrema, que poderia levar a uma indagação sobre a constitucionalidade, se não dos tetos em geral, deste teto especificamente, por limitar excessivamente o direito a reparação.

Finalmente, note-se que o projeto não prevê formas de correção do valor do teto, de modo que o problema tende a agravar-se com o passar do tempo, em virtude da inflação.

Na justificativa do projeto, cita-se a preocupação em conter “a busca por indenizações milionárias para reparar danos que nem sempre correspondem ao valor pleiteado” e, além disso, impedir a concessão de reparação a título punitivo.

Como exemplo do problema a ser resolvido, na justificativa cita-se o caso de uma empresa que comercializa molas e equipamentos, condenada em Santa Catarina, em decisão de primeira instância a pagar R\$ 66 000,00 por ter enviado, indevidamente, o nome de um cliente ao SERASA.

Não é possível, naturalmente, avaliar o caso concreto em questão, o qual possivelmente tivesse circunstâncias agravantes do dano que justificassem o valor concedido ou a indignação do parlamentar que propôs o projeto. Mas, de todo modo, é possível notar claramente neste ponto a confusão que muitas vezes se faz entre uma suposta *busca* por indenizações milionárias e o resultado que as vítimas realmente obtêm quando recorrem ao Judiciário. Como apuramos no levantamento jurisprudencial, as reparações por inscrição em cadastros de devedores inadimplentes na maior parte dos casos estão longe de ser milionárias. Assim, na amostra dos Tribunais de Justiça estaduais, em 97,5% dos casos a reparação não ultrapassou o valor de R\$ 24 999,00 (sendo que em 44,4% dos casos o valor foi menor que R\$ 5 000,00). Na amostra dos Tribunais Regionais Federais, por sua vez, em 97,1% dos casos a reparação não ultrapassou o valor de R\$ 24 999,00 (sendo que em 73,1% dos casos o valor foi menor que R\$ 5 000,00).

5 Projeto de Lei n. 5705/2001

Trata-se de projeto que altera a Lei n. 5705/2001, para vedar “o uso de técnicas de seleção de pessoal que possam causar dano ao candidato decorrente de ofensa a sua intimidade, vida privada, honra e imagem”, estabelecendo indenização de “até cem vezes o salário estabelecido para o cargo” ao candidato que sofrer danos morais em virtude de tais técnicas de seleção.

Novamente, percebe-se a vinculação do cálculo do dano moral a um elemento patrimonial (neste caso o salário previsto para o cargo), o qual não guarda relação com o prejuízo sofrido.

No que se refere à função de compensação da vítima, como se trata de teto, não fica totalmente excluído o ajuste da compensação às circunstâncias do caso pelo juiz. Mas o limite pode resultar em subcompensação nos casos em que a ofensa seja grande e o salário pequeno. Seria o caso do uso de técnica extremamente humilhante ou invasiva da privacidade do candidato a uma vaga de baixa remuneração. Nesta situação, o sofrimento da vítima tenderá a ser grande, mas a reparação pequena. Mais uma vez, é preciso notar que o teto tende a ser tanto mais injusto quanto mais pobre – e, portanto, mais vulnerável - for a vítima.

O critério proposto pelo projeto parece ter como pano de fundo a ideia de que o valor necessário para compensar um dano moral varia conforme a posição social ou a situação econômica da vítima. Trata-se de critério defendido por parte da doutrina e da jurisprudência (como veremos), e constitui manifestação de uma preocupação em evitar o enriquecimento sem causa da vítima e a criação de uma “indústria” do dano moral.

É certo que tais preocupações são legítimas. No entanto, é preciso notar que este critério faz uma distinção questionável, uma vez que duas pessoas expostas à *mesma* técnica de seleção humilhante, vexatória ou invasiva de sua privacidade terão sua reparação limitada por tetos de indenização diversos. O resultado da aplicação de critérios desse tipo é que os direitos de personalidade das pessoas mais pobres terminam por receber uma avaliação inferior àqueles das pessoas mais ricas, perpetuando uma situação de injustiça social. Trata-se, por definição, de direitos sem valor econômico, mas a concessão de valores maiores para os mais ricos acaba por sinalizar que seus direitos são mais valiosos do que os mesmos direitos das pessoas mais pobres.

No que se refere à função punitiva, o critério tampouco é adequado, uma vez que o salário previsto para o cargo não tem nenhuma relação com a gravidade ou reprovabilidade da conduta do ofensor.

VI. A reparação dos danos morais na jurisprudência dos tribunais superiores: do tratamento restritivo à impossibilidade de restrição

André Rodrigues Corrêa

1 Introdução

A análise da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros (STF e STJ) nos permite compreender tanto a maneira como dano moral foi compreendido pelos juristas ao longo do tempo, como os argumentos concebidos para justificar a fixação de uma sanção tendo em vista a sua ocorrência.

É voz corrente na doutrina brasileira a afirmação de que o reconhecimento pleno do dano moral ocorreu em nosso país apenas após a edição da CF/88. Ainda que desde a edição do CC/16 já houvesse vozes na dogmática civilista sustentando a reparabilidade plena do dano moral e decisões de tribunais de justiça que se amparavam nessas opiniões doutrinárias, a verdade é que o STF manteve até a edição da Constituição Federal de 1988 uma postura cautelosa quando a admissibilidade geral dessa figura em nosso ordenamento⁹⁰.

2 Da inadmissibilidade ao reconhecimento do dano moral

Após vários anos de debate doutrinário⁹¹ a jurisprudência dos Tribunais de Justiça estaduais foi pouco a pouco admitindo a possibilidade jurídica do pedido de indenização decorrente do dano

⁹⁰ O que parece referendar o comentário de José Aguiar Dias de que “a crônica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em matérias de responsabilidade civil, poderia ser resumida numa alternativa de audácia e cautela, com nítida predominância da última, o que, aliás, não deve ser objeto de estranheza, pois a influência conservadora é própria da atividade judicante.”(DIAS, 1983, p. 3)

⁹¹ Ver texto de Alessandro Hirata neste relatório.

moral. Ocorre que o STF manteve até período próximo a promulgação da Constituição Federal uma postura bastante reticente quanto ao reconhecimento pleno dessa categoria de dano; em verdade, foi somente por meio da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que ocorreu a admissão ampla dessa figura em nossa jurisprudência. É esse quadro evolutivo que explica a passagem de uma situação de total inadmissão para outro de ampla aceitação que iremos traçar abaixo por meio de dois conjuntos de precedentes paradigmáticos: as decisões que fundamentaram a súmula 491 do STF relativa a indenização decorrente da morte de filho menor e as que estão na base da súmula 37 do STJ referente ao reconhecimento da possibilidade jurídica de indenização dos danos morais puros, isto é, aqueles cuja existência independe de qualquer reflexo que possam vir a produzir sobre o patrimônio da vítima.

2.1 A súmula 491 do STF: a irreparabilidade do dano moral e a perda da chance de retorno do investimento familiar

Ainda que desde antes da edição do Código Civil de 1916 o Supremo Tribunal contasse em seu repertório com decisões que admitiam a reparação do dano moral, é imperioso dizer que a ampla maioria das decisões desse tribunal eram no sentido de que nosso ordenamento jurídico não reconhecia e, conseqüentemente, da não autorizava a condenação à indenização desse tipo de dano⁹², e um bom exemplo dessa postura pode ser visto nos argumentos presentes nos precedentes da súmula 491 que asseverava: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”⁹³.

O primeiro dos precedentes, o recurso extraordinário 59940/SP julgado em 14 de junho de 1966 (BRASÍLIA, 1967b) tratava de ação que pretendia responsabilizar empresa de transporte pelo acidente que resultou na morte de duas crianças. A sentença de primeiro grau, confirmada pelo acórdão do tribunal de justiça, julgou improcedente a ação por entender não haver dano material

⁹² Ainda que seja possível identificar algumas decisões que, antes da edição da súmula 491 do STF, mencionam a possibilidade jurídica de satisfação do dano moral puro, isto é, sem que seja necessário a identificação de nenhuma reflexo patrimonial, entre elas os acórdãos de duas decisões proferidas no ano de 1913 (RT 08/180 e RT 11/35) relatadas, respectivamente, pelos Min. Pedro Lessa e Min. M. Murinho, assim como as Apelações Cíveis 3585 julgadas em 1920 (RF 37/202), 7526 julgada em 1942 (RF 94/477) e o REs, 49860/MG julgado em 1963 e 59911/CE e 59358/GB ambos julgados em 1967, a grande maioria o fazia com vistas à reparação de um dano patrimonial reflexo e potencial, como ficou reconhecido na referida súmula 491, como por exemplo, o RE 59940/SP (BRASÍLIA, 1967b) julgado em 1966.

⁹³ Aprovada na sessão plenária de 03 de dezembro de 1969.

(sic) a ressarcir, mas apenas dano moral sem repercussão econômica para os autores (BRASÍLIA, 1967b, p. 38). Segundo o relatório na sentença argumenta-se que “o dano moral só seria indenizável se ocasionasse também dano material, pois o menor é fonte de despesa e não de receita”, agregando ainda que “não se indeniza a conjectura do auxílio possível no futuro, mas só a perda certa, efetiva e atual” (BRASÍLIA, 1967b, p. 38).

O relator do recurso extraordinário refere em seu voto que há, naquele momento, inúmeras decisões com os mesmos fundamentos da decisão recorrida e poucas em sentido contrário, mas que é precisamente nessa posição minoritária que irá buscar os argumentos para sua decisão (BRASÍLIA, 1967b, p. 38).

Ocorre que todas decisões referidas tratam da reparação da perda de um auxílio econômico provável, logo de um dano patrimonial decorrente da morte da vítima, senão vejamos:

a) A apelação cível 4364 do TJRS menciona a existência de “uma expectativa, que o desastre elimina, de que a criança sacrificada à negligência da empresa poderosa venha a ser útil à família”, sublinhando que “trata-se da supressão de um valor econômico, ainda que em estado potencial, mas que indubitavelmente constitui dano econômico” (BRASÍLIA, 1967b, p. 38).

b) O recurso extraordinário 49860/MG trata da fixação do tempo de duração da pensão indenizatória devida em vista desse auxílio patrimonial provável definindo-o como igual ao tempo de vida provável da vítima (BRASÍLIA, 1967b, p. 39).

c) O recurso extraordinário 55811/GB levou em consideração o fato de que o menor morto no acidente já trabalhava e, portanto, já auxiliava sua família (BRASÍLIA, 1967b, p. 39).

Em reforço ao seu voto o Ministro Aliomar Baleeiro cita opiniões de Pedro Lessa e Orozimbo Nonato, ambos em manifestações judiciais e de José de Aguiar Dias, na obra “Responsabilidade Civil” e em comentários a decisões publicadas na Revista Forense (uma delas acerca de acórdão do STF do ano de 1946 que admite em caso envolvendo deformidade física que o réu seja condenado ao pagamento de danos emergentes em dobro como forma de punição pelo ato), além de fazer referência genérica aos nomes de Clóvis Beviláqua, Filadelfo Azevedo, Pontes de

Miranda e Eduardo Espínola, que segundo o relator também teriam opinião favorável a admissão da concessão de indenização no caso em tela. Ressalte-se que a discussão sobre admissibilidade da reparação do dano moral se confunde aqui com a definição do que consistiria a forma adequada de reparar esse dano. Como veremos abaixo a admissão da reparação do dano moral, neste momento, passa pela conversão do mesmo em uma dano patrimonial, qual seja, a perda do provável auxílio financeiro no futuro – algo que hoje levaria a discussão sobre se constitui dano patrimonial hipotético e, por essa razão não indenizável, ou perda de chance patrimonial e, nesse caso, reparável. Em resumo a questão se apresentava, em verdade, da seguinte forma: a morte do menor pode implicar uma perda patrimonial futura, qual seja a perda do auxílio econômico quando a vítima passasse a desempenhar alguma atividade econômica, mas cabe então perguntar se esse reflexo é um dano certo ou incerto. Em outras palavras: conceder tal indenização é compatível ou não com os limites impostos pelo artigo 1060, CC/16⁹⁴?

A argumentação do relator recorre à expressão “dano extrapatrimonial”, passa pela menção ao artigo 76 do CC/16 que mencionava a possibilidade de “interesses morais” legitimarem o direito de ação⁹⁵, citando inclusive a regra do art. 1543 do CC/16⁹⁶ que autorizava que o “valor de afeição” atribuído a certo objeto fosse utilizado como base para estimação do valor equivalente a ser restituído por aquele que o tivesse perdido/destruído, tudo para sustentar que relativamente a reparação do dano moral:

[...] se o direito positivo não veda [...], mas antes o permite e insinua nas disposições citadas, não oferece relevância a objeção costumeira, de aparente caráter ético, ou apenas prático, de que seria difícilima a avaliação da *pretium doloris* do desgosto, do abatimento moral, aliás, com inevitáveis reflexos físicos, profissionais e econômicos, dos que têm direito a alegá-lo (BRASÍLIA, 1967, p. 39).

⁹⁴ “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. A mesma redação foi mantida no art. 403, CC/02 com o único acréscimo da seguinte observação ao final: “sem prejuízo do disposto na lei processual”.

⁹⁵ “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral”.

⁹⁶ “Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art. 1.541), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avanteje àquele”.

Por fim, citando Aguiar Dias, menciona que para ser justa a reparação não precisa ser absolutamente equivalente com o dano, tanto que “o jurista já se dá por satisfeito, mesmo em relação ao dano patrimonial, em conseguir uma *aproximação* do estado ideal, que seria a restituição da vítima à situação anterior” (DIAS, p. 304-305 *apud* BRASÍLIA, 1967b, p. 40).

A conclusão a que chega é que a morte do filho menor – entendido por ele como dano moral – deve permitir uma reparação a ser arbitrada nos termos do artigo 1553, CC/16⁹⁷. Mas qual critério adotar para realizar esse arbitramento? Diante de tudo o que foi sustentado acima imagináramos a adoção de um critério que realizasse uma aproximação com o valor de afeição de forma a amparar um interesse moral dos pais, ou seja, de forma a compensar o sofrimento decorrente da perda. Ocorre que o critério adotado é retirado dos fundamentos da primeira das decisões referidas (letra ‘a’): caberia considerar a “supressão de um valor econômico ainda que em estado potencial” (BRASÍLIA, 1967, p. 40), senão vejamos:

Antes e depois do nascimento, [...], os filhos são fontes de despesa, em que se comprazem os pais, criando-os, tratando-os, vestindo-os e educando-os, para gozo das consolações que lhe trazem e trarão no futuro, não sendo contra o direito e a moral a esperança do amparo na velhice, quer pela assistência afetiva, quer mesmo pela alimentar. Se o responsável pelo homicídio lhes frustra a expectativa futura e a satisfação atual, deve reparação, ainda que seja a *indenização de tudo quanto despenderam para um fim lícito* malgrado pelo dolo ou culpa do ofensor. *Perderam, no mínimo, tudo quanto investiram na criação e educação dos filhos, e que se converteu em pura frustração* pela culpa do réu. *O patrimônio não são apenas coisas concretas, mas o acervo de todos os direitos que o titular dele pode exercitar.* (BRASÍLIA, 1967, p. 40-41)

Eis aqui a admissão da reparação de um dano, porém de um dano patrimonial: a perda da chance relativamente ao retorno do investimento feito, tanto assim que o Min. relator cita Henri Lalou para afastar qualquer crítica quanto ao fato de estarmos aqui diante da reparação de um dano futuro e, portanto, incerto – o retorno do investimento:

⁹⁷ “Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.”

H. Lalou, que estudou fundamente esses problemas em 1920, depois de reafirmar o princípio universal de que o prejuízo deve ser *atual e certo*, acrescenta que ‘a privação do recurso de que se pode lançar mão no futuro ou dessa oportunidade (*chance*) de ganho, que se poderá ensejar mais tarde, constitui prejuízo certo. (BRASÍLIA, 1967, p. 41)

E conclui:

Indeniza-se a expectativa razoável, o direito potencial e suscetível de ser reconhecido ou não, como, p. ex., o direito potencial e suscetível de seu patrono, que perdeu o prazo, muito embora seja impossível profetizar-se se ganharia ou não o litígio. Por que não o pai que espera dos filhos todas as satisfações lícitas, não apenas alimentares, mas o cuidado e a solicitude nas moléstias e na velhice? (BRASÍLIA, 1967, p. 41).

Não há aqui a reparação do dano tomado como dano moral, conforme a opinião do Min. Adalício Nogueira, para quem a apreciação da questão acerca da reparabilidade do dano moral era muito delicada e deveria ser apreciada em outra oportunidade, o que não impediria, no caso em análise, a concessão de indenização, mas por outro fundamento⁹⁸. Trata-se, como fica claro no voto do Min. Pedro Chaves, de indenização de perda de chance patrimonial (a perda da chance de obter retorno do investimento patrimonial realizado pelos pais em seu filho), daí porque não se trata de aplicação do art. 1537, II, e sim do artigo 1553, ambos do CC/16:

Aliás, na espécie, o pedido indenizatório não se especificou na pensão de alimentos. Se trouxe o assunto à discussão, foi para evidenciar que o texto do art. 1537,II, não é exclusivo de outra forma de indenização, mesmo porque o art. 1553, manda fixar a indenização por arbitramento nos casos não previstos. [...] Na impossibilidade de liquidar a obrigação na forma do art. 1537, II, por se tratar de direito pendente de condições, faça-se a fixação da liquidação por

⁹⁸ “Para chegar às mesmas conclusões do eminente Relator, não preciso invocá-lo [o dano moral]” (BRASÍLIA, 1967, p. 41). Menciona expressamente que, em sua opinião, há “dano econômico potencial”.

arbitramento na forma do artigo 1553, como sugeriu o eminente relator, *tendo-se em vista pelo menos aquilo que razoavelmente teria os pais despendido com os filhos até a data em que a fatalidade os colheu.* (BRASÍLIA, 1967, p. 43-44)

Dois anos após o julgamento desse recurso extraordinário o STF enfrentou mais uma vez a questão no recurso extraordinário 65281/SP (BRASÍLIA, 1968). Tendo sua filha, menor de idade, falecido em razão de acidente automobilístico em vista de ato de preposto da empresa proprietária do veículo, o autor ingressou com ação buscando a indenização dos danos decorrentes do fato. A sentença condenou a ré, mas excluiu da reparação os lucros cessantes, sendo tal decisão confirmada pelo tribunal de justiça, pois não haveria provas de que a menor prestava algum tipo de auxílio à família (BRASÍLIA, 1968, p. 1-2 do relatório).

Em seu voto o Min. Relator Nunes Leal após afirmar que há, ainda naquele momento, decisões concedendo como negando a concessão de indenização pela morte do filho menor que ainda não trabalhava de forma efetiva e regular, passa a sustentar que em tal situação deve ser considerada “a situação social dos pais”, para que com base em dado de observação corrente – “nas famílias pobres, o normal é que os filhos menores ajudem os pais nos trabalhos da casa ou no exercício da profissão” (BRASÍLIA, 1968, p. 4 do voto) – tomar como provado o referido auxílio. Além disso, argumenta que alguns anos mais tarde o filho ingressaria no mercado de trabalho e, por essa razão, estaria habilitado a perceber um salário e, com isso, contribuir para com o sustento familiar. Assim, fazendo referência a passagens do RE 59940/SP (BRASÍLIA, 1967b), mais especificamente à apelação cível 4364 do TJRS, que havia concedido indenização em caso semelhante sob a justificativa de que tal dano se configurava como a “supressão de um valor econômico ainda que em estado potencial” e às opiniões dos Mins. Adalício Nogueira e Pedro Chaves, conclui Nunes Leal ser a morte da criança a supressão de um auxílio econômico potencial, logo um dano patrimonial potencial:

A esse conceito de dano potencial, que nas famílias humildes corresponde a uma expectativa plenamente justificada, também se referiam, naquele julgado, os Srs. Ministros Adalício Nogueira e Pedro Chaves, os quais, para conceder a indenização, não necessitaram de recorrer à noção de dano moral, que o relator aceitava como fundamento suplementar. E a forma de reparação, em casos tais, foi ali indicada pela Segunda Turma, a liquidação por arbitramento, a que se

refere o art. 1553, do Código Civil. *Atendendo a essas considerações, [...], parece-me que, no caso presente, o lucro cessante deve ser indenizado, não à base do salário mínimo, mas com base em arbitramento.* (BRASÍLIA, 1968, p. 5 do voto)

O último dos precedentes da súmula 491 do STF é o RE 53404/GB (BRASÍLIA, 1967a) julgado em 03 de maio de 1967 nos autos da ação de reparação movida contra a Rede Ferroviária Federal em razão da morte de passageiro resultante de acidente envolvendo um dos trens da referida empresa.

Nele o relator, Min. Adalício Nogueira, ao discutir a que indenizações fazem jus os pais da vítima refere que em outro momento, mais especificamente no RE 59940/SP, o Min. Aliomar Baleeiro “num exaustivo e brilhante voto, em que perfilhou o princípio da ressarcibilidade do dano moral, reconheceu aos pais o direito à reparação ampla pela morte, em acidente, de duas crianças” (BRASÍLIA, 1967a, p. 2). Essa afirmação do Min. Adalício supreende, pois ele mesmo em seu voto naquele recurso extraordinário havia deixado claro que o que se reparava ali era um dano econômico potencial, logo um dano patrimonial.

Mas diante dessa afirmação não surpreende que tenha elencado, como prova da consagração da doutrina da reparabilidade do dano moral junto à jurisprudência do STF, as seguintes decisões:

- a) Recurso Extraordinário 56438/GB no qual foi condenada a empresa de transporte a indenizar os pais da vítima que embora menor já concorria para as despesas da família.
- b) Recurso Extraordinário 58825/SP no qual a ré foi condenada a indenizar os pais pela morte de filho de 17 anos que já percebia salário mensal e que, segundo o acórdão, auxiliava a economia familiar.

No caso em análise neste recurso extraordinário a vítima, um menor de 18 anos, estava no final do curso de radiotelegrafia e, por essa razão, era tomada como “um valor econômico potencial, na iminência de fazer-se valer, em benefício das necessidades da família, de quem seria, por certo, para o futuro, esperança legítima e arrimo do lar” (BRASÍLIA, 1967a, p. 3). Daí porque indicar que

a execução deveria ser realizada por arbitramento com base no art. 1553, CC/16, e não no artigo 1537, II, do mesmo diploma legal.

A referência ao artigo 1553,CC/16 não indicava o arbitramento como necessário para fixar valor capaz de compensar o sofrimento dos pais em razão da perda do filho, mas para fixar valor capaz de compensá-los pela perda de um valor econômico potencial.

Nesse sentido a ressalva feita pelo Min. Aducto Cardoso é exemplar ao tornar claro que o problema foi, desde sempre, tomado pelo STF como uma questão de reparabilidade de dano patrimonial em vista da perda da chance de retorno financeiro em vista de investimento feito sobre o filho.

Causou estranheza ao referido Min. o comentário de que a decisão do RE 59940/SP (BRASÍLIA, 1967) teria sufragado de forma unânime o “princípio da responsabilidade por dano moral”. Tendo verificado o referido acórdão concluiu, de forma correta, que:

[...] tal julgado, um autêntico *leading case*, [...], na realidade se conteve dentro dos limites do que propugna, há muitos anos, uma volumosa corrente doutrinária: *o reconhecimento do dano potencial ou eventual, do lucro cessante virtual*. O acórdão recorrido deixou bem nítido o fato de que se inspirava em realidades econômicas suscetíveis de avaliação, mandando que se procedesse no caso segundo as normas do artigo 1553 do Código Civil.

Por todo o exposto é surpreendente que boa parte da doutrina brasileira mencione a súmula 491 do STF como um antecedente importante no debate sobre dano moral⁹⁹ e nunca a tenha

⁹⁹ Exemplo disso temos na manifestação de Mário Moacyr Porto que analisando decisão do STF sobre o tema prolatada posteriormente a edição da referida súmula assevera que ainda que o referido tribunal tenha mencionado que nenhuma verba poderia ser dada a título de reparação do dano moral o que, em verdade (sic), ocorreu foi a fixação de indenização justamente para reparar o dano moral resultante da morte do filho impúbere que não exercia atividade laboral: “Dizer-se que o filho, quando se tornasse capaz, provavelmente concorreria para a manutenção dos pais, é puro exercício de futurologia, inadmissível em Direito. A súmula está certa. O que não nos parece acertado são as razões de convicção que fundamentam a decisão, com a devida vênua.” (PORTO, 1989, p. 44). Mais recentemente Carlos Roberto Gonçalves afirma que a admissão jurisprudencial da reparabilidade do dano moral inicia-se com as decisões nas quais passou-se a admitir “a indenização ainda quando o menor era simplesmente consumidor, isto é, não trabalhava ou era de tenra idade. Tal orientação, predominante no Supremo Tribunal Federal, foi enunciada na súmula 491” (GONÇALVES, 2003, p. 556).

analisado como um precedente importante na ampliação do alcance da regra presente no então artigo 1060, CC/16 (atual art. 402. CC/02) base da chamada “doutrina do dano direto e imediato”, ou seja, como uma criação jurisprudencial de hipótese de reparação de “perda da chance”. Isso implicava a ampliação dos danos indenizáveis segundo as premissas do sistema de regras presente no CC/16, todavia é de se observar que isso era feito não de forma a abarcar uma nova espécie de dano – o dano extrapatrimonial -, mas para abarcar danos patrimoniais que, em vista dos limites estabelecidos pela regra relativa ao nexu causal, eram anteriormente tomados como incertos, pois apenas potenciais.

2.2 A súmula 37 do STJ: o reconhecimento da autonomia do dano extrapatrimonial o conceito de “dano moral puro”

Se é verdade que alguns anos antes da edição da Constituição Federal o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões admitindo a reparação do dano moral puro¹⁰⁰ e, com isso, afastando-se de sua linha jurisprudencial assentada por meio da súmula 491 e mantida ao longo da década de 1970, também é verdade que somente a partir dos anos 80, por força da orientação jurisprudencial que vai se desenvolver no então recentemente criado Superior Tribunal de Justiça, teremos o assentamento jurisprudencial da possibilidade da indenização do dano moral independentemente de sua conexão com danos patrimoniais presentes e/ou futuros. A cristalização desse entendimento se dará com a edição da súmula 37 do STJ, e é o conteúdo dos precedentes que a compõem o objeto desta parte do trabalho.

¹⁰⁰ Entre elas: a) RE 69754/SP julgado pela Segunda Turma em 11 de março de 1971 tendo como relator o Min. Thompson Flores e cuja ementa estabelece: RESPONSABILIDADE CIVIL. DESABAMENTO DE PREDIO ACARRETANDO DANOS PESSOAIS. INDENIZAÇÃO. COMPREENDE ALÉM DE PARCELAS OUTRAS A CORRESPONDENTE AO DANO ESTÉTICO. CRITÉRIO PARA SUA AFERIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART.1.539, EM CONJUGAÇÃO COM O ART.1.538, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO; b) RE 109233 / MA, julgado pela Primeira Turma em 12 de agosto de 1986 tendo como relator o Min. Antonio Gallotti e cuja ementa estabelece: DANO MORAL PURO. RESTITUIÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE, COM A NOTA 'SEM FUNDOS', A DESPEITO DE HAVER PROVISAO SUFICIENTE DESTES. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO, A TÍTULO DE DANO MORAL, NÃO SENDO EXIGIVEL A COMPROVAÇÃO DE REFLEXO PATRIMONIAL DO PREJUIZO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE QUE NÃO SE CONHECE, POR NÃO ESTAR CARACTERIZADA A NEGATIVA DE VIGENCIA DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL E DO ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, TAMPOUCO O ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

O primeiro dos precedentes dessa súmula é o Recurso Especial 3604/SP (BRASÍLIA, 1990), julgado pela Segunda Turma em 19 de setembro de 1990, no qual se discutiu se a morte de um operário solteiro que ainda vivia com os pais permitia a esses solicitar em vista do ocorrido a indenização de danos patrimoniais e morais ou se tal solicitação conflitava com a jurisprudência estabelecida até aquele momento pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse acórdão o relator Min. Ilmar Galvão interpreta os precedentes da súmula 491 do STF com vistas a sustentar que tal tribunal:

[...] quando admitiu a indenização da vida do menor, que não trabalhava, por via reflexa do que representava a sua presença no meio da família, em termos potenciais de futura ajuda, *outra coisa não fez [...] senão procurar contornar o óbice que via no art. 1537, II, do Código Civil, para conceder indenização pelo dano moral* (grifei) (BRASÍLIA, 1990, p. 182).

E explica que, exatamente porque o referido tribunal concedia a título de indenização de dano moral uma reparação que era, em verdade, a indenização de um dano patrimonial futuro não admitia que esse fosse fixado se houvesse prova de dano patrimonial presente, ou seja, se tivesse sido provado que o sujeito efetivamente auxiliava economicamente sua família¹⁰¹.

Mas segundo o Min. relator a inadequação dessa orientação consolidada no STF ficava patente em casos como o que era objeto do julgamento do presente recurso especial:

Fácil é perceber que aquela situação é inadequada para o caso dos autos, onde o bem a ser indenizado é a vida de membro ativo da família, que contribuía com o seu trabalho para a manutenção própria e dos pais. Indenizar, nessa hipótese, o dano moral por via indireta significa deixar sem indenização o dano material. Daí o imperativo da dupla indenização: a moral, relativa à perda do filho, e a patrimonial, concernente ao desfalque representado pela abrupta interrupção da ajuda por ele prestada para sustento dos pais.(BRASÍLIA, 1990, p. 182-183)

¹⁰¹ “Por isso mesmo é que, nessas condições, em que o dano moral é reparado por via indireta, não admite aquela Corte concomitante indenização direta do mesmo dano.” (BRASÍLIA, 1990, p. 182). Como exemplo dessa orientação do STF o Min. Ilmar Galvão cita o RE 84718/PR julgado em 1977 (BRASÍLIA, 1990, p. 181).

Ainda segundo o relator a possibilidade jurídica da indenização do chamado dano moral puro podia ser inferida já das regras do Código Civil de 1916, pois:

[...] na verdade, o art. 159 do Código Civil, ao referir o dano como elemento essencial à responsabilidade civil, não oferece mínima indicação que possa levar à conclusão de que o dano indenizável é somente o material”, além do que sustenta que por meio do art. 1553, do mesmo diploma legal resta claro que a enumeração dos danos indenizáveis presentes nos arts. 1543, 1547-1450 não é taxativa já que por meio daquele artigo “ficou estabelecido que ‘nos casos não previstos [...] se fixará por arbitramento a indenização’ (BRASÍLIA, 1990, p. 183)

Cita em reforço de sua opinião um julgado do STF, o RE 69754/SP (BRASÍLIA, 1971), que destoa da orientação até então dominante naquele tribunal. Nessa decisão o relator do referido recurso extraordinário, o Min. Thompson Flores, esclarece que a vítima – em vista de grave lesão física que lhe deixou deformada – solicitou a indenização de dano estético cumulado com danos patrimoniais – danos emergentes e lucros cessantes¹⁰², argumentando que, *in casu*, “repiliria a idéia de *justa reparação* omiti-lo [o pagamento do dano estético], pois dúplice, em verdade, foi o mal sofrido: moral e patrimonial.”¹⁰³

Ainda em reforço a sua posição o relator cita o RESP 1999/SP (BRASÍLIA, 1999). e, ainda que esse não seja referido como precedente da súmula 37, é exatamente no interior do acórdão proferido nesse recurso que será possível encontrar a origem do argumento defendido pelo Min. Ilmar Galvão, senão vejamos:

Em caso envolvendo a morte de filho maior de idade residente no lar paterno discutia-se a possibilidade dos pais solicitarem, simultaneamente, a indenização pelo dano patrimonial decorrente da falta do auxílio econômico provido pela vítima e a do dano moral decorrente pura e simplesmente da perda do filho. Em resposta a essa questão o relator do referido recurso especial, o Min. Athos Carneiro decidiu pela possibilidade dessa cumulação argumentando que: (a) o dano

¹⁰² RE 69754/SP, p.p. 252-253 .

¹⁰³ RE 69754/SP, p. 253 .

moral dos pais no caso de morte de filho é presumido¹⁰⁴ e (b) indenizável, pois pela análise da jurisprudência, seria possível afirmar que “em verdade, a color de ressarcir prejuízo patrimonial tão hipotético, o Judiciário está a indenizar o dano moral sofrido pelos pais”¹⁰⁵. Ressalte-se que o referido Ministro fundamenta sua manifestação quanto ao ponto ‘a’ com base em citações de trechos de decisões sem revelar que essa corrente era minoritária, à época, no Supremo Tribunal Federal, e quanto ao ponto ‘b’ numa re-elaboração do sentido da orientação majoritária do STF operada por meio da citação de duas manifestações de Ministros daquele tribunal em dois julgamentos distintos¹⁰⁶, uma delas inclusive mencionada posteriormente pelo Min. Ilmar Galvão, sem mencionar quanto a essa última – o voto do Min. Moreira Alves – que aquela manifestação constituía voto vencido no julgamento no qual foi proferida¹⁰⁷.

Retornando à análise do acórdão proferido no julgamento do RESP 3604/SP (BRASÍLIA, 1990) se faz imperioso destacar no voto-vogal de autoria do Min. Vicente Cernicchiaro a primeira menção, na jurisprudência do STJ, ao texto constitucional como *topos* do argumento acerca da reparabilidade do dano moral¹⁰⁸.

¹⁰⁴ No referido trecho do argumento feito pelo Min. Athos Gusmão Carneiro se pode ler: “Em hipótese semelhante – filho solteiro, que nem morava com os pais, e apenas ajudava nos estudos de um irmão – a eg. 1ª Turma do Excelso Pretório (RE 72679, RTJ 61/818, ac.de 13.12.71, rel. o eminente Min. Djaci Falcão) decidiu pela concessão de indenização, sob a seguinte ementa: ‘o dano resultante da morte de uma pessoa ligada a outra por vínculo de sangue é presumido. Daí o direito à indenização. RE provido’. O voto do eminente relator reporta-se a anterior decisão no RE 59358 (in RTJ 42/219), onde fora salientado que a referência a ‘alimentos’, no art. 1537 do CC, servia apenas ‘como índice matemático para o cálculo da reparação, e não como fundamento da própria reparação’. Afirma, após, que o dano se presume desde que haja a relação de parentesco: ‘um filho que perde o pai sofre dano, e o pai que perde o filho sofre dano, sem necessidade de prova que prestava alimentos’” (RESP 1999/SP, p. 5 do voto do relator Min. Athos Gusmão Carneiro no).

¹⁰⁵ RESP 1999/SP, p. 7 do voto do relator Min. Athos Gusmão Carneiro.

¹⁰⁶ “Neste sentido eloquentemente manifestou-se o eminente Ministro Moreira Alves: ‘De qualquer sorte, essa tendência humanitária do Supremo Tribunal Federal representava um passo decidido para afastar o óbice do nº. II do art. 1537 do Código Civil e para chegar à compensação do dano moral, quando não houvesse lucros cessantes a reclamar (RTJ 86/565)’. Assim também o eminente Min. Oswaldo Trigueiro: ‘A construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no sentido da indenização pela morte de filhos menores, em decorrência de ato ilícito inspirou-se nos princípios da reparação do dano moral. (RTJ 69/180).’” (RESP 1999/SP, p. 7 do voto do relator Min. Athos Gusmão Carneiro).

¹⁰⁷ Trata-se de voto proferido no RE 84718/PR julgado pelo Tribunal Pleno em 26 de outubro de 1977 e que tendo como relator o Min. Thompson Flores possui a seguinte ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E PESSOAIS, INCLUINDO A MORTE DE FILHO MENOR. INDENIZAÇÃO. II. NA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MATERIAIS CABE INCLUIR ACORREÇÃO MONETÁRIA, EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DOSUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. E, NO PERTINENTE A MORTE DO FILHO MENOR, A SOLUÇÃO ESTA COM A APLICAÇÃO DA SÚMULA 491, INDEPENDENTEMENTE DA APRECIÇÃO PELO DANO MORAL, DISPENSÁVEL NO CASO. III. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

¹⁰⁸ RESP 3603/SP, p. 190.

O segundo precedente da súmula 37 do STJ foi o RESP 4236/RJ julgado pela Terceira Turma em 04 de junho de 1991 tendo como relator para o acórdão o Min. Eduardo Ribeiro (BRASÍLIA, 1991d). Nesse acórdão a turma entendeu, por maioria, admitir a cumulação das indenizações relativas ao dano patrimonial e material decorrentes do mesmo fato, qual seja, a morte da vítima. Vencida na instância estadual a ré, a interposição de seu recurso especial tinha por base exatamente o argumento acerca da inacumulatividade dos referidos danos (BRASÍLIA, 1991, p. 147). Citou decisão do STF que lhe amparava o argumento (RE 98064/RJ).

O relator inicialmente designado, Min. Nilson Naves, depois de citar alguns precedentes do STF¹⁰⁹, TRF¹¹⁰ e do próprio STJ¹¹¹ decide pela exclusão da indenização do dano moral (BRASÍLIA, 1991d, p. 151).

Ocorre que, em voto-vista, o Min. Eduardo Ribeiro adota posição divergente, senão vejamos. Inicia seu voto estabelecendo que a resolução da questão em exame no presente recurso especial envolve, na verdade, a resolução de três questões conexas, quais sejam, a que diz respeito à reparabilidade do dano moral de forma genérica, a que diz respeito à possibilidade de concedê-lo em caso de homicídio segundo nosso ordenamento jurídico e se o mesmo pode ser cumulado com a reparação dos danos patrimoniais (BRASÍLIA, 1991d, p. 152).

Em resposta à primeira questão afirma, com base em Wilson Melo da Silva (SILVA, 1999), que a reparabilidade genérica do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro pode ser sustentada com base no disposto no art. 159 do CC/16, pois se é certo que “não se refere expressamente ao dano moral”, também é certo que “não menciona também o econômico, de maneira a que não se pudesse entender que compreendesse o outro” (BRASÍLIA, 1991d, p. 153), concluindo que se as regras presentes no Título VIII do Livro III do CC/16 estabelecem parâmetros para a fixação do montante das indenizações a serem pagas em certas hipóteses, isso ocorre porque a formulação

¹⁰⁹ Menciona apenas os volumes e páginas da Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, são eles: 86/560, 108/287, 108/912 e 115/1383.

¹¹⁰ ACs 75601, 133227e 124473.

¹¹¹ RESP 1974/RJ julgado pela Terceira Turma em 19 de junho de 1990 tendo como relator o Min. Gueiros Leite e assim ementado: ACIDENTE FERROVIARIO. DANO MORAL. NÃO CABE A INCLUSÃO DE VERBA AUTONOMA PARA O DANO MORAL CUMULATIVAMENTE COM O DANO MATERIAL, EXCETO NOS CASOS EM QUE A VITIMA E MENOR E SEM GANHOS, QUANDO ENTÃO O PREÇO DA DOR CONCRETIZA-SE EM PERCENTUAL FIXO CORRESPONDENTE A PARCELA PECUNIARIA PRESUMIVEL, COMO SE A VITIMA PUDESSE CONTRIBUIR PARA A ECONOMIA DOMESTICA, NO SEIO DAS FAMILIAS MENOS FAVORECIDAS. RECURSO NÃO CONHECIDO. Na referida decisão é possível encontrar, especificamente no voto do relator, uma compreensão, comum à época, que reduzia o dano moral ao dano patrimonial: “A perda do esposo e pais sem dúvida afetou moralmente os recorridos, mas os prejuízos efetivos, passíveis de reparação, são os que pertinem com a ajuda material dispensada pela vítima.” (RESP 1974/RJ, p. 4) .

genérica do art. 159 permite alcançá-las (BRASÍLIA, 1991d, p. 153) e é complementada pela regra do art. 1553 que impõe o arbitramento como forma de liquidação incidente para todos os danos indenizáveis não abrangidos pelas formas específicas (BRASÍLIA, 1991d, p. 153).

Contra a tese de que o art. 1537 teria limitado as verbas indenizatórias apenas àquelas por ele mencionadas em seus incisos esgrima o argumento de que seria ilógico “afastar a indenização [do dano moral], exatamente pelo fato de os sentimentos afetivos serem mais profundamente atingidos” (BRASÍLIA, 1991d, p. 154-155), justificando que nos referidos incisos do art. 1537 estão determinadas as formas de liquidação dos danos patrimoniais decorrentes da morte, cabendo, portanto, a incidência do art. 1553 para a liquidação dos danos morais (BRASÍLIA, 1991d, p. 155)¹¹². E, em reforço a seu ponto de vista, sustenta que a súmula 491 do STF ao admitir a indenização de um dano patrimonial hipotético – o provável auxílio econômico que o filho menor daria aos pais no futuro – estava, em realidade, concedendo a reparação de um dano moral sem afirmá-lo diretamente¹¹³.

Por fim, em resposta a última questão que se havia imposto o Min. Eduardo Ribeiro afirma não visualizar óbice para que sejam indenizados os danos patrimoniais e morais decorrentes do mesmo ato pela simples razão de que são danos distintos, explicitando que as decisões do STF citadas para fundamentar a não-cumulatividade não mais serviriam como precedentes:

Note-se, a propósito, que vários julgados do Supremo Tribunal – não todos, cumpre reconhecer – em que se rejeita a cumulação, referem-se ao caso, já examinado, da morte de menor, em que o dano moral foi indenizado, sob color de reparação de lesão patrimonial. Nesse caso, obviamente, não se podem sobrepor. É que o dano, em verdade, era apenas moral, não se podendo conceder outra verba a esse título. (BRASÍLIA, 1991d, p. 156)

O Min. Dias Trindade (BRASÍLIA, 1991d, p. 158) acompanha o voto do Min. Eduardo Ribeiro, enquanto o Min. Waldemar Zveiter (BRASÍLIA, 1991d, p. 159) acompanha o voto do Min.

¹¹² Em reforço a sua tese cita o RE 64771/GB julgado pela Segunda Turma em 17 de abril de 1969 tendo como relator o Min. Thompson Flores e assim ementado: RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR. INDENIZAÇÃO A SER LIQUIDADADA EM ARBITRAMENTO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 159 E 1.533 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

¹¹³ RESP 4236/RJ, p. 155 . Segundo o Min. Eduardo Ribeiro a admissão explícita pelo STF de que, em realidade, estava a reparar um dano moral pode ser encontrada nos REs 83168, 84748, 87650 e 75180.

Nilson Naves citando como justificativas a orientação estabelecida nos recursos especiais 3299/RJ (do qual foi relator), 1974/RJ e 7072/SP.

O Min. Cláudio Santos acompanha o Min. Eduardo Ribeiro sustentando a possibilidade dessa cumulação “quer por ter a indenização a dupla função reparatória e penalizante, quer por não se encontrar nenhuma restrição na legislação privada vigente em nosso País”, aliás, afirma que não só inexistia tal restrição legislativa, como:

[...] ao contrário, nos dias atuais, destacáveis são os comandos constitucionais quanto ao agravo através dos meios de comunicação e à violação da intimidade, respectivamente estabelecidos nos incisos V e X, do art. 5º da Constituição da República(BRASÍLIA, 1991d, p. 161)

Não tendo respaldo, portanto, quaisquer restrição ou limitação ao ressarcimento do dano moral qualquer que seja sua espécie (BRASÍLIA, 1991d, p. 162).

O terceiro precedente da súmula 37 do STJ foi o RESP 3229/RJ (BRASÍLIA, 1991c) julgado pela Terceira Turma em 10 de junho de 1991. Aqui temos acórdão no qual a referida turma entendeu, por maioria, admitir tal cumulação entre indenizações.

Nele o relator, Min. Waldemar Zveiter, afirma que naquele tribunal já se havia consolidado o entendimento segundo o qual era incabível a inclusão de verba autônoma para o dano moral, cumulativamente, com o dano patrimonial, sendo excepcionada tal orientação apenas nos casos nos quais se tratasse de menor sem remuneração, pois por falta de elementos havia impossibilidade de se apurar os ganhos da vítima e em reforço a seu argumento refere o RESP 1974/RJ (BRASÍLIA, 1991c, p. 67).

Em seu voto-vista o Min. Cláudio Santos discorda da opinião do relator sustentando exatamente o mesmo argumento que havia apresentado no RESP 4236/RJ e, embora o Min. Nilson Naves acompanhe o voto do Min. Waldemar Zveiter, os demais Ministros acabam por acompanhar o voto do Min. Cláudio Santos (BRASÍLIA, 1991c, p. 67).

O quarto precedente é o RESP 10536/RJ (BRASÍLIA, 1996) julgado pela Terceira Turma em 21 de junho de 1991 tendo como relator o Min. Dias Trindade. Nele a turma entendeu, por

unanimidade, ser passível de cumulação as indenizações do dano moral e o dano patrimonial decorrentes de cirurgia estética produtora de deformidade.

O quinto precedente é o RESP 11177/SP julgado pela Quarta Turma em 01 de outubro de 1991 tendo como relator o Min. Barros Monteiro (BRASÍLIA, 1991b) Nele a referida turma decidiu, por unanimidade, ser possível cumular à indenização devida em razão do dano patrimonial relativa à perda do auxílio que a vítima prestava em casa aos pais a indenização concernente ao dano moral relativa da perda afetiva.

Em seu voto o relator, Min. Barros Monteiro, cita precedentes do STJ¹¹⁴, e reproduz parte significativa do voto do Min. Eduardo Ribeiro no RESP 4236/RJ (BRASÍLIA, 1991d), para dar sustentação à tese da possibilidade jurídica da cumulação das indenizações do dano moral e patrimonial (BRASÍLIA, 1991b, p. 58-59).

O sexto e último precedente é o RESP 1604/SP (BRASÍLIA, 1991a) julgado pela Quarta Turma em 09 de outubro de 1991 tendo como relator o Min. Athos Gusmão Carneiro. Em seu voto o referido Ministro irá citar posicionamento próprio exarado no ano de 1978 em julgamento do qual participou como Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no qual sustentou a indenizabilidade do dano moral puro (BRASÍLIA, 1991a, p. 90)¹¹⁵, e passagem do voto do Min. Eduardo Ribeiro no RESP 4236/SP (BRASÍLIA, 1991d) apontado por aquele Ministro como *leading case* relativo ao tema no conjunto de decisões do tribunal (BRASÍLIA, 1991a, p. 91).

Assim por todo o exposto percebe-se que a discussão iniciada no STF quando do tratamento da questão da indenização do dano decorrente da morte do filho menor acabou por ser desdobrada dentro do debate ocorrido no STJ acerca da possibilidade jurídica do reconhecimento da indenizabilidade do dano moral puro, passo logicamente necessário para a admissão da viabilidade de cumulação das indenizações dos danos morais e patrimoniais decorrentes ou não dos mesmos fatos geradores.

Todo o caminho percorrido pelos tribunais superiores – STF e STJ – que levou ao reconhecimento do “princípio geral da reparabilidade do dano moral”¹¹⁶ foi realizado tendo por base a análise das regras do Código Civil de 1916, não tendo as normas constitucionais desempenhado

¹¹⁴ RESPs 1999/SP, 4236/RJ, 7072/RJ e 3299/RJ.

¹¹⁵ Segundo consta do voto, essa decisão do TJRS encontra-se publicada na Revista de Jurisprudência do TJRS vol. 72, p. 309 (apud p. 85 do RESP 1604/SP).

¹¹⁶ Conforme expresso no primeiro precedente da súmula 37, isto é, no RESP 3604/SP (BRASÍLIA, 1990, p. 184).

um papel relevante para a consolidação dessa linha jurisprudencial¹¹⁷. Se a norma do art. 5º, V e X, da CF/88 desempenhou um papel pequeno na consolidação jurisprudencial da admissão da possibilidade de reparação do dano moral, o mesmo não ocorrerá no atual debate sobre a possibilidade de limitar legislativamente o âmbito e o montante das indenizações decorrentes desse tipo de dano. Esse o tópico enfrentado no próximo capítulo.

3 Da admissão à proibição de restrição legal: a jurisprudência sobre as regras legais de limitação no âmbito dos meios de comunicação e do transporte aéreo

Pode-se afirmar que os dois dos maiores campos produtores de danos aos direitos de personalidade são os circunscritos pela atividade dos meios de comunicação e pela atividade de fornecimento de produtos e serviços ao consumidor, obviamente por que abrangem uma massa de sujeitos a eles vinculados (telespectadores, usuários, consumidores, etc.). Nesses dois âmbitos encontramos regras legais que limitam *a priori* os valores de indenização: no âmbito dos meios de comunicação temos a regra inscrita nos art. 51 e 52, incisos da lei 5250/67 (conhecida como lei de imprensa) e no âmbito do fornecimento de serviços ao consumidor temos as regras inscritas nos artigos 22 do decreto nº 20.704 de 24 de novembro de 1931 (Promulga a Convenção de Varsóvia de 1929) e 257 e 260 da lei 7565 de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), assim não suprime o fato de que a discussão judicial sobre a constitucionalidade da limitação tarifada da indenização do dano moral nos dois tribunais superiores brasileiros (STJ e STF) esteja organizada em torno do debate acerca da recepção constitucional desses dispositivos.

Diante dessa constatação o presente trabalho será organizado levando em consideração o tratamento do problema da constitucionalidade agrupando as decisões analisadas em vista do âmbito material, ou seja, inicialmente serão apresentados os argumentos proferidos nos acórdãos que trataram da constitucionalidade de regras limitadoras constantes da lei de imprensa e, num segundo momento, as que trataram do tema em vista das regras limitadoras existentes nos diplomas reguladores da prestação de serviços de transporte aéreo. Após a apresentação dos argumentos expostos nos referidos acórdãos será analisada a consistência dos mesmos. Em momento final

¹¹⁷ Conforme vimos apenas os votos do Min. Cláudio Santos mencionavam a norma do art. 5º, V e X da CF/88 e mesmo ali tal referência aparecia como “reforço” ao argumento baseado na análise das normas do CC/16.

pretende-se apontar eventuais fraquezas argumentativas dessa linha jurisprudencial e apresentar o espaço reservado por esse posicionamento jurisprudencial à legislação infraconstitucional que pretenda “regular” a prática de arbitramento judicial relativamente à fixação do *quantum* do dano moral.

3.1 O tratamento jurisprudencial dos limites indenizatórios presentes na Lei de Imprensa (lei 5250/67)

A atividade das empresas de comunicação, bem como dos profissionais a elas ligados tem, por suas peculiares características (investigação e publicação de fatos, manifestação de opiniões, etc.) grande potencial lesivo em relação a certos direitos de personalidade (intimidade, privacidade, honra, imagem, etc), daí porque estão esses sujeitos (empresas de comunicação e jornalistas/articulistas) entre aqueles que mais comumente são partes em ações de indenização por danos morais. Além disso, o fato de que até pouco tempo¹¹⁸ vigia entre nós uma Lei de Imprensa (lei 5250/67) que estabelecia regras instituidoras de limites fixos aos valores relativos à indenização dos danos morais produzidos através dos meios de comunicação fez com que essas regras fossem objeto da análise dos dois tribunais superiores com vistas à definição de sua constitucionalidade. Por essas razões compreender a lógica das linhas jurisprudenciais construídas pelo STJ e pelo STF acerca do tema é fundamental para que se possa compreender os suportes e os obstáculos que um projeto que pretenda regular esse tipo de indenização (por danos morais) pode vir a receber do Poder Judiciário no âmbito dos referidos tribunais.

a) A jurisprudência do STJ: análise dos precedentes da súmula 281 do STJ

Desde meados da década de 90 o STJ vinha enfrentado a questão acerca da recepção pela Constituição Federal de 1988 de algumas das regras presentes na lei 5250/67. Em 2004, após ter proferido um conjunto significativo de decisões sobre o tema, o referido tribunal tendo pacificado internamente seu entendimento e publicou a Súmula 281 na qual restou declarado que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

¹¹⁸ Até ser julgada, pelo STF, em 2009 a ADPF 130/DF (BRASÍLIA, 2008) conforme veremos abaixo.

O primeiro dos precedentes dessa súmula é o Recurso Especial 169867/RJ (BRASÍLIA, 2001b) julgado pela Quarta Turma em 05 de dezembro de 2000 tendo como relator o Min. Cesar Asfor Rocha. Em seu voto o relator realiza citação de argumento que já havia sustentado anteriormente no RESP 63520/RJ¹¹⁹.

A primeira tese defendida pelo relator no RESP 169867/RJ (BRASÍLIA, 2001b), segundo ele utilizada para simples argumentação, é a de que somente teria aplicabilidade a regra tarifária dos arts. 51 e 52 da lei 5250/67 quando da ocorrência das hipóteses descritas no art. 49, I, ou seja, quando o dano decorresse de calúnia, difamação ou injúria e, ainda, quando a notícia gerasse desconfiância no sistema bancário ou abalo de crédito de instituições financeiras ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica ou quando provocasse sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos mobiliários no mercado financeiro, ou fosse veiculada com o objetivo de obter ou procurar obter, para si ou para outrem, favor, dinheiro ou outra vantagem para não fazer ou impedir que se faça pública transmissão ou distribuição de notícias. Tal situação não teria ocorrido no caso, uma vez que teria ficado comprovado o caráter insidioso da matéria que produziu o dano¹²⁰.

Continua seu voto com base no que foi decidido no acórdão do RESP 63520/RJ, no qual o relator indicado, o Min. Barros Monteiro, restou vencido por entender que as regras presentes na lei 5250/67 não conflitavam com as regras da CF/88, pois segundo ele a carta constitucional prevê:

[...] no art. 5º, incisos V e X, a indenização por dano moral, fazendo-o de maneira ampla e geral, de tal forma a permitir a convivência com tais disposições a lei infraconstitucional que estabelece limites ao montante da indenização pelo qual deve responder a empresa exploradora do meio de comunicação. Nem tampouco se pode cogitar de afronta ao princípio da isonomia, desde que a lei especial supra aludida está a cuidar da situação particular do jornalista profissional e da empresa

¹¹⁹ RESP 63520/RJ julgado pela Quarta Turma em 18 de junho de 1998 tendo como relator inicialmente indicado o Min. Barros Monteiro e relator para o acórdão Min. Ruy Rosado e em cuja ementa se pode ler: IMPRENSA. Dano moral. Prova. Indenização. Limite. Dolo. Honorários da sucumbência. Recurso especial. Razões. - Dano moral que decorre do próprio noticiário, dispensando demonstração específica. - A Lei nº 5.250/67 não estabelece limite para indenização por ato ilícito doloso. - Verba honorária em caso de sucumbência recíproca. Art. 21 do CPC. - Recurso especial conhecido inobstante tenha o recorrente se referido à fundamentação exposta no recurso da litisconsorte. Recursos conhecidos em parte e, nessa parte, providos. Votos vencidos.

¹²⁰ Citação do voto-vista emitido no RESP 63520/SP (apud BRASÍLIA, 2001b, p. 3).

que exerce a atividade no meio de informação e divulgação. (BRASÍLIA, 1998, p. 3 do voto do relator)

No julgamento do RESP 63520/RJ preponderou entendimento diverso. Nesse sentido, o Min. Ruy Rosado entendeu ser desnecessário enfrentar o tema da tarifação da lei de imprensa, pois argumentava que essa somente se aplicava para casos de danos provocados por culpa e, na hipótese em análise, o réu teria atuado com dolo, citando em apoio os RESPs 85019/RJ relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e 79177/RJ de sua relatoria (BRASÍLIA, 1998, p.2).

Quanto à inaplicabilidade da limitação legal aos casos de dolo também se manifestou no RESP 63520/RJ o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira que, citando opinião de Arruda Miranda e o RESP 79177/RJ, também argumentou que a própria sistemática da lei de imprensa afastava a aplicação do limite indenizatório nos casos em que ficasse demonstrado o dolo do réu para, por fim, defender, citando novamente Arruda Miranda e referindo o RESP 52842/RJ, que a CF/88 teria afastado qualquer limitação legal ao valor da indenização por dano moral (BRASÍLIA, 1998, p. 3).

A passagem do RESP 52842/RJ¹²¹ citada pelo Min. Sálvio de Figueiredo foi retirada do voto-condutor de autoria do Min. Menezes Direito, no qual ainda que entendesse inaplicável ao caso em exame naquele momento a limitação disposta no art. 52 da lei de imprensa em razão da prova de dolo da empresa ré, foi mais adiante e argumentou que não mais se aplicaria qualquer

¹²¹ Julgado pela Terceira Turma em 16 de setembro de 1997 e em cuja ementa se pode ler: “RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. LEI DE IMPRENSA. LIMITE DA INDENIZAÇÃO. PROVA DO DANO. PREQUESTIONAMENTO. 1. O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito, recebendo da Constituição de 1988, na perspectiva do relator, um tratamento próprio que afasta a reparação dos estreitos limites da lei especial que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. De fato, não teria sentido pretender que a regra constitucional que protege amplamente os direitos subjetivos privados nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse um tratamento discriminatório.

2. No presente caso, o Acórdão recorrido considerou que o ato foi praticado maliciosamente, de forma insidiosa, por interesses mesquinhos, com o que a limitação do invocado art. 52 da Lei de Imprensa não se aplica, na linha de precedente da Corte.

3. Os paradigmas apresentados para enfrentar o Acórdão recorrido conflitam, sob todas as luzes, com a assentada jurisprudência da Corte, que confina a prova do dano moral puro ao ato praticado, no caso, a publicação da notícia”.

limitação presente no referente diploma legal fosse qual fosse a hipótese fática por entender de todos os modos:

[...] que com a disciplina constitucional de 1988 abre-se o caminho para melhor tratar essas situações que machucam pessoas honradas. A limitação imposta pelo art. 52 da Lei de Imprensa, que restringe a responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação a dez vezes as importâncias fixadas no artigo 51, a meu juízo, não mais está presente. [...] A Constituição de 1988 cuidou dos direitos da personalidade, direitos subjetivos privados, ou, ainda, direitos relativos à integridade moral, nos incisos V e X do artigo 5º, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, declarando, ademais, invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando, também, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Na verdade, com essa disciplina clara, a Constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se postula mais a reparação pela violação dos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório.

[...] Por tais razões, entendo, desde quando ainda tinha assento na 1ª Câmara Cível, período que guardo sempre na melhor das lembranças da minha vida, que a indenização por dano moral, com a Constituição de 1988, é igual para todos, inaplicável o privilégio de limitar o valor da indenização para a empresa que explora o meio de informação ou divulgação, mesmo porque a natureza da regra jurídica constitucional é mais ampla, indo além das estipulações da lei de imprensa. [...] Nessa mesma linha, pela revogação da responsabilidade tarifada, o REsp 39.886(DJ 3.11.97), desta Turma, de que fui relator¹²².

¹²² Apud RESP 63520/RJ, p.p. 4-5 do voto do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira .

Em seu voto no RESP 63520/RJ o Min. Asfor Rocha além de construir o argumento acima referido e repetido no RESP 169867/RJ (BRASÍLIA, 2001b, p. 4) igualmente cita a mesma passagem do RESP 52842/RJ de autoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

Além disso, o relator no RESP 169867 (BRASÍLIA, 2001b), Min. Asfor Rocha, defendeu, como já havia feito no RESP 63520/RJ, que a CF/88, por força do art. 5º, V e X, teria feito com que o direito à indenização do dano moral passasse a ser, para todos, “condicionado única e exclusivamente ao atendimento da reparação plena [...] sendo inaplicável o privilégio de limitar seu *quantum* quando se tratar de ofensa veiculada na imprensa” (BRASÍLIA, 2001b, p. 4).

Outro ponto levantado pelo Min. Asfor Rocha (em ambos recursos especiais, o de número 63520 e o de número 169867) diz respeito à questão da ausência de justificativa razoável para a seguinte constatação: uma vez aplicável limitação prevista na lei de imprensa teríamos o paradoxo de que numa situação em que o dano à reputação da vítima, por exemplo, fosse causado por um veículo de informação em massa aquele dano que, provavelmente, seria maior e mais intenso do que o causado por meio de uma manifestação de repercussão restrita (comentários ofensivos feitos por colega no ambiente de trabalho), teria, em tese, uma indenização mais baixa do que o último, pelos simples fato de ter de respeitar os limites legalmente estabelecidos para a fixação dos valores da reparação (BRASÍLIA, 2001b, p. 4).

É possível rebater esse argumento alegando que na segunda hipótese o julgador deveria levar em consideração os valores fixados na lei de imprensa para a partir dos mesmos construir uma decisão para o segundo caso que fosse adequada em vista do sistema jurídico como um todo. Tanto assim que no momento em que se discute a fixação do valor da indenização o relator indica que como a turma tem jurisprudência no sentido de fixar valor em torno de 500 salários mínimos para o caso de dano moral decorrente do sofrimento pela perda de entes queridos, caberia, no caso em tela, fixar o valor da indenização em valor inferior: 30.000,00 (trinta mil reais), ou seja, o equivalente, à época, a duzentos salários mínimos (BRASÍLIA, 2001b, p. 4).

O segundo precedente é o RESP 323856/RS (BRASÍLIA, 2001a) julgado pela Terceira Turma em 02 de agosto de 2001 tendo como relatora a Min. Nancy Andrighi.

Em seu voto a relatora para fundamentar sua decisão no sentido de que a fixação do valor da indenização por danos morais não está sujeita ao tarifamento positivado na Lei de imprensa cita,

além do RESP 169867/RJ (BRASÍLIA, 2001b), os seguintes precedentes: RESP 196424/RS, 295175/RJ, RESP 258799/RJ.

O primeiro deles, o Recurso Especial 196424 julgado pela Terceira Turma em 06 de fevereiro de 2001 tendo como relatora a mesma Min. Nancy Andrighi¹²³, afastou, em vista de voto da maioria dos Ministros participantes do julgamento, a limitação ao valor da indenização por danos morais presentes na lei de imprensa.

Nele a Min. Nancy Andrighi, citando Arruda Miranda, manifestou-se no sentido de que a Constituição Federal sendo norma posterior e hierarquicamente superior à Lei de Imprensa teria feito desaparecer os:

[...] antigos limites postos pelo art. 52 da referida lei, que restringe a responsabilidade da empresa que explora o meio de informação ou divulgação à (sic) importâncias fixadas no art. 51, em razão da força emergente dos incisos V e X, art. 5º, da Constituição Federal.

Devendo, portanto, “a indenização a mais compensadora possível dos danos sofridos”¹²⁴. Acompanharam seu entendimento os Min. Antonio de Pádua Ribeiro¹²⁵, Ari Pargendler¹²⁶, tendo ficado vencido o Min. Carlos Alberto Menezes Direito¹²⁷, mas apenas no que diz respeito à decisão por manter o valor da condenação fixado na instância estadual, manifestando-se concorde com a tese de que os artigos 51 e 52 da Lei de Imprensa não teriam sido recepcionados pela CF/88.

Já o segundo dos precedentes citado pela Min. Nancy Andrighi é o Recurso Especial 295175/RJ julgado pela Quarta Turma em 13 de fevereiro de 2001 tendo como relator o Min. Sálvio

¹²³ Ementa: “Indenização. Danos morais. Lei de Imprensa, arts. 51 e 52. I - A indenização devida por danos morais não está sujeita ao tarifamento previsto na Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). II - O valor da indenização por danos morais está sujeito a controle desta Corte. Fixação, no caso, nos termos de acordo celebrado entre as partes, sem prejuízo do julgamento deste recurso, segundo entendido pela Turma. III - Recurso especial conhecido e provido, por maioria.”

¹²⁴ RESP 196424/RS, p. 5 .

¹²⁵ RESP 196424/RS, p. 7 .

¹²⁶ RESP 196424/RS, p. 8 .

¹²⁷ RESP 196424/RS, p. 9 .

de Figueiredo Teixeira¹²⁸. Nele foi estabelecido, por unanimidade, que a responsabilidade tarifada presente na Lei de Imprensa não foi recepcionada pela CF/88.

Manifestando-se sobre o tema o relator, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, citando Arruda Miranda, afirma que a “Constituição, ao prever a indenização do dano moral por ofensa à honra, pôs fim à responsabilidade tarifada prevista na referida lei especial”¹²⁹ e cita em reforço a essa sua opinião o voto proferido pelo Min. Carlos Alberto Menezes Direito no RESP 52842/RJ¹³⁰, assim como as ementas dos RESPs 153512/RJ e 213811/SP¹³¹.

Por fim, o último dos precedentes citados pela Min. Nancy Andrighi no RESP 323856/RS (BRASÍLIA, 2001a) foi o RESP 258799/RJ julgado pela Quarta Turma em 28 de novembro de 2001 tendo como relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar¹³². No voto emitido nesse julgamento o relator informa estar pacificado em ambas as turmas componentes da Segunda Seção do referido Tribunal o entendimento de que os dispositivos da Lei de Imprensa que estabelecem limite ao valor da indenização pelo dano moral encontram-se revogados pela Constituição Federal de 1988¹³³.

¹²⁸ Ementa: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. IMPRENSA. NOTÍCIA JORNALÍSTICA IMPUTANDO LEVIANA E INVERÍDICA A JUÍZA FEDERAL. FRAUDE DO INSS. PÁLIDA RETRATAÇÃO. RESPONSABILIDADE TARIFADA. INAPLICABILIDADE. NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988. II - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, observando as circunstâncias do caso, aplicáveis a respeito os critérios da Lei 5.250/67. III - Sem embargo da leviandade da notícia jornalística, a atingir a pessoa de uma autoridade digna e respeitada, e não obstante se reconhecer que a condenação, além de reparar o dano, deve também contribuir para desestimular a repetição de atos desse porte, a Turma houve por bem reduzir na espécie o valor arbitrado, inclusive para manter coerência com seus precedentes e em atenção aos parâmetros legais”.

¹²⁹ RESP 295175/RJ, p. 5 .

¹³⁰ RESP 295175/RJ, p. 5 .

¹³¹ Ambos com a mesma ementa: “LEI DE IMPRENSA. Responsabilidade civil. Valor da indenização. Inexistência de limite. A indenização do dano moral decorrente de ofensa praticada através da imprensa não está limitada ao disposto no art. 52 da Lei nº 5.250/67. Precedentes. Recurso conhecido e provido em parte”.

¹³² Ementa: “IMPRENSA. Dano moral. Limite. Legitimidade passiva. Tempestividade de embargos. - A jurisprudência do STJ afasta a limitação da indenização por dano moral prevista na Lei 5.250/67 e admite a responsabilidade passiva da empresa e do jornalista pelos ilícitos cometidos pela imprensa. - O disposto no art. 191 do CPC não é afastado se apenas um dos litisconsortes oferece embargos de declaração, pois todos os demais poderão também recorrer do novo julgamento, e também independe de que não haja colisão de interesses entre os litisconsortes (art. 509, última parte, do CPC). Recurso de Zózimo do Amaral conhecido em parte e nessa parte provido, não conhecidos os demais”.

¹³³ RESP 258799/RJ, p. 9 .

Passemos agora à análise do terceiro precedente da súmula 281. Trata-se do RESP 168945/SP (BRASÍLIA, 1991e) julgado pela Terceira Turma em 06 de setembro de 2001 tendo como relator o Min. Antônio de Pádua Ribeiro.

Em seu voto o relator afirma que “após o advento da Constituição de 1988, a reparação deve alcançar a extensão do dano, obedecido o princípio da razoabilidade” (BRASÍLIA, 1991e, p. 2) e cita em apoio ao seu argumento os RESPs 226956/RJ¹³⁴, 89156/MS¹³⁵, 72415/RJ¹³⁶ e 52842/RJ¹³⁷.

¹³⁴ Julgado pela Quarta Turma em 25 de setembro de 2000 tendo como relator o Min. Aldir Passarinho e assim ementado: Civil e Processual. Ação de indenização. Acórdão. Omissão não configurada. Nulidade afastada. Publicação de matéria considerada injuriosa, difamatória e caluniosa. Dano moral. Fixação do montante. Culpa reconhecida. Lei de Imprensa, arts. 51 e 52. Ressarcimento tarifado. Não recepção pela carta de 1988. CC, art. 159. Redução do quantum. Guiou-se a jurisprudência das Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ, no sentido de que, em face da Constituição de 1988, não mais prevalece a tarifação da indenização devida por dano moral, decorrente de publicação considerada ofensiva à honra e dignidade das pessoas”.

¹³⁵ Julgado pela Quarta Turma em 21 de agosto de 2000 tendo como relator o Min. Barros Monteiro e assim ementado: "Responsabilidade civil. Dano moral. Lei de Imprensa. Decadência. Limitação do quantum indenizatório. - A limitação prevista pela Lei de Imprensa quanto ao montante da indenização não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Admissibilidade da fixação do quantum indenizatório acima dos limites ali estabelecidos".

¹³⁶ Julgado pela Terceira Turma em 31 de agosto de 1998 tendo como relator o Min. Waldemar Zveiter e assim ementado: "Responsabilidade civil - Lei de Imprensa - Dano moral indenizado acima da limitação imposta pelo art. 52 da Lei de Regência - Não recepção da norma pela Constituição em vigor - Depósito do art. 57, § 6º da mesma lei - Descabimento de sua exigência por não recepcionado pela Carta Federal - Interpretação sistemática - Recurso desacolhido. O depósito prévio à apelação, no valor total da condenação imposta a título de indenização por dano moral advindo da atividade jornalística, foi concebido na vigência de um sistema que previa a indenização tarifada. Adotando-se nas instâncias ordinárias indenização que ultrapasse esse valor máximo, há que se ter, por força de interpretação sistemática do dispositivo que impõe o depósito, por inaplicável também tal exigência”.

¹³⁷ Julgado pela Terceira Turma em 27 de outubro de 1997 tendo como relator o Min. Carlos Alberto Menezes Diteito e assim ementado: “Recurso especial. Dano moral. Lei de Imprensa. Limite da indenização. Prova do Dano. Prequestionamento. 1. O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito, recebendo da Constituição de 1988, na perspectiva do relator, um tratamento próprio que afasta a reparação dos estreitos limites da lei especial que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. De fato, não teria sentido pretender que a regra constitucional que protege amplamente os direitos subjetivos privados nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse um tratamento discriminatório. 2. No presente caso, o Acórdão recorrido considerou que o ato foi praticado maliciosamente, de forma insidiosa, por interesses mesquinhos, com o que a limitação do invocado art. 52 da Lei de Imprensa não se aplica, na linha de precedente da Corte. 3. Os paradigmas apresentados para enfrentar o Acórdão recorrido conflitam, sob todas as luzes, com a assentada jurisprudência da Corte, que confina a prova do dano moral puro ao ato praticado, no caso, a publicação da notícia”.

O quarto precedente da súmula 281 é o RESP 213188/SP (BRASÍLIA, 2002) julgado pela Quarta Turma em 21 de maio de 2002 tendo como relator o Min. Barros Monteiro. Ao analisar a questão acerca da persistência da limitação prevista pela Lei de Imprensa ao valor das indenizações dos danos morais o relator afirma que, segundo a orientação assentada naquele tribunal¹³⁸, por força das normas constitucionais não terem recepcionado as normas limitadoras daquele estatuto ordinário seria admissível a determinação do *quantum* indenizatório em valor superior aos limites ali fixados (BRASÍLIA, 2002, p. 3).

Em apoio ao seu argumento o relator cita trecho do RESP 103307/SP¹³⁹, mais especificamente uma passagem do voto no qual pela primeira vez o Min. Carlos Alberto Menezes Direito apresentará a perspectiva que depois se consolidará no RESP 52842/RJ¹⁴⁰ e servirá de referência a inúmeras decisões proferidas sobre o tema no tribunal, senão vejamos:

O meu pensamento é no sentido contrário à existência dessa limitação da lei de imprensa. E é contrário por um fundamento, que, a meu juízo, parece simples:

¹³⁸ Cita em seu voto os RESPs 61922/RS julgado pela Terceira Turma em 10 de novembro de 1997 tendo como relator o Min. Carlos Alberto Menezes Direito e 103307 julgado pela Terceira Turma em 26 de agosto de 1997 tendo como relator o Min. Waldemar Zveiter. Cita também os RESPs 85109/RJ (Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira), 213811/SP (Rel. Min. Ruy Rosado) e 148212/RJ (Rel. Min. Barros Monteiro) (conforme p. 04 do voto).

¹³⁹ Esse recurso especial 103307/SP possui a seguinte ementa: “IMPRESA. INDENIZAÇÃO. LIMITE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I - FUNDAMENTADO O ACORDÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA DEFERIR INDENIZAÇÃO, POR OFENSA PUBLICADA EM JORNAL, ACIMA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NA LEI DE IMPRESA. DESCABE APRECIAR O TEMA EM RECURSO ESPECIAL. II - RECURSO NÃO CONHECIDO”.

¹⁴⁰ Julgado pela Terceira Turma em 27 de outubro de 1997 tendo como relator o Min. Carlos Alberto Menezes Diteito e assim ementado: “Recurso especial. Dano moral. Lei de Imprensa. Limite da indenização. Prova do Dano. Prequestionamento. 1. O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito, recebendo da Constituição de 1988, na perspectiva do relator, um tratamento próprio que afasta a reparação dos estreitos limites da lei especial que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. De fato, não teria sentido pretender que a regra constitucional que protege amplamente os direitos subjetivos privados nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse um tratamento discriminatório. 2. No presente caso, o Acórdão recorrido considerou que o ato foi praticado maliciosamente, de forma insidiosa, por interesses mesquinhos, com o que a limitação do invocado art. 52 da Lei de Imprensa não se aplica, na linha de precedente da Corte. 3. Os paradigmas apresentados para enfrentar o Acórdão recorrido conflitam, sob todas as luzes, com a assentada jurisprudência da Corte, que confina a prova do dano moral puro ao ato praticado, no caso, a publicação da notícia”.

antes da vigência da Constituição de 1988, não havia, no patamar constitucional, o princípio da proporcionalidade no que concerne à resposta a uma determinada ofensa que alcançasse, virulentamente, a honra, a dignidade ou a intimidade da pessoa. Com a Constituição de 1988, que inovou neste particular, não apenas por inserir o princípio da proporcionalidade com relação à ofensa, mas, também, por elevar ao patamar constitucional o dano moral que, antigamente, não existia. Ora, a meu ver, com todo maior respeito aos que examinam a matéria, sem essa perspectiva, admitir a existência da limitação tarifada corresponderia a aceitarmos ou admitirmos a existência de uma interpretação da Constituição, conforme a lei ordinária que lhe é anterior. Mal de resto que **Gomes Canotilho**, já na última edição do seu Direito Constitucional, reprime, de maneira muito clara, ao acentuar que tal interpretação pode gerar mesmo uma interpretação inconstitucional, o que seria um absurdo.

O Min. Barros Monteiro também reproduz passagem do voto do Min. Eduardo Ribeiro, no mesmo acórdão (RESP 103307/SP) na qual é possível visualizar a adoção de opinião - acerca da não-recepção das normas previstas nos arts. 51 e 52 da Lei de Imprensa – que se estrutura com base em entendimento de que a norma constitucional do art. 5º, V e X não admite restrição decorrente de lei infraconstitucional, ou seja, segundo o Min. Eduardo Ribeiro a questão diz respeito ao problema da reserva da lei no texto constitucional:

Prevêem os itens V e X, do artigo 5º da Constituição, indenização por dano material e moral Parece-me indubitoso que, ao assim disporem, não admitiram pudesse a lei estabelecer que o ressarcimento fosse apenas parcial. Indeniza-se o dano: todo ele, há de entender-se. Só cláusula restritiva, no próprio texto, ou a remessa à disciplina da lei ordinária propiciariam ter-se como bastante reparação tão-só de parcela do dano. Ora, a limitação envolve sempre a possibilidade de que haja dano não indenizado. [...] se, em dada hipótese, entende-se que há de alcançar determinado montante, pena de a reparação ser insuficiente, atender-se a tarifamento importará não fazer integral o ressarcimento.¹⁴¹

¹⁴¹ RESP 103307/SP, p. 2 do voto do Min. Eduardo Ribeiro (apud BRASÍLIA, 2002, p. 3-4).

Cabe aqui destacar que o reconhecimento do direito à indenização do dano moral e material pela norma inscrita no art. 5º, V da CF/88 não implica o reconhecimento do direito à reparação integral desses danos. Esse ponto será explorado mais adiante quando da análise da jurisprudência do STF sobre o tema.

O quinto precedente da súmula 281 é o RESP 513057/SP (BRASÍLIA, 1998) julgado pela Quarta Turma em 18 de setembro de 2003 tendo como relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Em seu voto o relator cita passagem de sua autoria do acórdão proferido no RESP 85019/RJ¹⁴² (1998) na qual sustenta, com base em Arruda Miranda, que:

[...] é de reconhecer-se que a vigente Constituição, ao prever indenização por dano moral por ofensa à honra, pôs fim à responsabilidade tarifada prevista na referida lei especial, que previa um sistema estanque, fechado, de reparabilidade dos danos praticados pela imprensa (BRASÍLIA, 1998, p. 5).

Cita também, como vários outros precedentes o fazem, o RESP 52842/RJ¹⁴³, e reproduz - exatamente como o fazem os demais acórdãos que citam esse precedente - o mesmo trecho do voto-condutor de autoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito:

¹⁴² Julgado pela Quarta Turma em 10 de março de 1998 tendo como relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e assim ementado: “CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEI DE IMPRENSA. NOTÍCIA JORNALÍSTICA. ABUSO DO DIREITO DE NARRAR. ASSERTIVA CONSTANTE DO ARESTO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME NESTA INSTÂNCIA. MATÉRIA PROBATÓRIA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. DANO MORAL. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DE DIREITO. RESPONSABILIDADE TARIFADA. DOLO DO JORNAL. INAPLICABILIDADE. NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. I - Tendo constado do aresto que o jornal que publicou a matéria ofensiva à honra da vítima abusou do direito de narrar os fatos, não há como reexaminar a hipótese nesta instância, por envolver análise das provas, vedada nos termos do enunciado n. 7 da Súmula/STJ. II - Dispensa-se a prova de prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmag e à honra da pessoa, por vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo - o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito. III - Agindo o jornal internacionalmente, com o objetivo de deturpar a notícia, não há que se cogitar, pelo próprio sistema da Lei de Imprensa, de responsabilidade tarifada. IV - A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, não se podendo admitir, no tema, a interpretação da lei conforme a Constituição”.

¹⁴³ Julgado pela Terceira Turma em 27 de outubro de 1997 tendo como relator o Min. Carlos Alberto Menezes Diteito e assim ementado: “Recurso especial. Dano moral. Lei de Imprensa. Limite da indenização. Prova do Dano. Prequestionamento. 1. O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito,

De todos os modos, entendo que com a disciplina constitucional de 1988 abre-se o caminho para melhor tratar essas situações que machucam pessoas honradas. A limitação imposta pelo art. 52 da Lei de Imprensa, que restringe a responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação a dez vezes as importâncias fixadas no artigo 51, a meu juízo, não mais está presente. [...] A Constituição de 1988 cuidou dos direitos da personalidade, direitos subjetivos privados, ou, ainda, direitos relativos à integridade moral, nos incisos V e X do artigo 5º, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, declarando, ademais, invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando, também, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Na verdade, com essa disciplina clara, a Constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se postula mais a reparação pela violação dos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório.

[...] Por tais razões, entendo, desde quando ainda tinha assento na 1ª Câmara Cível, período que guardo sempre na melhor das lembranças da minha vida, que a indenização por dano moral, com a Constituição de 1988, é igual para todos,

recebendo da Constituição de 1988, na perspectiva do relator, um tratamento próprio que afasta a reparação dos estreitos limites da lei especial que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. De fato, não teria sentido pretender que a regra constitucional que protege amplamente os direitos subjetivos privados nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse um tratamento discriminatório. 2. No presente caso, o Acórdão recorrido considerou que o ato foi praticado maliciosamente, de forma insidiosa, por interesses mesquinhos, com o que a limitação do invocado art. 52 da Lei de Imprensa não se aplica, na linha de precedente da Corte. 3. Os paradigmas apresentados para enfrentar o Acórdão recorrido conflitam, sob todas as luzes, com a assentada jurisprudência da Corte, que confina a prova do dano moral puro ao ato praticado, no caso, a publicação da notícia”.

inaplicável o privilégio de limitar o valor da indenização para a empresa que explora o meio de informação ou divulgação, mesmo porque a natureza da regra jurídica constitucional é mais ampla, indo além das estipulações da lei de imprensa. [...] Nessa mesma linha, pela revogação da responsabilidade tarifada, o REsp 39.886(DJ 3.11.97), desta Turma, de que fui relator (*Apud* BRASÍLIA, 1998, p. 6-9).

Sublinhe-se aqui que um dos centros da linha de argumentação destacada é o princípio isonômico. Nessa esteira temos que o argumento que serve ao juízo de inconstitucionalidade de uma lei que limita os valores de indenização em vista dos tipos de danos produzidos por sujeitos determinados – exemplo, dano à reputação causado por empresa jornalística – não pode ser aplicada a uma lei que teria o condão de criar tetos indenizatórios incidentes sobre todos os tipos de danos morais que podem ser causados por todos e quaisquer sujeitos.

Por fim, a título de mero reforço o relator do RESP 513057/SP (BRASÍLIA, 1998) cita o RESP 326151 julgado em 18 de novembro de 2002¹⁴⁴.

O último precedente da súmula é o RESP 453703/MT (BRASÍLIA, 2003) julgado pela Quarta Turma em 21 de outubro de 2003 tendo como relator o Min. Aldir Passarinho Jr., o qual, em amparo a sua decisão, limita-se a referir as ementas dos RESPs 72343/RJ¹⁴⁵ e 213188/SP (BRASÍLIA, 2002).

¹⁴⁴ Relatado pelo Min. César Asfor Rocha está assim ementado: “DIREITO CIVIL. LEI DE IMPRENSA, DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR. A Constituição de 1988 afastou, para a fixação do valor da reparação do dano moral, as regras referentes aos limites tarifados previstas na Lei de Imprensa, sobretudo quando as instâncias ordinárias constataram soberana e categoricamente, como no caso, o caráter insidioso da metéria de que decorreu a ofensa. Recurso não conhecido.”

¹⁴⁵ Julgado pela Quarta Turma tendo como relator o Min. Aldir Passarinho Jr. e assim ementado: “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA CONSIDERADA CALUNIOSA. DECADÊNCIA AFASTADA. DANO MORAL. FIXAÇÃO DO MONTANTE. CULPA RECONHECIDA. LEI DE IMPRENSA, ARTS. 51, 52 e 56. RESSARCIMENTO TARIFADO. NÃO RECEPÇÃO PELA CARTA DE 1988. CC, ART. 159. REDUÇÃO DO QUANTUM. I. Guiou-se a jurisprudência das Turmas integrantes da 2a. Seção do STJ, no sentido de que, em face da Constituição de 1988, não mais prevalecem nem o prazo decadencial, nem a tarifação da indenização devida por dano moral, decorrente de publicação considerada ofensiva à honra e a dignidade das pessoas. II. Possível, entretanto, com base na tese argüida no recurso especial, alusiva ao enriquecimento sem causa, apreciar-se, em sede especial, a compatibilidade do valor do ressarcimento com a gravidade da lesão, como no caso dos autos, em que o montante estabelecido nas instâncias ordinárias se revela excessivo, impondo a sua redução para adequação aos parâmetros do Colegiado, notadamente porque, na espécie, a maior parte da notícia retratou fatos verdadeiramente acontecidos, como as imputações feitas ao autor por juiz trabalhista em processo sob sua

Como se pode perceber pela leitura de todos os precedentes da referida súmula, bem como das decisões referidas por esses precedentes, boa parte da discussão que foi depois realizada no Supremo Tribunal Federal e que veio, posteriormente, desaguar no julgamento da ADPF 130 (BRASÍLIA, 2008) já havia sido realizada anteriormente, com nuances distintas obviamente, no interior do Superior Tribunal de Justiça. Aliás, é importante destacar, como se verá a seguir, que inclusive algumas das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça serão utilizadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal como fornecedoras de argumentos estruturantes de suas manifestações. Esse o ponto a ser analisado no próximo tópico.

b) A jurisprudência do STF: análise da linha jurisprudencial consagrada na ADPF 130 (BRASÍLIA, 2008)

Pois bem, nos últimos anos foram proferidas algumas decisões no STF que ao se debruçar, com vistas à resolução de problemas afetos ao tratamento constitucional do dano moral, sobre o que foi denominado, pela mesma Corte, de “sistema geral de indenização por dano moral”¹⁴⁶, acabaram por estabilizar o entendimento acerca da inconstitucionalidade de leis que pretendam limitar *in abstracto* e antecipadamente o valor das indenizações pagas às vítimas de danos morais, senão vejamos:

A primeira decisão encontrada no qual se estrutura o debate sobre a não-recepção da lei de imprensa pela CF/88 não trata especificamente da regra de tarifação presente na referida lei, mas do prazo decadencial ali estabelecido no art. 56. Trata-se do RE 348827-9/RJ julgado pela Segunda Turma em 01 de junho de 2004¹⁴⁷. Nele o relator Min. Carlos Velloso manifesta-se que o que deveria ser tomado em conta no julgamento “é que a Constituição de 1988 emprestou ao dano moral

condução e a abertura de inquérito administrativo pela Comlurb para apuração dos fatos. III. Recurso especial parcialmente conhecido e provido em parte.”

¹⁴⁶ Primeira referência em RE 348827-9/RJ, julgado pela 2ª T. em 01 de junho de 2004, p. 932. Em realidade, como vimos acima, essa expressão “sistema geral de indenização do dano moral” consta no RESP 52842/RJ mencionado no referido Recurso Extraordinário.

¹⁴⁷ Ementa: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. DECADÊNCIA: Lei 5.250, de 9.02.67 - Lei de Imprensa - art. 56: NÃO RECEPÇÃO PELA CF/88, art. 5º, V e X. I. - O art. 56 a Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela Constituição de 1988, art. 5º, incisos V e X. II. - R.E. conhecido e improvido.

tratamento especial – CF, art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla”¹⁴⁸.

Assim, segundo ele, “posta a questão nestes termos, considerando o tratamento especial que a Constituição emprestou à reparação decorrente do dano moral, *não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa* (grifei), como bem decidiu, no Superior Tribunal de Justiça, o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, no RESP 52842”¹⁴⁹

Destaque-se aqui o fato de que o “precedente” indicado como fonte para a opinião exarada no voto não é uma decisão pretérita do tribunal, mas do Superior Tribunal de Justiça: o RESP 52842/RJ. Essa mesma decisão aparece como precedente citado em algumas das decisões que servem de precedente para a Súmula 281 do STJ, como vimos acima.

O relator sustenta então, com base nos argumentos defendidos no RESP 52842/RJ, que se a tarifação da indenização não deve submeter-se aos limites da lei de imprensa, “com muito maior razão não poderia a ação em que se pede a reparação sujeitar-se o exíguo prazo do art. 56 daquela lei”¹⁵⁰, concluindo, citando Darcy Arruda de Miranda nos seus “Comentários à Lei de Imprensa”, que:

A Constituição Federal de 1988 acabou com as limitações de tempo e valor para as ações de reparação de danos materiais e morais, ao dispor, em seu artº, X, que ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (grifei)¹⁵¹

¹⁴⁸ RE 348827/RJ, p. 930.

¹⁴⁹ RE 348827-9/RJ, p. 931.

¹⁵⁰ RE 348827-9/RJ, p. 933.

¹⁵¹ RE 348827-9/RJ, p. 933.

Observe-se que se no início o argumento do relator se estrutura com base numa interpretação dos incisos V e X do art. 5º da CF/88¹⁵², sua conclusão menciona apenas o inciso X. Isso nos permitiria dizer que dada essa fundamentação final o elemento normativo que constituiria a barreira constitucional para a limitação tarifária legal do dano moral seria a palavra “invioláveis” (sic) presente no inciso X somente aplicáveis aos bens intimidade, vida privada, honra e imagem. Com isso seria possível argumentar a possibilidade de constitucionalidade de uma regra legal de tarifação de danos morais decorrentes de lesão a bens não contemplados no referido inciso, tais como, as lesões produzidas por falhas na prestação de serviços ao consumidor que geram graves transtornos a essa categoria (exemplo, atrasos de vôos e perdas de bagagem). Mas como ser verá adiante, esse erro de fundamentação não se repetirá em todos os acórdãos, pois em vários deles ao inciso X se somará, como fundamento final da decisão, o inciso V e no caso específico dos danos aos consumidores ainda se trará à discussão o inciso XXXII do mesmo art. 5º.

Por fim, cabe destacar uma opinião um pouco mais comedida do que a manifestada pelo relator. Para isso é relevante destacar que o Min. Gilmar Mendes em seu voto afirma que “este sistema complexo de tarifa **difícilmente** se deixa compatibilizar com o sistema complexo do texto constitucional”¹⁵³(grifei), o que parece indicar que, pelo menos até aquele momento, o referido Ministro imaginava que seria possível, pelo menos em tese, que um sistema de tarifação pudesse ser compatível com as regras constitucionais. Veremos adiante se nos demais votos manteve essa opinião.

Outro acórdão a abordar a questão da não-recepção da lei de imprensa pela Constituição Federal de 1988 é o RE 420784-2/SP¹⁵⁴ igualmente julgado em 1º de junho de 2004 pela mesma Segunda Turma tendo como relator o mesmo Min. Carlos Velloso. Resultado disso é o fato de que o voto do relator neste recurso extraordinário é exatamente idêntico ao exarado no acórdão acima analisado. O mesmo se diga do RE 396386-4/SP¹⁵⁵ julgado em 29 de junho de 2004 pela mesma

¹⁵² RE 348827-9/RJ, p. 931.

¹⁵³ RE 348827-9/RJ, p. 934.

¹⁵⁴ Ementa: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. DECADÊNCIA: Lei 5.250, de 9.02.67 - Lei de Imprensa - art. 56: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, art. 5º, V e X. I. - O art. 56 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela Constituição de 1988, art. 5º, incisos V e X. II. - R.E. conhecido e provido.

¹⁵⁵ Ementa: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as

turma e tendo como relator o mesmo Ministro e que cita como seus precedentes exatamente os dois acórdãos julgados anteriormente pela Turma¹⁵⁶.

O último, e talvez mais importante exatamente por tratar especificamente do tema da constitucionalidade da tarifação legal, desses precedentes é o RE 447584-7/RJ (BRASÍLIA, 2006) onde a Corte Suprema enfrentou um recurso extraordinário interposto contra acórdão da 5ª Câmara Cível do TJRJ que havia entendido “com a modificação do sistema normativo da denominada Lei de Imprensa, não mais se acha prevista a indenização tarifada, segundo entendimento do Egrégio Tribunal Superior de Justiça.” (BRASÍLIA, 2006, p. 625)

O relator do recurso extraordinário, Min. Cezar Peluso, abre seu voto de ratificação do entendimento exarado pelo tribunal estadual afirmando que em nosso sistema jurídico está consagrado “de modo nítido e muito mais largo, no plano normológico supremo, o princípio da indenizabilidade irrestrita do chamado *dano moral*”. Tal dano, segundo o relator, decorreria da lesão a direito de personalidade que assumia tanto o aspecto de:

[...] gravame não patrimonial *subjetivo*, que diz com sensações dolorosas ou aflitivas, inerentes ao sofrimento advindo da lesão a valores da afetividade”, como o aspecto de “prejuízo não patrimonial *objetivo*, que concerne à depreciação da imagem da pessoa como modo de ser perante os outros (BRASÍLIA, 2006, p. 627-628).

Em ambos aspectos as regras relativas à indenização do dano moral são compreendidas como desdobramentos da “específica tutela constitucional da dignidade humana, do ponto de vista

normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido.

¹⁵⁶ RE 396386-4/SP, p. 306.

de um autêntico *direito à integridade* ou *a incolumidade moral*, pertencente à classe dos direitos absolutos” (BRASÍLIA, 2006, p. 628)¹⁵⁷.

Para enfrentar a questão concreta acerca da aplicabilidade da regra presente no art. 52 da lei 5250/67 o relator pergunta-se se as normas instituidoras do âmbito de proteção a esse direito à integridade moral estão submetidas a “algum limite prévio e abstrato ao valor da reparação pecuniária do mesmo dano” (BRASÍLIA, 2006, p. 628). E a resposta que dá é negativa por entender que:

[...] na fisionomia normativa da proteção do direito à integridade moral, ao qual serve o preceito de reparabilidade pecuniária da ofensa, a vigente Constituição da República não contém de modo expresso, como o exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como se concede para argumentar, nenhuma *disposição restritiva* que, limitando o valor da indenização e o grau conseqüente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela (BRASÍLIA, 2006, p. 628).

Asseverando que, pelo contrário, “a norma garantidora, que nasce da conjugação dos textos constitucionais (art. 5º, V e X) é, antes, nesse aspecto, de cunho irrestrito.” (BRASÍLIA, 2006, p. 628-629)

O relator ainda se pergunta:

[...] se a Constituição, posto não restringindo valor indenizatório, autorizaria, com o mesmo resultado prático, de maneira expressa ou não, o preestabelecimento de limites por mediação de lei subalterna, que, para acomodar sua força restritiva a outros postulados sistemáticos, deveria atender aos requisitos constitucionais da *restringibilidade legítima*, sobretudo aos postulados da proibição de excessos e do resguardo ao conteúdo essencial do direito fundamental tutelado (BRASÍLIA, 2006, p. 629).

¹⁵⁷ Peca por contradição quando mais adiante, na análise do direito relativo à liberdade de imprensa afirma que “na verdade, não há direitos absolutos na ordem jurídica” (BRASÍLIA, 2006, p. 632).

Ou seja, se a Constituição abrigaria, para esse caso, cláusula de reserva de lei restritiva. Vinculada a esta questão o relator também se perguntou se os termos em que estava vazado o art. 52 da lei 5250/67 corresponderiam ao postulado da proporcionalidade o qual impõe à lei restritiva que seja necessária, adequada e proporcional.

O relator responde em primeiro lugar a esta última questão afirmando que tal dispositivo legal não seria necessário, pois a indenização, segundo o Ministro, fixa-se por juízo prudencial, e não seria adequada, pois criaria uma “ficção reparatória”, ao estabelecer limites prévios e abstratos à indenização que deveria, sempre, estar pautada por juízos prudenciais aplicados ao caso concreto (BRASÍLIA, 2006, p. 630)¹⁵⁸.

Quanto à pergunta relativa à existência da cláusula de reserva de lei restritiva responde que a limitação nos termos do dispositivo analisado estabelece uma limitação que sacrifica o núcleo essencial do direito fundamental restringido, pois:

[...] na sua vigência hipotética como instância legal redutora da responsabilidade civil, aniquilaria toda a função *satisfativa* e *dissuasória* que constitui o cerne mesmo justificador da indenização garantida pela norma de escalão supremo, a qual perderia a razão de ser em não se prestando a tutelar o direito subjetivo à incolumidade moral, pelo só fato de que o valor econômico do ressarcimento deixaria, em regra, de exprimir algum significado útil ao titular do mesmo direito” (BRASÍLIA, 2006, p. 630-631)

Concluindo inclusive, de maneira que nos parece exagerada, que a restrição indenizatória realizada por lei subalterna “equivalaria a devorar todo o *conteúdo significativo* do direito à integridade moral, degradando-o ao nível de mera enunciação simbólica, ou arremedo de direito” (BRASÍLIA, 2006, p. 633).

¹⁵⁸Em outra passagem retoma o argumento da inadequação sustentando que “os bens ideais da personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade da vida privada, não suportam critério objetivo, com pretensões de validade universal, de mensuração do dano à pessoa”, ou seja, “a restituição do gravame a tais bens não é reconduzível a uma escala econômica padronizada, análoga à das valorações relativas dos danos patrimoniais” (BRASÍLIA, 2006, p. 633).

Nesse sentido conclui que limitações prévias seriam:

[...]”despojadas de qualquer justificação lógica” e, por essa razão, “desqualificam a importância estimativa da natureza, da gravidade e da repercussão da ofensa, bem como dos outros ingredientes pessoais do arbitramento (que é sempre obra de *juízo de equidade*, capitulados de modo legítimo mas não exauriente pela lei (art. 53 da Lei 5250, de 1967), tornam nula, ou vã, a proteção constitucional do direito à inviolabilidade moral e sacrificam-no em concreto.

Constituindo-se em “imposições *excessivas e arbitrárias*, que mal se afeiçoam à vertente substantiva do princípio do justo processo da lei (*substantive due process of law*)”. Assim somente seria possível lei que criasse restrição quando tal:

[...] fora necessária para promover a tutela de um bem constitucionalmente valioso [...] e apenas na medida da necessidade dessa proteção, de acordo com o postulado da proporcionalidade. (BRASÍLIA, 2006, p. 638).

Passemos a análise relativa à consistência da referida decisão. Pelo exposto acima é possível afirmar que o Min. relator ao perguntar-se se seria constitucionalmente legítima a regra de tarifação do valor da indenização do dano moral assevera que para o deslinde de tal questionamento se faz necessário enfrentar os temas relativos a reserva da lei restritiva e, conseqüentemente, ao âmbito de proteção da norma garantidora do direito fundamental em questão, ou seja, se a regra legal questionada restringe de forma indevida o conteúdo essencial do direito fundamental tutelado¹⁵⁹.

¹⁵⁹ NoRE 447584-7/RJ (BRASÍLIA, 2006, p. 628), é possível ler que “a primeira questão do procedimento metodológico em que se desdobra a investigação analítica do tema central deste recurso, está em saber se tal princípio encontra, já à título de definição de sua esfera de eficácia, dentre as limitações próprias da estrutura da norma que o condensa, alguma restrição apriorística ao valor reparatório do dano moral, em qualquer de suas modalidades, ou seja, se *o âmbito de proteção da norma garantidora* do direito à integridade moral, que constitui o objeto último da tutela, é encurtado por algum limite prévio e abstrato ao valor da reparação pecuniária do mesmo dano”(grifei).

O relator assume, em nossa opinião de maneira equivocada, que em não havendo disposição constitucional autorizando a restrição de direito fundamental esse não poderia ser restringido, assim sendo “a norma garantidora, que nasce da conjugação dos textos constitucionais (art. 5º, V e X) é, antes, nesse aspecto, de cunho irrestrito.” (BRASÍLIA, 2006, p. 628) Isso porque, segundo o referido relator citando Canotilho, “tal como no Direito português e pelas mesmíssimas e irresponsáveis razões, a Constituição brasileira ‘individualizou expressamente os direitos sujeitos a reserva de lei restritiva’” (BRASÍLIA, 2006, p. 629).

Ocorre que há algo bastante importante que o relator se esquece de mencionar: O texto constitucional português, em seu art. 18, 2, estabelece que as restrições a direitos fundamentais somente poderão ocorrer nos casos expressamente previstos na Constituição Portuguesa¹⁶⁰, enquanto que a Constituição Federal Brasileira não apresenta dispositivo semelhante. Diante dessa distinção significativa não parece existir justificativa para equiparar o regime constitucional português ao brasileiro neste ponto e, portanto, para justificar o empréstimo teórico decorrente da adoção da opinião de Canotilho.

No mesmo sentido, quanto aos empréstimos teóricos de autores estrangeiros que constituem suas análises com base em textos normativos de matiz distinta ao texto constitucional nacional, temos a opinião de Vírgilio Afonso da Silva que defende que:

[...] o modelo triádico de reserva legal não é adequado para a compreensão do direito constitucional brasileiro” e que “é possível afirmar que fica patente, especialmente no caso das chamadas ‘disposições constitucionais não submetidas a reserva legal’ (boa parte das disposições de direitos fundamentais), que esse empréstimo inadequado não somente tem como consequência a importação de problemas que a constituição brasileira por si só não necessariamente geraria, mas tem como consequência também a necessidade de recorrer a figuras pouco consistentes – como a idéia de *limites imanes* – para contornar esses problemas.¹⁶¹

¹⁶⁰ Art. 18, 2 da Constituição da República Portuguesa: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”. Nesse ponto em particular o autor agradece a contribuição de Victor Marcel Pinheiro, pesquisador da Direito GV, por ter sugerido esse contraponto.

¹⁶¹ Sobre esse tema, cf. Silva (2009, p. 614).

Para concluir que:

[...] a melhor forma de encarar o silêncio constitucional acerca das restrições a direitos fundamentais não é pressupor que existam direitos absolutos, apenas por não estarem sujeitos a uma reserva legal, ou que existam direitos protegidos de forma especial, apenas porque os dispositivos que os garantem fazem menção expressa a um alei e a seus objetivos, mas pressupor que esses direitos, como todos os outros, estão sujeitos às restrições que forem necessárias para a sua harmonização com outros direitos constitucionais. (SILVA, 2009, p. 616-617)

Nessa esteira também Gilberto Bercovici para quem:

[...] o programa constitucional não tolhe a liberdade de conformação do legislador ou a discricionariedade do governo, nem impede a renovação da direção política e a confrontação partidária. Essa atividade de definição de linhas de direção política tornou-se o cumprimento dos fins que uma República democrática constitucional fixou em si mesma. Cabe ao governo selecionar e especificar a sua situação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para a sua realização. (BERCOVICI, 1999, p. 40)

Assim resta, a nosso juízo, clara a possibilidade de atuação de lei ordinária como fonte de limitação dos direitos consagrados nos incisos V e X do art. 5º da CF/88. Resta, obviamente, analisar os termos em que essa restrição é admissível.

O relator tendo admitido, a título de argumentação, a possibilidade de limitação da norma constitucional em questão por lei ordinária passa a se perguntar se essa restrição, *in casu*, seria legítima, isto é, se teria respeitado os postulados de “proibição de excessos” e de “resguardo ao conteúdo essencial do direito fundamental tutelado” (BRASÍLIA, 2006, p. 629). Pois bem, na análise relativa à restrição imposta ao conteúdo de um direito fundamental cabe sempre questionar:

a) Qual é, efetivamente, o direito fundamental que está sendo restringido por uma lei que fixe *a*

priori o valor da indenização a ser paga a título de sanção pela produção de dano moral? b) Qual o conteúdo essencial desse direito? e c) Que restrições podem ser a ele, legitimamente, impostas?¹⁶²

Neste ponto cabe destacar que o Ministro Relator entende que o direito restrito por regras legais relativas à tarifação da indenização do dano moral não é - como se poderia compreender pela leitura da regra do art. 5º, V, CF/88 – um “direito fundamental à indenização” (seja pelos danos materiais, seja pelos danos morais), mas o “direito fundamental à integridade moral”, ao qual serve o preceito de reparabilidade pecuniária da ofensa inscrito na referida regra constitucional (BRASÍLIA, 2006, p. 628-632). Ou seja, adotada essa linha de compreensão acerca das regras constitucionais o que está em questão não é o “conteúdo essencial do direito à indenização do dano”, mais especificamente, do dano moral, mas o “conteúdo essencial do direito à integridade moral”.

Quer nos parecer que aqui o Min. Relator estrutura sua premissa numa operação que envolve a inadequada transformação de um valor constitucionalmente tutelado - a “dignidade humana”¹⁶³ em um “direito fundamental” – o “direito à integridade ou à incolumidade moral”. Note-se que com essa operação o Min. Relator, simultaneamente:

- a) reduz o valor constitucional da dignidade humana à sua faceta relativa à proteção da integridade moral, deixando de considerar outras facetas de viés protetivo – proteção à integridade física, por exemplo – e mesmo promocionais – como, por exemplo, o fomento e amparo ao livre desenvolvimento da personalidade,
- b) inverte a lógica de organização normativa, pois o que chama de “direito fundamental à integridade moral” que aponta estar vinculado de forma imanente ao que nominou de “princípio da indenizabilidade irrestrita do dano moral” é, em verdade,

¹⁶² De maneira semelhante Vírgilio Afonso da Silva aponta que a análise com vistas ao estabelecimento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais envolve a reflexão sobre o seguinte conjunto de problemas inter-relacionados: a) a definição daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais, b) a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições e c) a fundamentação tanto do que é protegido como de suas restrições (SILVA, 2010, p. 28).

¹⁶³ O art. 1º da Constituição Federal enuncia em seus incisos os fundamentos da República Federativa do Brasil, ou seja, declara os valores fundantes de nossa comunidade política nacional. Aliás, relativamente ao recurso à noção dignidade da pessoa humana sublinhe-se que Canotilho em seus textos mais recentes solicita atenção ao uso e abuso da referência a essa idéia tanto por ser problemática sua estrutura como direito autônomo como pelo risco de perda de substância de todos os direitos que passam a ela ser referidos, sejam direitos de liberdade, sejam direitos sociais (CANOTILHO, 2008, p. 267).

o princípio da proteção à integridade moral (irradiação do valor fundante da dignidade humana) que se realiza, entre outras formas¹⁶⁴, por meio do reconhecimento do direito fundamental à indenização do dano moral; e

c) amplia injustificadamente o referido direito fundamental à integridade moral ao afirmar ser o mesmo irrestrito¹⁶⁵.

Conforme esclarecemos acima quer nos parecer que o direito fundamental em questão - quando do debate acerca das leis que fixam limites prévios e abstratos aos valores das indenizações à título de dano moral - não é o direito à integridade moral, mas é, diretamente, o “direito fundamental à indenização pelo dano moral”.

Aqui há que se sublinhar esse direito fundamental a ser indenizado é, como todo o direito à indenização seja por dano moral ou patrimonial, um direito secundário, isto é, decorre da violação de um direito anterior – conforme deixa clara a dicção do art. 186 do CC/02. A obrigação de indenizar como obrigação secundária compõe o âmbito de proteção dos direitos primários, ou seja, o direito a um de crédito indenizatório diz respeito à eficácia protetiva dada a um dado direito primário (seja ele vida, honra, propriedade, etc.). Importa, portanto, destacar essa peculiaridade para que se possa perceber que uma coisa é discutir o conteúdo essencial de um direito primário – direito à intimidade, por exemplo – outra coisa é discutir o conteúdo essencial do direito que surge em razão da conjunção entre a violação do referido direito fundamental à intimidade e o dano que tal violação produz – o direito à indenização.

Em realidade, as regras sobre indenização (obrigação de pagar) são, assim como as regras relativas à tutela inibitória preventiva (obrigação de não fazer), regras que dizem respeito ao âmbito de proteção de qualquer direito fundamental, pois se, por exemplo, em certas hipóteses se permite que alguém proíba a veiculação de um programa televisivo atentatório a sua intimidade e, simultaneamente, a ela se confere indenização pela simples invasão de sua privacidade (por meio da

¹⁶⁴ Outra forma de realização do princípio da proteção à integridade moral está no reconhecimento da inviolabilidade da intimidade (art. 5º, I, CF/88).

¹⁶⁵ A Constituição Federal de 1988 reconhece como fundamentais os três direitos estruturantes do direito privado: o direito de ser proprietário (art. 5º, XXII), o direito de estabelecer relações contratuais (art. 5º, II) e o direito de ser indenizado por danos (art. 5º, V). Se os dois primeiros direitos podem sofrer e sofrem limitações legais (por exemplo, o direito de propriedade sofre limitações quando sua fruição pode produzir efeitos nocivos ao meio ambiente, já o direito de estabelecer relações contratuais pode ser limitado quando seu exercício pode produzir efeitos nocivos à concorrência) qual a razão para ao último não se reconhecer essa possibilidade?

pesquisa que foi realizada para a produção do referido programa) é forçoso concluir que o âmbito de proteção dado ao direito fundamental à intimidade nesse caso é maior do que no caso em que se concede ao titular desse direito única e exclusivamente uma indenização pelos danos morais decorrentes da veiculação já realizada do referido programa.

Se, se toma o problema da lei ordinária relativa ao tarifamento do valor do dano moral como um problema relativo à restrição ao conteúdo essencial do direito fundamental a ser indenizado pelo dano moral temos que admitir que tal legislação ao limitar o valor a ser pago pelo réu não faz com que o núcleo essencial desse direito reste completamente afetado¹⁶⁶, afinal a vítima segue tendo direito a reparação do dano moral, ainda que limitada; além disso, essa lei não faz com que o conteúdo dos direitos fundamentais protegidos pela possibilidade de condenação do autor da lesão ao pagamento de uma indenização seja completamente afetado, pois ainda que essa lei implique uma redução da proteção pela via indenizatória, em nada atinge a proteção pela via inibitória/preventiva (condenação a uma obrigação de não-fazer, por exemplo, abster-se de publicar dada notícia).

Outra crítica possível à linha de argumento adotada pelo Min. Relator está na conexão que o mesmo faz entre o disposto no art. 5º, V e X da CF/88 e a consagração do que chamou de “direito à integridade ou à incolumidade moral” e “princípio da indenizabilidade irrestrita do dano moral”. Ora, basta ler o inciso V do referido artigo para perceber que ali está contemplado não só o direito à indenização do dano moral, mas também o direito à indenização do dano material (entenda-se patrimonial). Em sendo assim, adotado o raciocínio do Min. Relator, essa regra criaria o “direito à integridade patrimonial” e o “princípio da indenizabilidade irrestrita do dano patrimonial”. Nesses termos as normas legais que limitam *a priori* as verbas relativas à indenização do dano patrimonial seriam igualmente inconstitucionais¹⁶⁷.

¹⁶⁶ No julgamento do HC 84862 de 2005 no qual se julgava a restrição provocada pelo art. 2º, § 1º da lei 8072/90 (Lei dos crimes hediondos), que exige que os condenados por crimes hediondos cumpram a pena toda a pena em regime fechado, sobre o direito fundamental à individualização da pena – que, inclusive, pode ser visto como outra irradiação da proteção constitucional ao valor da dignidade humana – presente no art. 5º, XLVI o Min. Gilmar Mendes afirmou que “o núcleo essencial desse direito em relação aos crimes hediondos, resta completamente afetado”, ou seja, a regra legal ao impedir a progressão de regime eliminava completamente o elemento individualizador presente na esfera de execução penal.

¹⁶⁷ A título de exemplo veja-se uma regra tradicional do direito civil brasileiro. Dispõe o Art. 443, CC02: “Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato”. Segundo essa regra se o ato for culposo e gere dano qualificado como “lucros cessantes”, esses últimos não são indenizáveis. Há aqui uma limitação *a priori*. De acordo com essa lei teríamos aqui uma indenização excluída, por mandamento

Outro ponto a destacar é que embora o relator realize para a determinação da constitucionalidade da restrição legal objeto de debate no referido acórdão o teste de sopesamento sugerido pelas opiniões doutrinárias que assumem o paradigma teórico-hermenêutico da distinção normativa entre princípios e regras, ou seja, submeta, no caso concreto, o art. 52 da lei 5250/67 ao crivo da análise de sua necessidade, adequação e proporcionalidade, quer nos parecer que esse teste já sofre de inconsistência quando se pretende contrastar a limitação presente no referido artigo da lei ordinária com uma regra constitucional que teria criado um “princípio da indenizabilidade irrestrita do dano moral” (grifei) (BRASÍLIA, 2006, p. 627) traduzido em um “direito à integridade ou à incolumidade, pertencente à classe dos *direitos absolutos*” (grifei) (BRASÍLIA, 2006, p. 628).

Tudo indica que há uma contradição entre a premissa assumida na qualificação do direito fundamental em questão como “absoluto” e do princípio em questão como instituidor de “exigência irrestringível” e o método de análise que pretende contrastar a regra que reconhece esse direito e esse princípio com a regra que pretende limitá-los. Ora, dado que se assume que aquele direito e aquele princípio têm conteúdos definidos *a priori* e que são absolutos e irrestringíveis exclui-se, por consequência, também *a priori*, qualquer possibilidade de sopesamento¹⁶⁸. Ora, como adotar o teste proposto pela teoria dos princípios que assume que os direitos garantidos por princípios o são apenas *prima facie*, ou seja, são relativos para analisar a restrição imposta a direitos assumidos como absolutos. Como restringir adequadamente o princípio da “indenizabilidade irrestrita”.

Ainda quanto ao sopesamento realizado pelo Ministro relator temos que, para ele, a limitação prévia da indenização por valor fixo (tarifa) da regra em análise (art. 52 da lei 5250/67) é: (a) desproporcional porque, em sua opinião, o grau dessa restrição à inviolabilidade pessoal sobrepuja o fim normativo de tutela da liberdade de imprensa, (b) desnecessário porque, em sua

legal, da análise judicial, pois não poderia um juiz conceder e arbitrar valores indenizatórios a título de lucros cessantes senão com decisão *contra legem*.

¹⁶⁸ Segundo Robert Alexy: “[...] é fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam de ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.” (ALEXY, 2008, p. 111).

opinião, a indenização fixa-se por juízo prudencial e (c) inadequado porque, em sua opinião, limites prévios e abstratos não estabelecem justa medida mas, pelo contrário, uma ficção reparatória (BRASÍLIA, 2006, p. 630).

Preliminarmente, antes da análise da argumentação realizada pelo Ministro relator, é importante destacar que a forma como esse estruturou o sopesamento, mais especificamente como compreendeu as três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) que compõe a “máxima de proporcionalidade”, afasta-se da maneira como vem sendo utilizada pela jurisprudência do STF¹⁶⁹; além disso, sublinhe-se que como todo sopesamento parte do pressuposto de que não há princípios absolutos o seu resultado dependerá sempre dos elementos – direitos fundamentais – envolvidos na situação concreta, ou seja, o resultado da análise aplicada em vista de uma medida legislativa – por exemplo, a análise do conflito entre o art. 5º, V, da CF/88 e o art. 52 da Lei de Imprensa – não pode ser estendido a uma outra situação concreta.

Pois bem, feitas essas ressalvas, passemos a análise dos três passos tomados pelo relator:

No que poderíamos chamar de “exame da necessidade” o relator resumiu-se a dizer que o tabelamento era desnecessário diante da existência de outra forma de fixar-se o valor das indenizações, qual seja a prudência judicial. Ocorre que, se o que se pretende é limitar a margem de arbítrio possível dentro do processo de arbitramento judicial dessas indenizações por entendê-lo nocivo à segurança jurídica a que têm direito os particulares o recurso à fixação de valores *a priori* pode se revelar necessária.

No que poderíamos chamar de “exame de adequação” vemos que o relator limitou-se a sustentar que a limitação prévia é uma sanção fictícia, pois não garantiria nem a punição do réu, nem a compensação da vítima, essa consideração vai na mesma esteira de outra na qual disse que “na sua vigência hipotética como instância legal redutora da responsabilidade civil” uma regra legal

¹⁶⁹ No acórdão proferido no RE 511961/SP julgado em 2009 é possível ler: “A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de restrições a determinados direitos, deve-se indagar sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. [...] O subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar de rigoroso ponderação e do equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito).” (p. 743-4). Em sentido semelhante, RE 349.703, p. 741, RE-AgR 376.749, p. 553, IF 164, p. 29-30, ADC-MC 9, p. 92-93 e HC 82.424, p. 898-901. O autor agradece a contribuição de Victor Marcel Pinheiro, pesquisador da DIREITO GV, pelas indicações relativas à jurisprudência do STF.

que fixasse valores *a priori* para as indenizações de dano moral “aniquilaria toda a função *satisfativa* e *dissuasória* que constitui o cerne mesmo justificador da indenização garantida pela norma de escalão supremo” (BRASÍLIA, 2006, p. 630-631). Entretanto, tais assertivas são inconsistentes pelos seguintes motivos: (a) preliminarmente, não se pode associar fixação *a priori* dos valores indenizatórios com “redução”, pois é possível que o valor tabelado seja superior ao valor usualmente pago, (b) não se pode associar a função *satisfativa* da sanção indenizatória apenas com o valor inscrito na condenação, pois isso desconsidera que a condenação em si é capaz de produzir satisfação da vítima, ou seja, parte de satisfação da vítima pode decorrer simplesmente da condenação do réu, independentemente do valor ao qual esse é condenado a pagar (a satisfação decorre da responsabilização do réu, mais do que do recebimento do valor da reparação), no mesmo sentido (c) a mera condenação do réu a pagar determinada indenização pode ter efeito *dissuasório*, independentemente do valor da condenação em si¹⁷⁰ e (d), ainda quanto à função *dissuasória*, outro ponto que a linha de argumentação adotada pelo relator desconsidera é que há a possibilidade de aplicação de sanção subsidiária para os casos em que o réu decide incorrer no comportamento lesivo por identificar que a vantagem obtida para si com a ação/omissão produtora do dano à vítima é maior do que o valor da sanção indenizatória fixada em lei: a condenação à restituir a vantagem indevidamente obtida em razão do enriquecimento sem causa¹⁷¹.

Também não se poderia sustentar, como o fez o relator, que a opção por fixar valores *a priori* levaria, necessariamente, a uma redução da importância estimativa da natureza, da gravidade e da repercussão da ofensa, pois se pode imaginar que a lei ordinária poderia estabelecer fatores de ampliação ou redução do valor fixado como base em vista da ocorrência de determinados fatos, tais como comprovação de dolo, reincidência, etc., de maneiras suficientes tanto para compensar adequadamente as vítimas e/ou punir os infratores e/ou desincentivar condutas semelhantes¹⁷².

No limite, quanto a este ponto se poderia sustentar que a tarifação é adequada para garantir maior igualdade de tratamento tanto aos condenados a pagar (alguns tribunais podem fixar valores excessivos comparado com outros, tais valores podem variar no tempo, isto é, a jurisprudência pode

¹⁷⁰ Sobre o efeito *dissuasório* e valor da indenização ver texto de Bruno Meyerhof Salama e Flavia Portella Püschel neste relatório.

¹⁷¹ Essa espécie de sanção além de estar prevista legislativamente no art. 886, CC/02 é bastante utilizada pela jurisprudência tanto do STF quanto do STJ no tratamento das questões envolvendo uso indevido de imagem, ou seja, não se trata de uma mera possibilidade teórica, mas opção com amparo legal e reconhecimento jurisprudencial.

¹⁷² Sobre as funções da responsabilidade civil e da dificuldade e/ou impossibilidade de atender a todas simultaneamente na mesma medida ver: Tunc (1989, p. 156) e Püschel (2005, p. 93).

iniciar fixando valores pequenos e depois, compreendendo a situação de maneira mais completa, aumentá-los ou diminuí-los).

Por fim, quanto ao “exame de proporcionalidade em sentido estrito” temos que a restrição ao valor da indenização por danos morais não sobrepuja o fim normativo de tutela à inviolabilidade pessoal, ou melhor, de tutela à integridade moral, pois, como vimos, a forma de tutela da inviolabilidade é, essencialmente, a tutela inibitória que visa impedir ou fazer cessar as intervenções injustificadas sobre essa esfera jurídica do sujeito.

Pelo exposto acima se percebe a insuficiência de vários dos argumentos feitos no desenvolvimento dessa linha jurisprudencial. Ao que tudo indica essa é uma linha ainda em fase de consolidação, daí porque não se pode afirmar que todos os argumentos utilizados pelos tribunais superiores ao longo do período analisado para fundamentar a não-admissibilidade, pelas normas constitucionais, de regras infraconstitucionais relativas à limitação de indenizações já tenham se cristalizado. Tanto assim que o debate em torno da questão da recepção pela norma constitucional dos dispositivos da Lei de Imprensa relativos à limitação da indenização por dano moral quando retomado no âmbito de uma discussão bem maior, qual seja a relativa à recepção pela Carta de 1988 de toda a Lei de Imprensa, realizada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF (BRASÍLIA, 2008), acabou por apresentar matizes que não possuía anteriormente, senão vejamos:

Em seu voto o Min. Carlos Britto indica que entre as limitações à liberdade de expressão e comunicação indicadas no art. 220 da CF/88 estão os incisos V e X do art. 5º do mesmo texto constitucional (BRASÍLIA, 2008, p. 44); segundo o relator o dispositivo do art. 220, § 1º tem de ser interpretado como instituidor de “proibição de se reduzir a coisa nenhuma dispositivos igualmente constitucionais, como os mencionados incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º” (BRASÍLIA, 2008, p. 46). Para o Min. Carlos Britto a não-recepção da lei de imprensa como um todo se dá, basicamente, por um juízo acerca do que dispõe o art. 220 da CF/88 que não autoriza uma regulamentação dessa atividade no que ela tem de essencial (BRASÍLIA, 2008, p. 62-69).

Essa orientação relativa a não-recepção *in totum* da Lei de Imprensa pela Carta Constitucional defendida pelo Min. Carlos Britto não será acompanhada pelo Min. Gilmar Mendes, conforme se pode perceber já em sua “explicação” (BRASÍLIA, 2008, p. 82).

Já o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ainda que admitindo a possibilidade de chegar-se a concluir pela não-recepção integral da referida lei, ressalva a necessidade de proteção dos

direitos de personalidade elencados nos incisos V e X do art. 5º da CF/88 (BRASÍLIA, 2008, p. 87-93).

Em seu voto o Min. Ricardo Lewandowsky afirma não lhe impressionar o argumento de que a não-recepção *in totum* da Lei de Imprensa deixará sem baliza à indenização dos danos morais produzidos nesse âmbito (BRASÍLIA, 2008, p. 102), pois, segundo ele, tais balizas legais não podem subsistir diante da menção, no inciso v do art. 5º, à proporcionalidade:

Ademais, o princípio da proporcionalidade, tal como explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. (BRASÍLIA, 2008, p. 103)¹⁷³

Ocorre que adotada essa perspectiva chegaríamos à conclusão absurda de que ao legislador não é dada possibilidade de fazer juízos de proporcionalidade, pois estará sempre regulando segundo modelos abstratos de conduta. O que não parece ser lógica e normativamente consistente.

Como forma de justificar a não extensibilidade desse argumento a regulação legal de danos patrimoniais o Min. Ricardo Lewandowsky associa a fixação de indenização para esse casos a uma “aferição objetiva” -“a indenização por dano material, como todos sabem, é aferida objetivamente, ou seja, o juiz, ao fixa-la, leva em conta o efetivo prejuízo sofrido pela vítima [...]”(BRASÍLIA, 2008, p. 104) – esquecendo-se de todo o debate acerca dos lucros cessantes, tipo de dano patrimonial que por imposição normativa tradicional¹⁷⁴ em nosso ordenamento jurídico não está relacionado com o padrão da efetividade, mas sim com o padrão da razoabilidade.

¹⁷³ No que diz respeito ao princípio da proporcionalidade e o disposto no art. 5º, inciso V também Ministro Carlos Ayres Britto afirma que a proporcionalidade prevista para a resposta ao agravo “há de se comunicar à reparação do dano” (BRASÍLIA, 2008, p. 48).

¹⁷⁴ CC/2002, art. 402.

Por fim o Min. Ricardo Lewandowsky refere que, já de longa data, a Corte Suprema tem jurisprudência assentada relativamente a não-recepção dos arts. 52 e 56 da lei de imprensa pela CF/88, confirmando, nesse aspecto, a súmula 281 do STJ (BRASÍLIA, 2008, p. 104)¹⁷⁵.

Em sua manifestação o Min. Cezar Peluso refere a questão da não-recepção pelo texto constitucional das regras limitadoras da indenização do dano moral presentes na Lei de Imprensa (BRASÍLIA, 2008, p. 165) e cita em amparo sua manifestação no AI 595395/SP¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Cita como exemplo: REs 396386-4/SP, 447484/SP e 240450/RJ e o AI 496406/SP.

¹⁷⁶ Ementa: "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO. SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO DE INFORMAR E OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM. A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO, PELO MÉTODO DA PONDERAÇÃO CONCRETA DE VALORES. MAGISTÉRIO DA DOCTRINA. O EXERCÍCIO ABUSIVO DA LIBERDADE DE INFORMAR, DE QUE RESULTE INJUSTO GRAVAME AO PATRIMÔNIO MORAL/MATERIAL E À DIGNIDADE DA PESSOA LESADA, ASSEGURA, AO OFENDIDO, O DIREITO À REPARAÇÃO CIVIL, POR EFEITO DO QUE DETERMINA A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (CF, ART. 5º, INCISOS V E X). INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE INDEVIDA RESTRIÇÃO JUDICIAL À LIBERDADE DE IMPRENSA. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 52 E DO ART. 56, AMBOS DA LEI DE IMPRENSA, POR INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. DANO MORAL. AMPLA REPARABILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXAME SOBERANO DOS FATOS E PROVAS EFETUADO PELO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE REVISÃO EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

- O reconhecimento "a posteriori" da responsabilidade civil, em regular processo judicial de que resulte a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e à imagem da pessoa injustamente ofendida, não transgredir os §§ 1º e 2º do art. 220 da Constituição da República, pois é o próprio estatuto constitucional que estabelece, em cláusula expressa (CF, art. 5º, V e X), a reparabilidade patrimonial de tais gravames, quando caracterizado o exercício abusivo, pelo órgão de comunicação social, da liberdade de informação. Doutrina. - A Constituição da República, embora garanta o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe, no entanto, como requisito legitimador de sua prática, a necessária observância de parâmetros - dentre os quais avultam, por seu relevo, os direitos da personalidade - expressamente referidos no próprio texto constitucional (CF, art. 220, § 1º), cabendo, ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de informar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto. Doutrina. - Não subsistem, por incompatibilidade material com a Constituição da República promulgada em 1988 (CF, art. 5º, incisos V e X), as normas inscritas no art. 52 (que define o regime de indenização tarifada) e no art. 56 (que estabelece o prazo decadencial de 3 meses para ajuizamento da ação de indenização por dano moral), ambos da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Hipótese de não-recepção. Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

O problema está no fato de que o referido Ministro não visualiza o paradoxo que suas opiniões produzem, pois se à questão da limitação do dano moral for aplicado o argumento feito pelo Min. Peluso na ADPF¹⁷⁷ no sentido de que:

[...] a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere a ninguém, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transigir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõe aos particulares no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais (BRASÍLIA, 2008, p. 171-172).

Teríamos que toda e qualquer cláusula de limitação e restrição de responsabilidade seria incompatível com as normas constitucionais. O que, mais uma vez, não parece fazer nenhum sentido lógico e normativo.

Em sentido diverso ao do Min. Cezar Peluso, visualizando um campo legítimo de regulação infraconstitucional a esses direitos previstos nos incisos V e X do art. 5º parece se mover a opinião do Min. Gilmar Mendes, pois é possível ler em seu voto que, quanto à possibilidade do legislador ordinário regular o direito à indenização dos danos morais decorrentes de agressões à honra, imagem e à privacidade, a reserva legal estabelecida pelo art. 220 da CF/88 “não só legitima, como também reclama eventual intervenção legislativa com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade” (BRASÍLIA, 2008, p. 227).

Tal posição será, posteriormente, complementada pelas idéias expostas na seguinte passagem na qual se manifesta sobre a jurisprudência do STJ e do STF sobre a questão dos limites legais à fixação do valor da indenização onde parece indicar justificativa constitucionalmente legitimadora daquela tarifação decorrente do sopesamento entre o interesse na proteção do interesse das vítimas à reparação o mais completa possível e o interesse na proteção das empresas frente ao risco de opressão financeira decorrente de condenações excessivas:

¹⁷⁷ E em outras oportunidades pelo STF: RTJ 164/757, AI 346501, RE 161243.

O que fez o STJ e, depois, o Supremo Tribunal Federal nas duas Turmas? Que aquelas normas [...] não foram recebidas e que o juiz poderia fixar critérios outros, além daqueles limites da tarifa. *E vamos ser honestos, no caso específico da tarifa, não podemos dizer, necessariamente, que aquelas tarifas poderiam ser inconstitucionais, mas não qualquer tarifa, porque nós sabemos, [...], que os riscos também da mídia são enormes neste caso.* Nós podemos ter sanções pecuniárias que podem representar, aí sim, uma ameaça à liberdade de imprensa. Elas podem vir a sucumbir pela opressão financeira a partir de uma sistemática condenação.[...]. Então, aquela regra que foi considerada *in totum* inconstitucional *não tinha, necessariamente, um sentido de afrontar a liberdade da imprensa em toda a sua dimensão, porque ela tinha o sentido de proteger esse afazer da mídia, tendo em vista os riscos envolvidos na atividade profissional, que é seu afazer restrito.* (BRASÍLIA, 2008, p. 283-284)

Em seu voto a Min. Carmem Lúcia sustenta que no que respeita aos arts. 51 e 52 da Lei de Imprensa já havia jurisprudência assentada em ambos tribunais¹⁷⁸ no sentido de que ambos dispositivos não teriam sido recebidos pela Carta Constitucional (BRASÍLIA, 2008, p. 304).

Assim, por todo o exposto, se pode concluir que ainda que o entendimento acerca da inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Imprensa que pretendiam limitar *in abstracto* e antecipadamente o valor das indenizações pagas às vítimas de danos morais já estivesse estabilizado antes mesmo do julgamento da ADPF 130/DF (BRASÍLIA, 2008) é também possível visualizar que os argumentos que fundamentaram essa linha jurisprudencial possuem inúmeros problemas de consistência alguns deles, inclusive, já tendo sido explorados por manifestações divergentes em alguns dos acórdãos que compõem a referida orientação.

3.2 O tratamento jurisprudencial dos limites indenizatórios presentes na regulação legal do transporte aéreo

¹⁷⁸ Dando como exemplo o RE 447584 e o RESP 213188.

Além da jurisprudência relativa à Lei de Imprensa, a análise relativa à atuação de algumas regras do Código de Defesa do Consumidor é importante, pois a amplitude que vem sendo dada ao espectro de aplicação das regras desse diploma, bem como a interpretação extensiva de seus dispositivos transforma a jurisprudência assentada em torno desse diploma legal em um dos maiores, senão o maior problema que pode vir a enfrentar um projeto de lei que pretenda estabelecer limites à indenização dos danos morais.

a) A jurisprudência do STJ: a preponderância da lei geral de proteção ao consumidor (lei 8078/90) sobre as leis especiais relativas ao transporte aéreo.

No final dos anos 90 e começo dos anos 2000 começa a se delinear no STJ uma orientação que, ainda que não seja majoritária à época, posteriormente informará o reconhecimento pelo STF do direito do consumidor como norma fundamental balizadora de todas as regras infraconstitucionais que regulam relações envolvendo a prestação de serviços e a circulação de produtos, segundo a qual as regras do CDC tem precedência sobre qualquer regra especial relativamente à tutela dos consumidores em qualquer setor da economia. Essa orientação surge e se cristaliza em um conjunto de decisões do referido tribunal exaradas no confronto com problemas surgidos no interior do setor aéreo.

O primeiro desses arestos é o RESP 235678/SP (BRASÍLIA, 1999) julgado pela Quarta Turma em 02 de dezembro de 1999 tendo como relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar. Nesse recurso se discutia acerca da aplicação ou não, diante da promulgação da lei 8078/90, as limitações relativas à indenização presentes nas leis que regulavam o transporte aéreo.

O relator, em seu voto, manifestou-se no seguinte sentido:

Mudaram as condições técnicas de segurança de vôo e também se modificaram as normas que protegem os usuários dos serviços prestados pelo transportador. O Código de Defesa do Consumidor tem regra expressa, considerando abusiva a cláusula que restringe direitos inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o equilíbrio contratual (art. 51, § 1º, II, do CDC), como acontece no caso de exoneração ou diminuição excessiva da responsabilidade, ocasionados pelo

mau serviço. No conflito entre o disposto no novo diploma e no tratado, ‘a doutrina e a jurisprudência atual têm negado a existência de superioridade hierárquica entre o tratado recebido no ordenamento jurídico e a legislação interna, principalmente em matéria tributária e comercial (Claudia Lima Marques, ‘Responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço no CDC’, ‘Direito do Consumidor’ 3/155-166). [...] Tenho para mim que não prevalecem, diante do CDC, as disposições que limitam a responsabilidade do transportador aéreo quando ofendem o princípio legal da responsabilidade do transportador pelos danos ocasionados durante o transporte. (BRASÍLIA, 1999, p. 3)

Complementa sua argumentação fazendo referência ao princípio da igualdade ao sustentar que admitir-se a incidência da regra legal relativa ao transporte aéreo como justificativa para exonerar ou limitar sua responsabilidade na hipótese significaria conceder benefício indevido as empresas desse setor uma vez que não seria compartilhado por empresas de transporte que exercem suas atividades em outros (empresas ferroviárias, por exemplo) (BRASÍLIA, 1999, p. 5).

Essa orientação o referido Ministro vai manter quando do julgamento do RESP 171506/SP (BRASÍLIA, 2000a). Ali, novamente como relator, manteve integralmente sua opinião expressa no arresto anterior com um adendo, a referência ao CDC como lei de ordem pública:

O Código de Defesa do Consumidor, diploma que se auto-define como sendo de ordem pública, veio para regular a relação de consumo e estabelecer os princípios sob os quais devem ser interpretadas as leis e as cláusulas contratuais, como meio de preservar o direito constitucionalmente assegurado de defesa do consumidor (BRASÍLIA, 2000a, p. 6).

No mesmo acórdão é possível encontrar também manifestação do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira que, mudando sua opinião anterior¹⁷⁹, passou a entender que:

¹⁷⁹ De cujo exemplo temos no RESP 135535/PB julgado em 16 de junho de 1998.

A evolução do direito do consumidor, com assento inclusive constitucional (art. 5º, XXXII), não mais permite que disposições legais que restrinjam a indenização por mau uso do serviço prevaleçam sobre todo o sistema legal brasileiro que, no tema da indenização, assentam que a reparação deve ser a mais ampla possível. (BRASÍLIA, 2000a, p. 9)

Além disso, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira alega que com base na leitura dos arts. 51, § 2º, II, do CDC; 102 e 103 do CCom e do 159 do CC é possível sustentar que “partindo de uma interpretação sistemática, é de concluir-se que o sistema legal brasileiro não admite que a indenização por ato ilícito seja restritiva. Ao contrário, a reparação tem que ser a mais ampla possível” (BRASÍLIA, 2000a, p. 9). E, em apoio à tese por ele defendida cita longo trecho da obra de Carlos Roberto Gonçalves, que vale a pena ser transcrito no que tem de muito semelhante à linha de argumentação posteriormente adotada pelo STF, senão vejamos:

Quanto ao segundo aspecto, referente á indenização tarifada, escreveu Nelson Nery Júnior: "No sistema brasileiro do CDC sobre a responsabilidade do fornecedor, não existe limitação para a indenização, também denominada indenização tarifada. Em alguns ordenamentos jurídicos, o legislador impôs limite à responsabilidade, fixando um teto máximo a fim de garantir a continuidade da empresa e evitar-lhe a a quebra. No Brasil não houve essa limitação pelo CDC, de modo que, havendo danos causados aos consumidores, o fornecedor deve indenizá-los em sua integralidade" (Revista do Advogado, 33:78).

Desse modo, não se pode mais cogitar de qualquer modalidade de indenização tarifada, nem mesmo em caso de acidente aéreo. Dir-se-á que a responsabilidade foi estabelecida, no Código de Defesa do Consumidor, em termos genéricos, e que norma genérica não revoga a de caráter especial. No entanto, como pondera Caio Mário da Silva Pereira, não se pode dizer "que uma lei geral nunca revogue uma lei especial, ou vice-versa, porque nela poderá haver dispositivo incompatível com a regra especial, da mesma forma que uma lei especial pode mostrar-se incompatível com dispositivo inserto em lei geral". Ao intérprete, acrescenta, "cumprir verificar, entretanto, se uma nova lei geral tem o sentido de abolir disposições preexistentes" (Instituições, cit., p. 92-3).

De acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2º, § 1º), quando a lei nova passa a regular inteiramente a matéria versada na lei anterior, todas as disposições desta deixam de existir vindo a lei revogadora substituir inteiramente a antiga. Assim, "se toda uma província do direito é submetida a nova regulamentação, desaparece inteiramente a lei caduca, em cujo lugar se colocam as disposições da mais recente" (Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade, cit. ° 92).

Ora, como já afirmamos, o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor declara que o referido diploma estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, acrescentando serem tais normas de ordem pública e interesse social.

De pronto, percebe-se que, tratando-se de relações de consumo, as normas de natureza privada e em leis esparsas deixam de ser aplicadas. O mencionado Código retira da legislação civil, bem como de outras áreas do direito, a regulamentação das atividades humanas relacionadas com o consumo, criando uma série de princípios e regras em que se sobressai não mais a igualdade formal das partes, mas a vulnerabilidade do consumidor, que deve ser protegido.

Basta lembrar que a Constituição Federal de 1988 elevou a defesa do consumidor à esfera constitucional de nosso ordenamento. Em um primeiro momento, incluiu o legislador a defesa do consumidor entre os direitos e deveres individuais e coletivos, estabelecendo que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" (art. 5, XXXII), e, em um segundo momento, erigiu a defesa do consumidor à categoria de "princípio geral da atividade econômica" (art. 170, V), emparelhando-o com princípios basilares para o modelo político-econômico brasileiro, como o da soberania nacional, da propriedade privada, da livre-concorrência e outros.

Como afirma Arruda Alvim, garantia constitucional desta magnitude possui, no mínimo, como efeito imediato e emergente, irradiado da sua condição de princípio erigido em nossa Carta Magna, o condão de inquirir de inconstitucionalidade qualquer norma que possa constituir óbice à defesa desta figura fundamental das relações de consumo, que é o consumidor. Em decorrência do estabelecido no art. 1º, ou seja, a normatização tratada no Código de Defesa do Consumidor é de ordem pública e interesse social, concluindo-se que os comandos dele constantes são de natureza cogente, ou seja, não é facultado às partes a possibilidade de optar pela aplicação ou não de seus dispositivos que, portanto, não se derrogam pela simples convenção dos

interessados, exceto havendo autorização legal expressa (Código do Consumidor comentado. Revista dos Tribunais, 1991, art. 1o)". (Responsabilidade Civil, Saraiva, 6ª edição, p. 227/228).

Por fim, em seu voto, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira refere a decisão do RESP 235678/SP (BRASÍLIA, 1999), supra analisada.

Ainda no corpo do julgamento do RESP 171506/SP (BRASÍLIA, 2000a) o Min. Barros Monteiro manifesta sua opinião divergente quanto a tese acerca da preponderância do CDC, em qualquer hipótese, frente à legislação especial do setor:

A jurisprudência da Casa, no entanto, vem evoluindo, conforme se pode verificar de pronunciamentos mais recentes deste órgão fracionário, assim como da Eg. Terceira Turma. Esta última, ainda há pouco, quando do julgamento do REsp nº 158.535-PB, relator para o Acórdão Ministro Eduardo Ribeiro, considerou por maioria de votos que, em se tratando de simples extravio de mercadoria ou bagagem, não relacionado com o risco do transporte aéreo propriamente dito, incide o Código de Defesa do Consumidor. O voto condutor, porém, deixou claro que a norma limitativa da responsabilidade estabelecida na Convenção de Varsóvia ou no Código Brasileiro de Aeronáutica não foi derogada pelo CDC quando se trate de transporte aéreo e desde que a responsabilidade derive de causa vinculada àquele risco (BRASÍLIA, 2000a, p. 13)¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Eis parte do voto proferido pelo em. Ministro Eduardo Ribeiro no mencionado REsp nº 158.535-PB: "Afastada a questão relativa a hierarquia entre aquelas codificações, o critério seguinte seria o cronológico. Com base nesse, evidentemente prevaleceria a Lei 8.078/90, Ocorre, entretanto, que sua aplicação é de ser arredada quando se trate do confronto entre lei geral e especial. Esse o ponto nodal. Cumpre saber se incide ou não a regra, acolhida na Lei de Introdução ao Código Civil, de que a lei geral não derroga a especial.

Reitero pedido de vênia para não me afastar da orientação a que me filiei no julgamento acima citado. O C.D.C. reúne, é certo, um conjunto de princípios que regulam as relações de consumo. É a lei geral a respeito da matéria, sem esgotar, obviamente, o conjunto normativo aplicável a tais relações. Ocorre que algumas dessas apresentam peculiaridades que, segundo a valoração do legislador, reclamam tratamento especial. A que especificamente diz com o transporte aéreo vem sendo objeto, tradicionalmente, de disposições próprias, não só por parte dos códigos que têm regulado a matéria, como de convenções internacionais.

Meses antes do julgamento do RESP 171506/SP (BRASÍLIA, 2000a), mais especificamente em 04 de abril de 2000, a Terceira Turma julgou o RESP 154943/DF (BRASÍLIA, 2000b) tendo como relator o Min. Nilson Naves.

Em seu voto o relator, Min. Nilson Naves, manifesta-se no sentido da necessidade de alteração da decisão de segunda instância, pois essa ao afastar a aplicação da regra de indenização tarifada prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica por entendê-la derogada em face do advento do Código de Defesa do Consumidor teria dado interpretação indevida à legislação federal. Segundo o relator a orientação do STJ não coincidiria com a do acórdão recorrido e o exemplo disso seriam as decisões proferidas nos RESPs 57529/DF e 58736/MG (BRASÍLIA, 2000b, p. 1 do voto do relator). Ressalva, por fim, que ainda que entendesse ser possível a indenização do dano moral ser fixada em patamar alheio à normativa do referido Código, pois dele ausente qualquer

Tenho que se trata tipicamente de norma especial, cuidando de uma dada relação de consumo que, por isso mesmo, não foi derogada pela lei geral.

Cumpra reconhecer que nem sempre é fácil dizer, em face de um caso concreto, se terá havido ou não derrogação. O critério cronológico é também importante, por representar a manifestação última do legislador. Necessário pesquisar se realmente se teve em conta o que é particular daquela hipótese, de maneira a conduzir a regulamentação singular. Parece-me que esse é o caso. Não há dúvida de que aquilo que se considerou próprio dessa modalidade de transporte inspirou a norma especial. Se ainda subsistem tais razões é outro problema que deve servir de motivação para modificar-se o ordenamento.

Uma importante ressalva, entretanto, há de fazer-se, resultante do que acima já se expôs e que tenho como necessária para deixar clara minha posição sobre a matéria, embora não releve para a espécie em exame. Como consignado, há que se verificar se a especialidade da norma deriva da especialidade da matéria sobre que incide. No transporte aéreo reside no chamado risco do ar. Onde esse não se achar presente, não se pode reconhecer motivo para ter-se como subsistente a disposição limitadora, em face da lei, também especial, dizendo com as relações de consumo.

Modifico, nesse ponto, o entendimento que em outra oportunidade manifestei, sem essa distinção que ora faço. Entendo, pois, embora reconhecendo a grande autoridade dos que sustentam outro ponto de vista, que a norma limitativa da responsabilidade não foi derogada pelo C.D.C., quando se trata do transporte aéreo e desde que a responsabilidade derive de causa vinculada àquele risco.

No caso em exame, de simples extravio de bagagem, nos termos do que acima ficou exposto, filio-me ao entendimento do Relator no sentido da aplicação do Código de Defesa do Consumidor."

regra sobre o tema, tal indenização não poderia ser concedida uma vez que não se havia formulado esse pedido¹⁸¹.

Após o voto do Min. Nilson Naves conhecendo do recurso e lhe dando provimento para restaurar a decisão de primeiro grau que havia aplicado a limitação da indenização prevista na legislação específica, no que foi acompanhado pelos Ministros Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter, pediu vista dos autos o Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

Em seu voto o Min. Menezes Direito sustentou, com base na opinião doutrinária de Sérgio Cavalieri, que o Código de Defesa do Consumidor derogou os dispositivos que estabelecem responsabilidade limitada para as empresas de transportes aéreos (BRASÍLIA, 2000b, p. 1-2). Numa das passagens escolhidas pelo Min. Menezes Direito para citação da obra doutrinária de Sérgio Cavalieri encontramos uma linha de argumentação muito semelhante a que será realizada pelo Min. Carlos Britto quando de sua manifestação no RE 351750-3/RJ (BRASÍLIA, 2009), nove anos depois:

Não vale argumentar que o Código do Consumidor, por ser lei geral posterior, não derogou o Código Brasileiro de Aeronáutica, de natureza especial e anterior – *lex posterior generalis no derogat priori speciali* –, porque essa regra, além de não ser absoluta, não tem aplicação no caso em exame. E assim é porque o Código do Consumidor, em observância a preceito constitucional (Constituição Federal, art. 5º, XXXII), veio para implantar uma Política Nacional de Relações de Consumo, vale dizer, estabeleceu uma ordem jurídica uniforme e geral destinada a tutelar os interesses patrimoniais e morais de todos os consumidores, bem como o respeito à sua dignidade, saúde e segurança (Código de Defesa do Consumidor, art. 4º). [...] E, na matéria de sua competência específica, nenhuma outra lei pode a ele (Código) se sobrepor ou substituir. Pode apenas coexistir naquilo que com ele não for incompatível.¹⁸²

¹⁸¹ Cita, como exemplos de decisões nas quais manifestou essa opinião os RESP 38360/SP, 13813/RJ e 58736/MG. Em todas essas a orientação, ao final adotada pelo órgão julgador, contemplou a admissão da limitação existente na lei específica.

¹⁸² “Programa de Responsabilidade Civil”, p.p. 216-217 apud BRASÍLIA, 2000b, p. 3 do voto do Min. Menezes Direito.

Por fim, concluirá seu voto, referendando expressamente a manifestação do Min. Ruy Rosado no RESP 235678/SP (BRASÍLIA, 1999), asseverando que:

[...] no direito brasileiro existe regra especial, posterior aos ditames da Convenção, que regula o transporte aéreo no segmento dos direitos do consumidor, agasalhando o sistema da indenização ampla, sem limitação. A regra limitativa é, a meu juízo, incompatível com o direito interno brasileiro (BRASÍLIA, 2000b, p. 5-6 do voto do Min. Menezes Direito).

Em seu voto o Min. Costa Leite reitera a opinião que já havia manifestado como relator no acórdão do RESP 169000/RJ (BRASÍLIA, 2000c). Naquele julgamento sustentou, citando também Sérgio Cavalieri, que:

[...] uma vez editada lei específica, em atenção à Constituição (art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo na espécie, suas disposições devem prevalecer (BRASÍLIA, 2000b, p. 4 do voto do Min. Costa Leite).

Após terem sido proferidos os votos dos Ministros Menezes Direito e Costa Leite, o Min. Nilson Naves retifica seu voto com vistas a não mais acolher o pedido da recorrente.

Em 18 de abril de 2000 a Quarta Turma se manifestará em Agravo no Agravo de Instrumento 209763/MG, cujo relator foi o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, revelando ter sido pacificado o entendimento da referida turma no sentido de que o “dano moral decorrente de atraso de viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC”¹⁸³, pois, seguindo orientação presente já no STF, entendia que “a indenização por danos morais, no transporte aéreo, merece reparação sem qualquer limitação”¹⁸⁴.

¹⁸³ Em seu voto o relator cita como precedente o RESP 235678/SP (BRASÍLIA, 1999).

¹⁸⁴ Em seu voto o relator cita como precedente o RE 172720/RJ (BRASÍLIA, 1996).

Em 23 de novembro de 2000 a Quarta Turma volta a se manifestar sobre o tema nos autos do RESP 156240/SP tendo mais uma vez como relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar¹⁸⁵. Em seu voto o relator repete a argumentação feita no RESP 171506/SP (BRASÍLIA, 2000a) para sustentar que:

[...] no caso de perda ou extravio de bagagem no transporte aéreo, responde o transportador nos termos da legislação civil e não pelo regime tarifado do Código Brasileiro do Ar, revogado nessa parte pelo superveniente Código de Defesa do Consumidor, cujo sistema não permite privilégio de tratamento dos diversos prestadores de serviço em relação aos seus usuários¹⁸⁶.

Em 15 de dezembro de 2000 é a vez da Terceira Turma voltar a se manifestar sobre o tema nos autos do RESP 209527/RJ (BRASÍLIA, 2000d) tendo mais uma vez como relator o Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Em seu voto o relator repete a argumentação feita no RESP 154943/DF (BRASÍLIA, 2000b) para sustentar que a legislação específica sobre transporte aéreo foi afetada pela edição do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, em 13 de março de 2001 no julgamento pela Quarta Turma do RESP 223939/SP (BRASÍLIA, 2001) tendo como relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e no qual se julgava a aplicação ou não da tarifação presente na legislação específica à hipótese de dano moral decorrente de atraso em vôo internacional restou expressa a sedimentação da orientação jurisprudencial acima exposta. Nesse julgamento o relator assevera que, segundo orientação assentada na Seção de Direito Privado, as regras do Código de Defesa do Consumidor se aplicam quando da fixação das indenizações decorrentes de “deficiente prestação no serviço aéreo” (BRASÍLIA, 2001, p. 4). Em suas palavras:

¹⁸⁵ Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte aéreo. Extravio da bagagem. Dano material. Dano moral. A indenização pelos danos material moral decorrentes do extravio e bagagem em viagem aérea doméstica não está limitada à tarifa prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica, revogado, nessa parte, pelo Código de Defesa do Consumidor. Recurso conhecido e provido”.

¹⁸⁶ RESP 156240/SP, p. 1 do voto do relator.

O Código de Defesa do Consumidor não permite que disposições legais restrinjam a indenização por mau uso do serviço. Ao contrário, suas disposições assentam que a reparação deve ser a mais ampla possível (BRASÍLIA, 2001, p. 4).

E é esse o posicionamento cristalizado no referido tribunal desde então, sendo ainda hoje referência para os julgamentos atinentes a esse tema¹⁸⁷.

b) A jurisprudência do STF: o direito do consumidor entre lei especial e norma constitucional

A linha jurisprudencial que se inicia, nos anos 90, com o Recurso Extraordinário 172720-9/RJ (BRASÍLIA, 1996) e o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 172720-9/RJ (BRASÍLIA, 1996) aparece em vias de consolidar-se no julgamento do RE 351750/RJ (BRASÍLIA, 2009). Nesses acórdãos o tópico em questão – a tarifação legal do valor pago a título de indenização– foi analisado em contraste com o sistema de proteção ao consumidor. Nesses julgados o foco do debate estava nas questões relativas: ao alcance das normas constitucionais que se

¹⁸⁷ Prova disso é, por exemplo, o AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO 1343941/RJ, julgado pela Terceira Turma em 18 de novembro de 2010 tendo como relator o Min. Vasco Della Giustina e assim ementado: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. ATRASO DE VOO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RISCOS INERENTES À ATIVIDADE. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283 DO STF. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. 1. *A jurisprudência dominante desta Corte Superior se orienta no sentido de prevalência das normas do CDC, em detrimento das Convenções Internacionais, como a Convenção de Montreal precedida pela Convenção*

de Varsóvia, aos casos de atraso de vôo, em transporte aéreo internacional. 2. O Tribunal de origem fundamentou sua decisão na responsabilidade objetiva da empresa aérea, tendo em vista que os riscos são inerentes à própria atividade desenvolvida, não podendo ser reconhecido o caso fortuito como causa excludente da responsabilização. Tais argumentos, porém, não foram atacados pela agravante, o que atrai, por analogia, a incidência da Súmula 283 do STF. 3. No que concerne à caracterização do dissenso pretoriano para redução do *quantum* indenizatório, impende ressaltar que as circunstâncias que levam o Tribunal de origem a fixar o valor da indenização por danos morais são de caráter personalíssimo e levam em conta questões subjetivas, o que dificulta ou mesmo impossibilita a comparação, de forma objetiva, para efeito de configuração da divergência, com outras decisões assemelhadas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”. (grifei)

referem ao direito do consumidor e à aplicação das normas presentes no Código de Defesa do Consumidor a setores econômicos nos quais há regulação legal específica (mais especificamente, transporte aéreo nacional e/ou internacional de pessoas e cargas).

A primeira dessas decisões foi emitida no Recurso Extraordinário 172720-9/RJ (BRASÍLIA, 1996) julgado pela Segunda Turma em 06 de fevereiro de 1996 e que teve como relator o Min. Marco Aurélio.

Dois eram os problemas enfrentados nesse julgamento, segundo o relator, um estava ligado ao fato de saber-se se os eventos ocorridos haviam ou não provocado “danos morais capazes de motivar o pagamento de verba indenizatória”, e o outro prendia-se ao debate acerca da “extensão da regra constitucional asseguradora de tal verba [indezição do dano moral], tendo presente a Convenção de Varsóvia e, destarte, a premissa de que a indenização por extravio de bagagem é tarifada” (BRASÍLIA, 1996, p. 733), pois buscava-se definir se o fato de dita Convenção trazer regras de indenização sobre danos patrimoniais levaria à exclusão, no seu âmbito, da possibilidade de indenização por danos morais.

A conclusão do relator foi no sentido de que não só teriam ocorridos fatos capazes de ensejar a produção de danos morais, como não se poderia “ter a limitação imposta relativamente aos danos materiais como suficiente a afastar, por si só, a garantia constitucional concernente aos danos morais” (BRASÍLIA, 1996, p. 733-734), no que foi acompanhado pelos demais Ministros (BRASÍLIA, 1996, p. 737-739). Cabe ressaltar que nenhuma consideração foi feita sobre a constitucionalidade das regras de tarifação da indenização dos danos patrimoniais contidas na referida Convenção.

Posteriormente veio a julgamento o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 196379-9/RJ julgado pela Segunda Turma em 23 de março de 1998, no qual a referida turma manteve o posicionamento adotado no acórdão anteriormente comentado. Nesse acórdão o relator, Min. Marco Aurélio, repete a tese de que não caberia, em detrimento do mandamento constitucional presente no art. 5º, V e X, “potencializar a circunstância de a Convenção de Varsóvia apenas dispor sobre a responsabilidade, considerando o prejuízo material”¹⁸⁸.

Em 17 de maio de 2009 é julgado pela Primeira Turma o Recurso Extraordinário 351750-3/RJ (BRASÍLIA, 2009) que constitui o precedente mais importante sobre o tema.

¹⁸⁸ AGRAG 196379-9/RJ, p. 399 .

Tratava-se de recurso apresentado por empresa aérea em vista de decisão proferida pela Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. A referida turma havia decidido a questão relativa á indenização decorrente dos alegados transtornos decorrentes da má prestação do serviço com base em regra disposta no Código de Defesa do Consumidor. A empresa irredignada solicitou, em embargos declaratórios, que a mencionada turma emitisse entendimento explícito sobre a Convenção de Varsóvia e a impossibilidade de ter-se verba indenizatória fora dos parâmetros de tal instrumento. Os embargos foram desprovidos sob a alegação de ausência de omissão e, por essa razão, foi interposto o presente recurso extraordinário.

Após um breve debate acerca da admissibilidade do recurso extraordinário (BRASÍLIA, 2009, p. 1085-1097), passou-se ao julgamento do mérito. O primeiro a votar foi o Min. Eros Grau e o fez defendendo a preponderância da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica sobre o Código de Defesa do Consumidor sob a justificativa de que esta lei geral não teria derogado aquelas leis especiais (BRASÍLIA, 2009, p. 1101). Em sua opinião:

Não há incompatibilidade entre os textos normativos considerados, porque um é geral em relação ao outro: a primeira trata da defesa do consumidor [*compreensão* menor e *extensão* maior]; as segundas, da relação entre os agentes econômicos e seus clientes em *determinado* mercado [setor da economia], disciplinando, inclusive, aspectos atinentes a sua defesa enquanto consumidores. Assim, temos: uma lei geral, sobre a defesa dos consumidores e textos normativos específicos que encerram, entre outras, disposições sobre a defesa do consumidor em *determinado* mercado [setor da economia]. (BRASÍLIA, 2009, p. 1104)

Por essa razão conheceu do recurso extraordinário e, entendendo que o dever de indenizar não era objeto do mesmo, deu-lhe provimento (BRASÍLIA, 2009, p. 1105-1106). Mas essa linha de argumentação não foi adotada pelos demais Ministros, senão vejamos:

O relator para o acórdão, Min. Carlos Britto discorda da opinião do Min. Eros Grau e constrói sua premissa no sentido de que o inciso XXXII do art. 5º enquanto norma constitucional densificadora do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção econômica impõe, com base no conceito de J.J. Gomes Canotilho, a “proibição de retrocesso social”, ou seja, “uma vez obtido um determinado grau de realização dos direitos sociais e econômicos, passam eles a

constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo” (BRASÍLIA, 2009, p. 1114).

Adotada essa premissa vai concluir que “tendo o direito do consumidor *status* de princípio constitucional, não é dado a outras disposições legais restringir indenizações por mau uso do serviço” (BRASÍLIA, 2009, p. 1114-1115), o que faz com que “a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica possam receber aplicações, desde que não violem de forma retrocedente os direitos do consumidor” (BRASÍLIA, 2009, p. 1116), o que, por sua vez, implica que não se possa desconsiderar na aplicação das regras relativas à indenização dos danos, presentes nesses dois estatutos, a regra do CDC que garante o direito à reparação efetiva dos danos sofridos pelos consumidores (art. 6º, VI).

Sobre a “proibição de retrocesso” cabe destacar que inicialmente o problema envolvendo o conflito entre as regras presentes na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica e aquelas presentes no Código de Defesa de Consumidor não diz respeito, exatamente, a uma questão de retrocesso social do tratamento dado a determinado direito fundamental social, pois as regras que estabeleceriam o tratamento “menos benéfico” ao consumidor – Convenção de Varsóvia e Código Brasileiro de Aeronáutica - possuem vigência anterior às regras que estabeleceriam o tratamento “mais benéfico” – Código de Defesa do Consumidor¹⁸⁹.

Além disso, a própria admissão dessa proibição está sujeita a críticas tais como as de que o conteúdo dos direitos fundamentais sociais que se pretende proteger desse retrocesso decorrente de seu tratamento pela legislação ordinária é, em regra, indefinível sem a intervenção dessa mesma legislação (VAZ, 1992, p. 383 ss.). Nesse sentido Suzana de Toledo Barros para quem:

[...] a admissão de um princípio da proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflita com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum. (BARROS, 1996, p 163)

¹⁸⁹ Sustenta inclusive o referido Ministro que, diferente do que parece intuir o Min. Carlos Britto, “o princípio da defesa do consumidor continua a ser contemplado. Aliás, já era contemplado na Convenção de Varsóvia.” (RE 351750-3/RJ).

Mesmo entre aqueles que admitem a existência desse princípio parece ser voz corrente que, exatamente por sua natureza principiológica, não pode ser assumido em termos absolutos:

Com efeito, se é correto apontar a existência de elevado grau de consenso [...] quanto à existência de uma proteção contra o retrocesso, igualmente é certo que tal consenso [...] abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir caráter absoluto. (SARLET, 2008)

Nesse sentido, na doutrina estrangeira, Vieira de Andrade (ANDRADE, 1987, p. 307-309) sublinha a circunstância de que tal proibição não pode ser tida como geral e absoluta sob pena de se colocar em grave risco a necessária e indispensável autonomia do legislador ordinário, uma vez que, do contrário, esse se transformaria em mero órgão de execução das decisões constitucionais – o que por si só contradiz o reconhecimento constitucional da lei como via de estruturação criativa dos mandamentos constitucionais. Na mesma esteira é a opinião de Canotilho para quem:

[...] a chamada tese da ‘irreversibilidade de direitos sociais adquiridos’ se deve entender com razoabilidade e com racionalidade, pois poderá ser necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social (CANOTILHO, 2008, p. 266).

No limite, como reconhece Ingo Sarlet, não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo alcance geral e absoluto, pois:

[...] não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de

transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste. (SARLET, 2008, p. 26)¹⁹⁰.

Aliás, é exatamente essa transmutação indevida das questões infraconstitucionais em constitucionais que se percebe ocorrer no voto do Min. Carlos Britto, pois ele diferentemente do Min. Eros Grau - que trata a questão como um conflito entre normas ordinárias que deve ser solvido pelo privilégio às regras especiais – sustenta que a lei 8078/90 ainda que ordinária é “excepcionalmente qualificada pelo fato de versar, no caso, tanto um direito fundamental quanto um princípio da ordem econômica”, o que impediria sua revogação (BRASÍLIA, 2009, p. 1127).

Por fim, cabe sublinhar que o que o Min. Carlos Britto identifica como uma contrariedade às normas da lei 8078/90 – as regras presentes na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica relativas à limitação da indenização do dano patrimonial que, porventura, possa surgir nos desempenho dessa atividade – na verdade não pode ser assim compreendida, pois a própria lei admite esse tipo de limitação conforme resta inequívoca da leitura da parte final do disposto no art. 51, I, do referido diploma¹⁹¹.

Em resumo: A própria sistemática da lei 8078/90 – que o Min. Carlos Britto quer proteger do que entende ser uma violação ao direito à reparação previsto no seu art. 6º, VI pelas normas presentes na Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica que atuam restritivamente sobre as hipóteses e sobre os valores relativos às indenizações devidas aos usuários dos serviços de transporte – admite esse tipo de restrição!

Neste ponto se revela, mais uma vez, a impropriedade do argumento de que as regras que limitam o direito à indenização constituam sempre e em qualquer hipótese uma anulação, revogação ou aniquilação do núcleo essencial desse direito, isto é, o equívoco da opinião defendida pelo Min. Cezar Peluso, já adotada no RE 447584-7/RJ¹⁹², de que as normas constitucionais presentes no art. 5º, V e X seriam concretizadoras do que chamou princípio da indenizabilidade irrestrita, “segundo o

¹⁹⁰ O problema da transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional e a necessidade de estabelecer parâmetros para esse processo não é algo específico do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, para Von Bar (VON BAR *apud* CANARIS, 2003, p. 21), “o direito da responsabilidade delitual na Europa de hoje é, cada vez mais, concebido como uma forma de concretização dos direitos de liberdade constitucionalmente garantidos.”

¹⁹¹ “Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”.

¹⁹² Analisado acima.

qual as indenizações por dano material e moral devem ser a estes proporcionais” (BRASÍLIA, 2009, p. 1135), levaria, necessariamente, ao reconhecimento da incompatibilidade existente entre as normas que estabelecem limites pré-fixados à verba indenizatória presentes nos estatutos legais e o referido princípio constitucional (BRASÍLIA, 2009, p. 1136-1137 e 1141-1142).

4 Conclusão

Após toda a análise realizada é possível perceber uma linha evolutiva em nossa jurisprudência que vai da adoção de uma postura cautelosa quanto à admissibilidade geral do dano moral em nosso ordenamento, como a mantida até a edição da Constituição Federal de 1988, passando pela admissão completa da figura do dano moral e culminando com o surgimento de opiniões que, além da admissão da referida figura, propugnam a impossibilidade de restrição de sua atuação por meio de norma infraconstitucional.

Note-se que ainda que existentes no Supremo Tribunal Federal, decisões proferidas em período anterior à Constituição Federal de 1988, sobre problemas que poderiam ter sido compreendidos como afetos à questão do dano moral (exemplo disso são os debates que levaram à edição da súmula 491 do STF relativamente à morte do filho menor), foi somente por meio da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que ocorreu a admissão ampla do dano moral em nossa jurisprudência. Mas ainda que a atuação do Superior Tribunal de Justiça, criado após a Constituição Federal de 1988, tenha sido fundamental para a admissão ampla da figura do dano moral, é importante destacar que todo o caminho percorrido pelos tribunais superiores – STF e STJ – para o reconhecimento do “princípio geral da reparabilidade do dano moral” foi realizado tendo por base as regras do Código Civil de 1916 e não da Constituição Federal de 1988.

Quanto à discussão judicial sobre a constitucionalidade da limitação tarifada da indenização do dano moral nos dois tribunais superiores brasileiros (STJ e STF) nota-se que essa está organizada em torno do debate acerca da recepção pelas normas da Constituição Federal de 1988 dos seguintes dispositivos:

- a) no âmbito dos meios de comunicação temos a regra inscrita nos art. 51 e 52, incisos da lei 5250/67 (conhecida como “Lei de Imprensa”); e

b) no âmbito do fornecimento de serviços ao consumidor temos as regras inscritas nos artigos 22 do decreto nº 20.704 de 24 de novembro de 1931 (Promulga a Convenção de Varsóvia de 1929) e 257 e 260 da lei 7565 de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica).

No que diz respeito às decisões envolvendo os dispositivos da Lei de Imprensa temos que:

Um dos argumentos utilizados em um dos nossos tribunais superiores –Superior Tribunal de Justiça - para justificar a não-recepção constitucional desses dispositivos acima mencionados está no fato de que a vigência dos mesmos produziria tratamento não-igualitário de forma injustificada (RESP 52842/RJ e RESP 235678/SP). Ora, nessa esteira temos que o argumento esgrimido pelo referido tribunal, e que serve ao juízo de inconstitucionalidade de uma lei que limita os valores de indenização em vista dos tipos de danos produzidos por sujeitos determinados, não pode ser utilizado contra uma lei que teria o condão de criar tetos indenizatórios incidentes sobre todos os tipos de danos morais que podem ser causados por todos e quaisquer sujeitos.

Outro argumento encontrado nos acórdãos analisados se estrutura com base em entendimento de que a norma constitucional do art. 5º, V e X não admite restrição decorrente de lei infraconstitucional. Ora, conforme sustentamos anteriormente, o texto constitucional por sua estrutura normativa distinta da presente em outros diplomas constitucionais estrangeiros não admite se possa “importar” as teses relativas à cláusula de reserva de lei construídas sob as regras presentes naqueles ordenamentos constitucionais. Isso significa que, de acordo com nossa estrutura constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos por meio de lei sem que exista previsão expressa no texto constitucional para tanto.

Por fim, há o argumento de que reconhecimento do direito à indenização do dano moral e material pela norma inscrita no art. 5º, V da CF/88 implica o reconhecimento do direito à reparação integral desses danos. Conforme já demonstrado acima há aqui um problema de silogismo lógico, pois da premissa, ou seja, do reconhecimento do direito a ser indenizado não decorre, logicamente, a conclusão de que tal direito não possa ser limitado (tanto pela legislação como pelas partes). Compreendido o direito fundamental inscrito no art. 5º, V,CF/88 como “direito fundamental à indenização” temos que um conjunto de regras infraconstitucionais que venha a limitar o valor a ser pago pelo réu não faz com que o núcleo essencial desse direito reste completamente afetado, afinal a vítima segue tendo direito a reparação do dano moral, ainda que limitada. Assim, uma

legislação que limite a indenização do dano moral em valor fixado *a priori* não faz com que o conteúdo dos direitos fundamentais protegidos pela possibilidade de condenação do autor da lesão ao pagamento de uma indenização seja completamente afetado, pois ainda que essa lei implique uma redução da proteção pela via indenizatória, em nada atinge a proteção pela via inibitória/preventiva. Além disso, ainda que se imaginasse que tal ponderação feita pelo tribunal fosse lógica e juridicamente consistente coisa que, se ressalta mais uma vez, não é, ainda assim temos que:

- a) como toda ponderação de princípios parte do pressuposto de que não há princípios absolutos o seu resultado dependerá sempre dos elementos – direitos fundamentais – envolvidos na situação concreta, e
- b) assim o resultado da análise aplicada em vista de uma medida legislativa – por exemplo, a análise do conflito entre o art. 5º, V, da CF/88 e o art. 52 da Lei de Imprensa – não pode ser estendido, de forma direta, a outra situação concreta.

Quanto às decisões envolvendo o âmbito do fornecimento de serviços ao consumidor, temos que:

Há uma linha jurisprudencial consolidada no STJ e em vias de consolidação no STF que assume a premissa de tendo o direito do consumidor *status* de princípio constitucional, não é dado a outras disposições legais restringir indenizações por mau uso do serviço. No interior dessa orientação encontra-se um problema lógico não resolvido pelos tribunais: Há um paradoxo que decorre da assunção da premissa de que constituem contrariedade às normas da lei 8078/90 as regras legais, presentes em leis especiais, que dispõe acerca da limitação da indenização dos danos que, porventura, possa surgir nos desempenho dessa atividade, pois a própria lei de proteção aos consumidores admite esse tipo de limitação (art. 51, I, lei 8078/90).

De tudo o que foi exposto até aqui, se pode extrair duas conclusões gerais:

1. É possível antever certo risco de que um projeto legislativo que pretenda estabelecer limitações aos valores pagos a título de dano moral por meio da criação de um **sistema tarifário** uma vez tornado lei seja - diante dessas linhas jurisprudenciais consolidadas ou em vias de consolidação e estabilização no Supremo Tribunal Federal acerca do alcance do âmbito de aplicação das normas presentes no art. 5º, V, X e XXXII - declarada inconstitucional.
2. Parece haver perspectiva positiva para um projeto legislativo que pretenda estabelecer limitações aos valores pagos a título de dano moral por meio da criação de um **sistema de critérios** balizadores do exercício de prudência judicial na fixação de valores das indenizações (arbitramento).

VII. Proposta de projeto de lei

Flavia Portella Püschel

Partindo do princípio de que é interessante preservar a função punitiva da responsabilidade civil por danos morais desenvolvida pela jurisprudência brasileira e de que a regulação por meio de tarifação não é adequada, propõe-se para debate a minuta de projeto de lei abaixo.

Trata-se de projeto que visa a aumentar a segurança jurídica em relação à quantificação do dano moral por meio do estabelecimento de critérios de cálculo expressos, a serem aplicados pelo Poder Judiciário conforme as circunstâncias de cada caso.

Além disso, propõe a separação clara entre compensação e punição. Esta medida não apenas permite ajustar os critérios de cálculo ao objetivo perseguido, mas aumenta a transparência das decisões judiciais, fator que também contribui para a segurança jurídica, ao permitir um maior controle das decisões judiciais.

Tendo em vista as peculiaridades do objetivo preventivo-punitivo, a proposta estabelece também destinação especial do valor concedido a este título, com o objetivo de evitar o enriquecimento sem causa e o estímulo à litigiosidade excessiva.

Minuta de Projeto de Lei

Estabelece os critérios para cálculo de reparações por danos morais.

Art. 1º. A responsabilidade civil por dano moral tem como objetivo compensar a vítima por danos extrapatrimoniais causados pelo responsável.

§ único. O valor da compensação deverá ser calculado conforme as circunstâncias do caso, levando em conta:

- I- A extensão e duração das conseqüências do ilícito para a vítima;
- II- O direito violado;
- III- A possibilidade de superação do dano por parte da vítima.

Art. 3º. Em casos nos quais haja violação de um interesse individual homogêneo, coletivo ou difuso, o juiz poderá determinar que o responsável pague, além do valor compensatório, também um valor a título de punição pela prática do ilícito.

§ 1º. A aplicação da punição civil dependerá sempre da apuração da culpa ou dolo do responsável.

§ 2º. O valor da punição deve ser calculado conforme as circunstâncias do caso, levando em conta:

- a. O grau de culpa do responsável;
- b. O direito violado;
- c. Os ganhos obtidos pelo responsável por meio da prática do ilícito;
- d. A capacidade econômica do responsável;
- e. A conduta do responsável após a prática do ilícito;
- f. A existência de condenação punitiva em ação de responsabilidade civil anterior versando sobre o mesmo ilícito;

§ 3º. O juiz deverá indicar separadamente qual valor da condenação refere-se à compensação da vítima e qual valor refere-se à punição do responsável.

§ 4. O valor da condenação a título punitivo será destinado ao fundo de interesses difusos a que se refere a Lei n.º 7.347/1985 ou a fundo que venha a substituí-lo.

Conclusão

Flavia Portella Püschel

Na introdução a este trabalho formulou-se a seguinte questão: haveria uma discricionariedade excessiva do Poder Judiciário no estabelecimento dos valores de danos morais, capaz de comprometer a previsibilidade das decisões e o tratamento igual de casos iguais?

Para respondê-la, investigamos o que se deve considerar segurança jurídica; analisamos a jurisprudência de 15 diferentes tribunais de várias regiões do país; investigamos a posição da doutrina e os projetos de lei em tramitação; refletimos sobre os objetivos sociais da responsabilidade civil por danos morais; investigamos a tarifação - técnica legislativa frequentemente apontada como solução para a falta de segurança jurídica - tanto do ponto de vista da sua constitucionalidade, quanto do ponto de vista da sua adequação para atingir este objetivo.

No que se refere à jurisprudência, nossa investigação aponta que não há indícios de que a falta de critérios legislativos de cálculo tenha levado a uma situação de desrespeito ao princípio da igualdade. Pelo contrário, a análise das constelações de casos frequentes indica uma razoável consistência das decisões com relação a valores.

Além disso, verificou-se que os valores concedidos a título de reparação por danos morais tendem a ser baixos, sendo excepcionais os casos que ultrapassaram a barreira dos R\$ 100 000,00. Diante disso, concluímos que a temida indústria de reparações milionárias não é uma realidade no Brasil, mesmo diante da situação atual de ausência de critérios legais para o cálculo do valor da reparação por danos morais.

Finalmente, a análise dos critérios empregados pelos tribunais em seu discurso de justificação dos valores de reparação de danos morais, além de fornecer o elenco de tais critérios e sua frequência, forneceu também outras informações importantes, notadamente a confirmação de que, apesar das divergências doutrinárias ainda existentes, a ideia de que a responsabilidade civil por danos morais deve servir para punir/dissuadir o autor de atos ilícitos é largamente aceita pela jurisprudência.

Curioso, é que a aceitação de critérios punitivos não resultou em valores de condenação altos. Tendo em vista que a dissuasão depende do efeito negativo que a sanção tem sobre o sujeito responsabilizado, parece haver um descompasso entre o objetivo punitivo/dissuasório e o meio empregado para atingi-lo. Os baixos valores encontrados nas decisões judiciais analisadas indicam,

por isso, a necessidade de discutir abertamente a questão, propondo-se, eventualmente, sua regulação por meio legislativo.

Este quadro torna a intervenção legislativa desnecessária para a limitação e/ou padronização de valores, especialmente diante do fato de que tal intervenção, mesmo que usando técnicas casuísticas, pode aumentar a complexidade do sistema jurídico, desestabilizar interpretações já estabelecidas e terminar por diminuir a segurança em vez de aumentá-la.

Naturalmente, a opção pela tarifação permanece uma possibilidade política apesar disso, com suas vantagens e desvantagens. Nossa investigação mostra que é possível defender a constitucionalidade da tarifação dos danos morais, ainda que o estudo da jurisprudência do STF mostre certo risco de que uma lei estabelecendo limitações aos valores pagos a título de dano moral por meio da criação de um sistema tarifário seja declarada inconstitucional.

O principal risco, no entanto, é de que a polêmica acerca da limitação dos valores das reparações por dano moral obscureça o fato de que este instituto tem funções sociais próprias (notadamente a compensação da vítima e a prevenção de ilícitos por meio da dissuasão pela punição do responsável), as quais precisam ser levadas em conta em qualquer debate sobre a regulação do modo de cálculo dos danos morais.

Referências bibliográficas

- ACCIDENT Compensation Corporation (ACC). Disponível em: <http://www.acc.co.nz/>. Acesso em: 13 ago 2010.
- ADAMS, Michael. Warum kein Ersatz von Nichtvermogensschaden?. In: OTT, Claus; SCHÄFER, Hans-Bernd (eds.). *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*. Berlim: Springer-Verlag, 1989, p. 210-217.
- ALLARD, Julie *Dworkin et Kant*. Reflexions sur le jugement. Bruxelles: Editions de L'Université de Bruxelles, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editora, 2008, p. 111
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ANDRADE, Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.
- ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. *Revista dos Tribunais*, v. 759, 1998, p. 11-23.
- BAKER, Tom. *Reconsidering Insurance for Punitive Damages*. In: *Wisconsin Law Review*, v. 101, 1998, p. 101-130.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 163.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, abr-jun, 1999, p. 40.
- BITTAR, Carlos Alberto. Direitos da personalidade e responsabilidade civil. *Revista da AASP* n° 38, dez. 1992, p. 16.
- BRAITHWAITE, John B. Rules and principles: a theory of legal certainty. *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 27, n. 27, 2002, p. 47-82.
- CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 21

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *'Bypass' social e o núcleo essencial de prestações sociais*. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 267
- CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2008.
- CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans as fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995.
- CHAMALLAS, Martha; WRIGGINS, Jennifer B. *The measure of Injury*. Race, Gender and Tort Law. Nova York: New York University Press, 2010.
- CHEN ,Albert H. Y. Rational law, economic development and the case of China. *Social & Legal Studies*, v. 8, n. 1, 1999, p. 97-120.
- COASE, Ronald. O problema do custo social. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.) *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59-112.
- COMANDÉ, Giovanni. Towards a global model for adjudicating personal injury damages. *Temple international and comparative law journal*, v. 19, 2005, p. 241-349.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*, 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CROLEY, Stephen P.; HANSON, John D. The nonpecuniary costs of accidents: pain-and-suffering damages in tort law. *Harvard Law Review*, v. 108, jun. 1995, p. 1785-1917.
- DEDA, Artur Oscar Oliveira. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 22 (criticismo - decreto legislativo). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 290.
- DEVELOPMENTS in the law – the civil jury. *Harvard Law Review* v. 110, n. 7, maio 1997, p. 1408-1536.
- DEWEES, Donald N.; DUFF, David; TREBILCOCK, Michael J. *Exploring the domain of accident law: taking the facts seriously*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, vol. II, p. 304-305 *apud* Recurso Extraordinário, 59940/SP, voto do relator Min. Aliomar Baleeiro, Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, vol. 39, Janeiro, 1967b, p. 40.
- _____. Atuação do Supremo Tribunal Federal no campo da responsabilidade civil. In: *Responsabilidade civil em debate*. Forense: Rio de Janeiro, 1983, p. 3
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, 9a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994.

- _____. *Da responsabilidade civil*, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *A indenização por dano moral – a problemática do quantum*. s/d.
Disponível em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/jus/m03-005.htm>.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 352
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- EXEMPLARY damages in the Law of Torts. *Harvard Law Review*, v. 70, n. 3, jan. 1957, p. 517-533
- EXPERT Group on Poverty Statistics. *Compendium of best practices in poverty measurement*, Rio de Janeiro, set. 2006. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/poverty/pdf/rio_group_compendium.pdf.
- FAURE, Michael G. Compensation of non-pecuniary loss: an economic perspective. In: MAGNUS, Ulrich; SPIER, Jaap (eds.). *European tort law, liber amicorum for Helmut Koziol*. Peter Lang: Frankfurt am Main, 2000, p. 143-59.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978a.
- GASH, Jim. Solving the multiple punishments problem: a call for a national punitive damages registry. *Northwestern University Law Review*, v. 99, n. 4, 2004-2005, p. 1613-1686.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978b
- GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milão: Giuffrè, 1996
- GAMA, G. C. Nogueira da. Critérios para a fixação da reparação do dano moral: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 47
- GOMES, Luis Roldão. Freitas *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 100
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Responsabilidade civil*, 8. ed. São Paulo: Saraiva 2003.

GÜNTHER, Klaus. Kritik der Strafe I. *Westend*, v. 1, 2004a, p. 119

_____. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004b.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 2. ed. Berlin; Nova York: De Gruyter, 1993.

JAYASURIYA, Kanishka. Franz Neumann on the Rule of Law and capitalism: the east asian Case. *Journal of the Asia Pacific Economy*, v. 2, n. 3, 1997, p. 357-377

KASER, Max. *Das römische Privatrecht I*, 2. ed. Munique: Beck, 1971, p. 498 e ss

LARENZ, Karl. Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten. *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 51-52, 1956, p. 1897-1900. Disponível em português em: LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad. Alessandro Hirata. *Revista DIREITO GV*, v. 2, n. 1, jan-jul 2006, p. 55-64.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

KENEDDY, Duncan. Legal Formality. *Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, jun. 1973, p. 351-398.

KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice*. Princeton: Princeton University Press, 1961.

KITCH, Edmund W. The intellectual foundations of 'Law and Economics'. *Journal of Legal Education*, v. 33, 1983, p. 184.

LACERDA, G. Indenização do dano moral (parecer). *Revista dos Tribunais*, v. 728, 1996, p. 94-101.

LINDENBERGH, Siewert D.; KIPPERSLUI, Peter P. M. van. (2009), Non pecuniary losses. In: FAURE, Michael (ed.). *Encyclopedia of Law & Economics*, 2. ed., vol. 1 (Tort Law & Economics), 2009, p. 215-227.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts I - Allgemeiner Teil*, 14. ed. München: Beck, 1987, p. 474

LOPES, Juarez Rubens Brandão. Política social: subsídios estatísticos sobre a pobreza e acesso a programas sociais no Brasil. *Estudos Avançados*, v. 9, n. 24, maio-ago 1995, p. p. 141-156.

- MACHADO, Marta Rodrigues de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fordham Law Review*, v. 77, n. 4, mar. 2009, p. 1535-1558.
- _____. *et al.* Responsabilidade penal da Pessoa jurídica. *Série Pensando o Direito*, n. 18/2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}>. Acesso em: 11 dez. 2010.
- MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1956.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.
- _____; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *R. CEJ*, n. 28, jan-mar 2005, p. 15-32.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade, hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognósticos legislativos pelo órgão judicial. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil – da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*, vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MIRANDA, Arruda. *Comentários à lei de imprensa*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, tomo LIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 298-299
- MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 234-236
- NEUMANN, Franz Leopold. *The Rule of Law*. Political theory and the legal system in modern society. Leamington: Berg, 1986.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PISTOR, Katharina; XU, Chenggang. Incomplete law: a Conceptual and analytical framework and its application to the evolution of financial market regulation. *Journal of International Law and Politics*, v. 35, n. 4, 2003, p. 931-1013.
- POSNER, Richard A. *Overcoming law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

- POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 4, fev. 1998, p. 869-962.
- PORTO, Mário Moacyr. Algumas notas sobre dano moral. In: *Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- PUGLIESE, Antonio Celso; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista DIREITO GV*, v. 4, n. 1, jan-jul 2008, p. 15-28.
- PÜSCHEL, Flávia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. *Revista DIREITO GV*, v. 1. n. 1, jan-jun 2005, p. 93
- _____. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica acerca das fronteiras entre as responsabilidades civil e penal. *Revista DIREITO GV*, v. 3, n. 2, jul-dez 2007, p. 17-36.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal – parte geral*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- REIS, Clayton. *Dano moral*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994., p. 103
- ROCHA, Jean Paul Cabral da. *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2004.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do sujeito. In. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. The persistence of formalism: towards a situated critique beyond the Classic separation of powers. *The Law & Development Review*, v. 3, n. 2, 2010a.

_____. Zonas de autarquia nas decisões jurisdicionais: Estado de Direito, indeterminação e democracia. *Artigos (working papers) DIREITO GV*, n. 56, jun. 2010b. Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6865/Working%20paper%2056.pdf?sequence=1>.

_____. et al. *Processo legislativo e controle de constitucionalidade: as fronteiras entre direito e política* (relatório de pesquisa). Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil/CEBRAP, (mimeo), 2010.

RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna M. Tort reform and accidental deaths. *Journal of Law and Economics*, v. 50, 2007, p. 221-238.

p.p.p.p.p.p.p.p.p.p.SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia?. *Cadernos Direito GV*. São Paulo: DIREITO GV, v. 5, n. 2, mar 2008.

_____. Como interpretar as normas emitidas pelo BACEN e CMN? Uma resposta a partir da evolução do modelo de Estado Brasileiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 46, 2009.

_____. De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, 2010a, p. 1.

_____. Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 50, 2010b.

_____. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (org.). *Os desafios do desenvolvimento e estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Antonio Jeová dos. *Dano moral indenizável*, 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999, p. 236

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº 15, set-nov 2008.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996

SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, mar. 1988, p. 509-548.

- SCHELLING, Thomas C. The life you save may be your own. In: CHASE, S. B. (ed.). *Problems in public expenditure analysis*. Washington: The Brookings Institution, 1968, p. 127-162.
- SHAVELL, Steven. Strict liability versus negligence. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 1, jan, 1980, p. 1-25.
- _____. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- SIÉYÈS, Emmanuel Joseph. Quelques idées sur la constitution applicables a la Ville de Paris. In: *Oevres de Siéyès*. Paris: Edhis, s/d.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Os direito fundamentais e a lei: a Constituição Brasileira tem um sistema de reserva legal?. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, W. Melo da. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 22 (Crítico - Decreto legislativo). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 275.
- _____. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.
- _____. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios para a fixação da indenização do dano moral. In: DELGADO, Mario; ALVES, Jones (coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003.
- SILVEIRA, Alípio. *O fator político social na aplicação das leis*. São Paulo: Tipografia Paulista, 1946
- SLIZYK, Andreas. *Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle*. Von Kopf bis Fuss. Munique: Beck, 2010.
- TAMANAH, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press, 2009
- THEODORO JR., Humberto. *Dano moral*, 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- TUNC, André. *La responsabilité civile*, 2. ed. Paris: Economica, , 1989.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?*. Londres: Verso.

_____. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Londres: Verso.

_____. *The self awakened. Pragmatism unbound*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

US BUREAU of Labor Statistics, 2010. *International Average Salary Income Database*. Disponível em: <http://www.worldsalaries.org>. Acesso em: 13 ago 2010.

VARELA, J. M Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. 1, 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 613

VAZ, Miguel Afonso. *Lei e reserva de lei – a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*. Porto, 1992, p. 383 e ss.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, vol. 4, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VERMEULE, Adrian. Three strategies of interpretation. *San Diego Law Review*, v. 42, 2005, p. 607.

VILLEY, Michel. *Esquisse historique sur le mot responsable in Archives de Philosophie du Droit*, tomo 22 – La responsabilité. Sirey: Paris, 1977, p. 45-58. (Disponível em português em: VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista DIREITO GV*, v. 1, n. 1, maio 2005, p. 135-148)

VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (orgs.). *O Estado de Direito e os desafios do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VISCUSI, W. Kip. *Reforming products Liability*: Cambridge: Harvard University Press, 1991.

_____. Kip. Valuing life and risks to life. In: NEWMAN, Peter (ed.), *New Palgrave dictionary of economics and law*, 3. Ed. Londres: Macmillan, 1998, p. 660-669.

_____. Kip. Tort reform and insurance market. *Discussion paper, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business*, n. 440, 2003.

_____. Kip; ALDY, Joseph E. The value of a statistical life: a critical review of market estimates throughout the world. *NBER Working Paper*, 9487, 2003.

WESEL, Uwe. *Juristische Weltkunde: Eine Einführung in das Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.

p. Jurisprudência citada:

Precedentes da súmula 491 do STF:

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Acidente ferroviário. O embargante, pai de filho menor de 18 anos, que no mesmo faleceu, tem direito à necessária reparação, porque a vítima era um valor econômico potencial, necessário à subsistência do lar. Recurso Extraordinário 53404. 03 de maio de 1967 (1967a). Relator: Ministro Adalício Nogueira. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=37223&codigoClasse=240&numero=53404&siglaRecurso=embargos&classe=RE>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade Civil – A morte de filhos menores, conforme as circunstâncias, comporta indenização. O problema resolve-se na liquidação por arbitramento. Recurso Extraordinário 59940/SP. Relatório. Relator. Ministro Aliomar Baleeiro. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, vol. 39, tomo 1, jan., 1967 (1967b), p. 38-44. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/672980/recurso-extraordinario-re-59940-sp-stf>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade Civil. Morte de menor, sem ocupação lucrativa regular, mas que ajudava os pais, de condição humilde. Expectativa justificável de cooperação mais efetiva em futuro próximo. Indenização a ser liquidada por arbitramento. Recurso Extraordinário 65281/SP. 23 de setembro de 1968. Relator: Ministro Victor Nunes Leal. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/663785/recurso-extraordinario-re-65281-sp-stf>. Acesso em: 01 nov. 2010.

Precedentes da súmula 37 do STJ

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Indenização por danos morais, postulada pelos pais de operário solteiro, que vivia em sua companhia, vítima de violências praticadas por policiais. Cumulação com danos patrimoniais. Recurso Especial 3604/SP. Relator: Ministro Ilmar Galvão. 22 de outubro de 1990. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%27REsp%27+adj+3604%29.suce.+ou+%28%28%27REsp%27.clas.+ou+%27REsp%27.clap.%29+e+@num=%273604%27%29>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Morte em consequência de atropelamento por comboio ferroviário. Ação indenizatória. Prazo prescricional. Contagem dos juros de mora. Cumulação do ressarcimento pelos danos materiais com a indenização pelo dano moral. Prescrição vintenária, e não quinquenal, por não satisfazer a Fepasa, sociedade de economia mista, aos pressupostos estabelecidos no art. 2.º Do Dlei 4597/42, Pois sua fonte básica de receitas são as tarifas, portanto preço público, e não impostos, taxas ou contribuições exigíveis por lei. A expressão delito, posta no art. 962 do Código Civil, abrange os atos ilícitos em geral, de natureza não contratual, contando-se assim os juros de mora desde o evento danoso. Dano moral. Reparabilidade. Cumulabilidade. SE existem dano material e dano moral, ambos ensejando indenização, esta será devida cumulativamente com o ressarcimento de cada um deles, ainda que oriundos do mesmo fato. recurso especial conhecido, mas não provido. REsp 1604/SP. Relator: Ministro Athos Carneiro. 11 de novembro de 1991 (1991a). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%27REsp%27+adj+1604%29.suce.+ou+%28%28%27REsp%27.clas.+ou+%27REsp%27.clap.%29+e+@num=%271604%27%29>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral e material. Acumuláveis são as indenizações por dano moral e dano patrimonial. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido. Resp 11177/SP. Relator: Ministro Barros Monteiro. 04 de novembro de 1991 (1991b). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%27REsp%27+adj+11177%2>

[9.suce.+ou+%28%28%27REsp%27.clas.+ou+%27REsp%27.clap.%29+e+@num=%2711177%27%29](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%27REsp%27.clas.+ou+%27REsp%27.clap.%29+e+@num=%2711177%27%29). Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial. Dano moral e dano patrimonial. Cumulação. Dissídio. Recurso conhecido mas não provido. E acumulável a indenização por dano moral com a indenização por dano patrimonial. Recurso conhecido pelo dissídio, mas não provido. REsp 3229/RJ. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. 05 de agosto de 1991 (1991c). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%27REsp%27+adj+3229%29.suce.+ou+%28%28%27REsp%27.clas.+ou+%27REsp%27.clap.%29+e+@num=%273229%27%29>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil - homicídio - dano moral. Indenização - cumulação com a devida pelo dano material. Os termos amplos do artigo 159 do Código Civil não de entender-se como abrangendo quaisquer danos, compreendo, pois, também os de natureza moral. O Título VIII do Livro VIII do Código Civil. Limita-se a estabelecer parâmetros para alcançar o montante das indenizações. De quando será devida indenização cuida o art. 159. Não havendo norma específica para a liquidação, incide o art. 1.553. A norma do art. 1537 refere-se apenas aos danos materiais, resultantes do homicídio, não constituindo óbice a que se reconheça deva ser ressarcido o dano moral. Se existe dano material e dano moral, ambos ensejando indenização, esta será devida como ressarcimento de cada um deles, ainda que oriundos do mesmo fato. Necessidade de distinguir as hipóteses em que, a pretexto de indenizar-se o dano material, o fundamento do ressarcimento, em verdade, e a existência do dano moral. RESP 4236/RJ. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. 01 de julho de 1991 (1991d). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%27REsp%27+adj+4236%29.suce.+ou+%28%28%27REsp%27.clas.+ou+%27REsp%27.clap.%29+e+@num=%274236%27%29#DOC2>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal de Justiça. Civil. Cirurgia estética. Obrigação de resultado. Indenização. Dano material e dano moral. Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito. RESP 10536/RJ. Relator: Ministro Dias Trindade. 21 de junho de 1996. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/593239/recurso-especial-resp-10536-rj-1991-0008177-9-stj>. Acesso em: 01 nov. 2010.

Precedentes da súmula 281 do STJ:

BRASÍLIA. Supremo Tribunal de Justiça. Processo Civil. Liquidação de sentença. Nulidade Danos morais. Lei de imprensa. Quantum indenizatório. I – A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza. II – Segundo reiterados precedentes, o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle desta Corte, recomendando-se que a sua fixação seja feita com moderação. III - Conforme jurisprudência desta Corte, com o advento da Constituição de 1988 não prevalece a tarifação da indenização devida por danos morais. IV - Se para a fixação do valor da verba indenizatória, consideradas as demais circunstâncias do ato ilícito, acaba sendo irrelevante o fato de ter havido provocação da vítima, não é nula a decisão que, em liquidação de sentença, faz referência a tal fato. Não há, no caso, modificação na sentença liquidanda. V – Recurso especial conhecido e parcialmente provido. REsp 168945/SP. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. 06 de setembro de 1991 (1991e). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%27REsp%27+adj+168945%29.suce.+ou+%28%28%27REsp%27.clas.+ou+%27REsp%27.clap.%29+e+@num=%27168945%27%29>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Responsabilidade civil. Lei de imprensa. Notícia jornalística. Abuso do direito de narrar. Assertiva constante do aresto recorrido. Impossibilidade de reexame nesta instância. Matéria probatória. Enunciado n. 7 da

Súmula/STJ. Dano moral. Demonstração de prejuízo. Desnecessidade. Violação de direito. Responsabilidade tarifada. Dolo do jornal. Inaplicabilidade. Não-recepção pela Constituição de 1988. Precedentes. Recurso desacolhido. I - Tendo constado do aresto que o jornal que publicou a matéria ofensiva à honra da vítima abusou do direito de narrar os fatos, não há como reexaminar a hipótese nesta instância, por envolver análise das provas, vedada nos termos do enunciado n. 7 da Súmula/STJ. II - Dispensa-se a prova de prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo - o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito. III - Agindo o jornal internacionalmente, com o objetivo de deturpar a notícia, não há que se cogitar, pelo próprio sistema da Lei de Imprensa, de responsabilidade tarifada. IV - A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, não se podendo admitir, no tema, a interpretação da lei conforme a Constituição. REsp 513057/SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 10 de março de 1998. Disponível:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%27REsp%27+adj+513057%29.suce.+ou+%28%28%27REsp%27.clas.+ou+%27REsp%27.clap.%29+e+@num=%27513057%27%29>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Danos morais. Ofensa veiculada pela imprensa. limitação estabelecida na lei nº 5.250, de 9.2.1967. não-recepção pela Carta Política de 1.988. Incidência da Súmula nº 7-STJ. Intento de, em sede de declaratórios, rediscutir fatos e circunstâncias da causa. Inexistência de omissão e contradição do Acórdão recorrido. A limitação estabelecida pela Lei de Imprensa quanto ao montante da indenização não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Admissibilidade da fixação do quantum indenizatório acima dos limites ali previstos. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula nº 7-STJ). Recurso especial não conhecido. Resp 213188/SP. Relator: Ministro Barros Monteiro. 21 de maio de 2002. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%27RESP%27.clap.+ou>

[+%27RESP%27.clas.%29+e+@num=%27213188%27%29+ou+%28%27RESP%27+adj+%27213188%27.suce.%29](#). Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Civil e processual. Acórdão estadual. Omissão não configurada. Ação de indenização. Notícia ofensiva publicada em jornal de sindicato profissional. Dano moral. Valor. Razoabilidade. Honorários de sucumbência. CPC, ART. 21. ININCIDÊNCIA. I. Não padece de nulidade o acórdão que se acha devidamente fundamentado, apenas contendo conclusões parcialmente desfavoráveis às pretensões das partes autora e ré. II. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" - Súmula n. 7-STJ. III. Valor da indenização fixado em parâmetro razoável, pelo que indevidos os pedidos tanto de elevação, como de redução. IV. A tarifação prevista na Lei de Imprensa não mais prevalece após o advento da Constituição Federal de 1988. Precedentes do STJ. V. Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliada à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial (REsp n. 265.350/RJ, 2ª Seção, unânime, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 27.08.2001). VI. Recursos especiais não conhecidos. REsp 453703/MT. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. 21 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%27REsp%27+adj+453703%29.suce.+ou+%28%28%27REsp%27.clas.+ou+%27REsp%27.clap.%29+e+@num=%27453703%27%29>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no recurso especial. Processual Civil e civil. Reexame de prova. Impossibilidade. Danos Morais. Indenização. Lei de imprensa. Tarifação. Inaplicabilidade. Na via especial, não é possível o reexame das provas produzidas pelas partes. Hipótese em que as matérias jornalísticas atacam a pessoa do magistrado, e não os atos por ele praticados no exercício da judicatura, de forma a restar descaracterizada a "crítica inspirada no interesse público" (art. 27, VIII, da Lei de Imprensa). A fixação do valor da indenização por danos morais não está sujeita ao tarifamento positivado na Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) RESP

323856/RS. Relator: Ministra Nancy Andriahi. 01 de agosto de 2001 (2001a). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/303986/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-323856-rs-2001-0059908-1-stj>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Civil e processual civil. Ofensa à honra. Matéria veiculada em televisão. Legitimidade passiva do entrevistado. Indenização. Não tarifada. Quantificação. Em se tratando de responsabilidade civil fundada em dano moral, admite-se que o pedido seja formulado sem se especificar o valor pretendido a título de indenização. A pessoa entrevistada que fez afirmação injuriosa veiculada em programa televisivo, de que decorreu a ação indenizatória de dano moral promovida pelo que se julga ofendido em sua honra, tem legitimidade para figurar no seu polo passivo. A Constituição de 1988 afastou, para a fixação do valor da reparação do dano moral, as regras referentes aos limites tarifados previstas pela Lei de Imprensa, sobretudo quando, como no caso, as instâncias ordinárias constatarem soberana e categoricamente o caráter insidioso da matéria de que decorreu a ofensa. Precedentes. Ademais, a ação foi proposta com base no direito comum. "O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça" (REsp n. 53.321/RJ, Min. Nilson Naves). Para se estipular o valor do dano moral devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da *recompensa ao desconforto*, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado. Recurso parcialmente conhecido e nessa parte parcialmente provido. RESP 169867/RJ. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 19 de março de 2001 (2001b). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%27REsp%27+adj+169867%29.suce.+ou+%28%28%27REsp%27.clas.+ou+%27REsp%27.clap.%29+e+@num=%27169867%27%29>. Acesso em: 01 nov. 2010.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental 130

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. lei de imprensa. referendo da medida liminar. expiração do prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Tendo em vista o encerramento do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, fixado pelo Plenário, para o julgamento de mérito da causa, resolve-se a Questão de Ordem para estender esse prazo por mais 180 (cento e oitenta) dias. Relator: Ministro Carlos Brito. 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=559777>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal.. INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. Recurso Extraordinário 447584. Relator: Cesar Peluso. 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=409800>. Acesso em: 01 nov. 2010.

Outros

BRASÍLIA. Superior Tribunal Federal. Indenização - dano moral - extravio de mala em viagem aérea - Convenção de Varsóvia - observação mitigada - Constituição Federal - Supremacia. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil. Recurso Extraordinário 172720-9/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. 06 de fevereiro de 1996. Disponível em: Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. TRANSPORTE AÉREO. Atraso. Viagem internacional. Convenção de Varsóvia. Dano moral. Código de Defesa do Consumidor. O dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC. Demais questões não conhecidas. Recurso dos autores conhecido em parte, e, nessa parte, parcialmente provido. Recurso da ré não conhecido. RESP 235678/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 02 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/375718/recurso-especial-resp-235678-sp-1999-0096670-8-stj>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade Civil. Transporte aéreo internacional. Extravio de carga. Código de Defesa do Consumidor. Para a apuração da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional pelo extravio da carga, aplica-se o disposto no Código de Defesa do Consumidor. Recurso conhecido pela divergência, mas desprovido. RESP 171506/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 21 de setembro de 2000 (2000a). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=63950&nreg=199800265082&dt=20010305&formato=HTML>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Transporte aéreo. Extravio de bagagem (danos à bagagem/danos à carga). Indenização (responsabilidade). Cód. Bras. de Aeronáutica e Conv. de Varsóvia/Cód. de Def. do Consumidor. 1. Segundo a orientação formada e adotada pela 3ª Turma do STJ, quando ali se ultimou o julgamento dos REsp's 158.535 e 169.000 (sessão de 4.4), a responsabilidade do transportador não é limitada, em casos que tais. Cód. de Def. do Consumidor, arts. 6º, VI, 14, 17, 25 e 51, § 1º, II. 2. Retificação de voto. 3. Recurso especial conhecido pelo dissídio mas desprovido. RESP 154943/DF. Relator: Ministro Nilson Naves. 04 de abril de 2000 (2000b). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8189022/recurso-especial-resp-154943-df-1997-0081326-6-stj>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil. Transportador. Limitação de Indenização. Código de Defesa do Consumidor. Convenção de Varsóvia. Editada lei específica, em atenção à Constituição (Art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. Havendo antinomia, o previsto em tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível. Recurso conhecido e não provido. RESP 169000/RJ. Relator: Ministro Paulo Costa Leite. 04 de abril de 2000 (2000c). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199800221786&dt_publicacao=14-08-2000&cod_tipo_documento=. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Transporte aéreo de mercadorias. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 1 .Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a indenização pelo extravio de mercadoria não está sob o regime tarifado, subordinando-se ao princípio da ampla reparação, configurada a relação de consumo. 2 .Recurso especial conhecido e provido. RESP 209527/RJ. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 15 de dezembro de 2000 (2000d). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15448841/peticao-de-recurso-especial-resp-773250-stj>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Atraso em vôo internacional. Excludente de responsabilidade. Ausência de prova. Indenização tarifada. Código de defesa do consumidor. Aplicabilidade. Julgamento extra petita. Prequestionamento. Ausência. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. I - Restando incontroverso o atraso em vôo internacional e ausente prova de caso fortuito, força maior ou que foram tomadas todas as medidas necessárias para que não se produzisse o dano, cabível é o pedido de indenização nos moldes da Convenção de Varsóvia. II - A Seção de Direito Privado, através das duas Turmas que a compõem, firmou posicionamento pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas indenizações decorrentes da deficiente prestação no transporte aéreo. RESP 223939/SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 13 de março de 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%27RESP%27.clap.+ou+%27RE SP%27.clas.%29+e+@num=%27223939%27%29+ou+%28%27RESP%27+adj+%27223939%27.s uce.%29>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em voo internacional. aplicação do código de defesa do consumidor. matéria infraconstitucional. Não conhecimento. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido. RE 351750/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2041694>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em vôo internacional. Aplicação do código de defesa do consumidor. matéria infraconstitucional. Não conhecimento. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido. Recurso Extraordinário 351750-3/RJ. Relator: 17 de maio de 2009. Disponível em: Acesso em: 01 nov. 2010.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região.. APELAÇÃO. DANO MORAL. DANO MATERIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. CULPA CONCORRENTE. A empresa ferroviária responde civilmente pelo descumprimento do dever de manutenção e conservação, em local de intenso trânsito de pedestres, de cercas ou muros em volta de suas linhas férreas. Reconhecimento de culpa concorrente do transeunte, reduzindo à metade o valor indenizatório. Parcial provimento da apelação da RFFSA e improvimento do recurso adesivo dos autores. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não a do Ministério da Justiça

Apelação Cível 2008.70.99.001734-6/PR. Data: 21 de outubro de 2008. Disponível em: <http://gedpro.trf4.gov.br/visualizarDocumentosInternet.asp?codigoDocumento=2500507> Acesso em: 01 nov. 2010.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação 2003 61 00 018039-9. Relator: Rubens Calixto. Data: 11 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=20> Acesso em: 01 nov. 2010.