

A Quantificação Advinda Da Indenização Por Dano Moral Na Justiça Cível Comum

Elisangela Fernandez Árias*

SUMÁRIO: Introdução; CAPÍTULO 1 – Das definições conceituais; 1.1. Do dano moral; 1.2. O atual posicionamento jurisprudencial e doutrinário a respeito da quantificação resultante da lesão moral; 1.3. Da Teoria do Desestímulo; 1.4. Do enriquecimento ilícito ou sem causa; CAPÍTULO 2 – Possíveis causas históricas da quantificação dada à indenização por dano moral como hoje é considerada na justiça cível comum; CAPÍTULO 3 – Justiça: o respeito à dignidade da pessoa e a importância dos princípios e da moral na aplicação do direito; 3.1. A imprescindível respeitabilidade ao princípio da isonomia na prestação jurisdicional; 3.2. Dignidade da pessoa humana: fundamento da República Federativa do Brasil; 3.3. A relevância da moral e dos princípios gerais de direito para a efetividade da justiça; 3.4. A normatividade dos princípios; 3.5. A escola do jusnaturalismo, do juspositivismo e do pós-positivismo; 3.6. Princípios e regras; CAPÍTULO 4 – A “produção dos discursos” e as “verdades” que lhe são inerentes: uma breve análise do poder segundo Michel Foucault; Considerações finais; Referências; ANEXO I – Pesquisa: Juízes favorecem a parte mais forte; ANEXO II – Indenização milionária a Desembargador; ANEXO III – Redução de indenização; ANEXO IV – Globo é condenada a indenizar Desembargador; ANEXO V – Indenização irrisória por beber “água com cadáver”; ANEXO VI – Projeto de lei sobre danos morais; ANEXO VII – Texto original do projeto de lei n. 7.124/2002; ANEXO VIII – Projeto de lei n. 1.443/2003 que também versa sobre critérios para a quantificação da indenização por dano moral.

Resumo: Tratar-se-á no presente trabalho da quantificação da indenização por dano moral como meio satisfatório de reparação da lesão sofrida, analisando-se aspectos jurídicos, históricos, sociais e econômicos norteadores dessa valoração, sendo considerado, para tanto, o que propaga como adequado a jurisprudência, observando-se, ainda, a relevante necessidade de se respeitar o princípio da igualdade – constitucionalmente previsto e imprescindível para a existência de uma sociedade justa e isenta de preconceitos – ao se quantificar a referida indenização, cujo valor denote uma condenação real e efetiva do ofensor, inclusive levando-se em conta a teoria do desestímulo, comentando-se, ainda, sobre possíveis causas históricas responsáveis pela discriminação impingida aos menos favorecidos sócio-economicamente, o que pode explicar o atual posicionamento da jurisprudência majoritária em relação à quantificação da indenização por dano moral, além de se enfatizar a importância da aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa e da igualdade, bem como da moral nos julgamentos a esse respeito, trazendo também considerações a respeito de “poder” segundo Michel Foucault, a fim de melhor esclarecer que a maneira hodierna adotada para tal valoração é injusta, discriminatória e, por vezes, não repara o dano sofrido pela vítima, pelo contrário, estimula o atos danosos à moral do indivíduo e da sociedade, notadamente contra os menos favorecidos financeiramente.

INTRODUÇÃO

O presente estudo científico tem o escopo de analisar os critérios utilizados pelo intérprete da justiça cível comum, ao exercer o poder jurisdicional no caso concreto que verse sobre lesão moral, para quantificar a indenização a ser dada ao ofendido, com o escopo de verificar se o método hodierno é adequado e justo.

Atualmente, há um consenso entre a jurisprudência e a doutrina, majoritariamente, em relação aos critérios basilares que norteiam a quantificação da indenização decorrente de dano moral. São, então, considerados os seguintes critérios para a quantificação in casu:

condição socioeconômica da vítima, condição socioeconômica do ofensor e extensão do dano.

Por intermédio de tais critérios, os magistrados diferenciam a quantificação da indenização por dano moral entre pessoas pobres e/ou desconhecidas publicamente e outras detentoras de um poder socioeconômico mais elevado ou consideradas ricas e conhecidas, atribuindo somente ao desprivilegiado sócio-economicamente uma indenização que não fira o instituto do enriquecimento sem causa ou ilícito. No que tange aos abastados e possuidores de um status social de prerrogativas não há qualquer impedimento para que a quantificação da indenização por lesão moral seja elevada ou vultosa, justamente pela sua condição socioeconômica.

Vale ressaltar que há entendimento de parte da jurisprudência e da doutrina no sentido de atribuir à quantificação da indenização em questão, após a análise dos critérios acima declinados, uma quantia capaz e suficiente de desestimular o causador da lesão ofensora de direitos personalíssimos resultante de dano moral na prática reiterada de tal ato ilícito, cujo caráter pode ser entendido como punitivo, conforme dispõe a Teoria do Desestímulo. Contudo, ver-se-á que esta teoria quase não é aplicada em virtude de se negar a validade de punição ao se condenar o ofensor ao pagamento da indenização aqui estudada, além do fato de que é incompatível com o critério da “condição socioeconômica da vítima” – preponderante sobre os dois demais critérios – se esta for pobre e desconhecida, pois se entende que o acréscimo valorativo capaz de desestimular práticas reincidentes, como pretende tal teoria, resultará na proibição de enriquecimento sem causa ou ilícito.

O presente estudo sobre a quantificação do dano moral resultante de indenização dada por meio do devido processo legal na Justiça Comum Cível – por isso não se comentará o entendimento atual para a quantificação do dano e do assédio moral na Justiça do Trabalho, assim como o da Justiça Federal - será analisado sob a ótica dos princípios constitucionais da igualdade, prescrito no artigo 5º, caput e da dignidade da pessoa, estabelecido no artigo 1º, inciso III.

Importa asseverar que também entende majoritariamente a doutrina e a jurisprudência que somente os ataques aos direitos personalíssimos são legitimadores de indenização por dano moral, quais sejam: direito à integridade física e psíquica – direito à vida, à saúde física e mental, ao corpo, sua utilização e disposição, por exemplo -, à integridade moral – direito à imagem, à vida privada, que é a intimidade da pessoa, à honra subjetiva e objetiva, à crença ou religiosidade e ao nome, por exemplo – e à integridade intelectual – direito autoral, por exemplo.

Os referidos direitos personalíssimos são resultantes do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo este considerado como fundamento da República Federativa do Brasil.

Serão trazidos à baila possíveis aspectos históricos atinentes à atual forma de se quantificar a indenização advinda de dano moral, bem como a importância dos princípios na aplicação da tutela jurisdicional, além de algumas considerações acerca da moral e alguns conceitos filosóficos a respeito do poder e sua conseqüente produção de “verdades”, o que provavelmente influencia o atual método de quantificação da indenização por dano moral.

1. DAS DEFINIÇÕES CONCEITUAIS

1.1. Do dano moral

A Constituição Federal vigente colocou uma pá de cal nas argumentações contrárias à reparabilidade do dano moral independente da advinda de dano material, prescrevendo em seu artigo 5º, inciso V, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e, no inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Muito bem lembra Clayton Reis (1995, p. 72), que, com o entendimento constitucional a respeito da indenização por dano moral, várias legislações foram editadas no País, ampliando as opções de ações judiciais propostas com o intuito de reparação nesse aspecto. É o que se pode notar no artigo 6º, incisos VI e VII do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), o qual admitiu a reparação de danos materiais e morais do consumidor lesado. O mesmo ocorreu com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990), que em seu art. 17, combinado com o artigo 201, incisos V, VIII e IX, assegurou à criança e ao adolescente o direito à integridade física, psíquica e moral.

Segundo ensina Yussef Said Cahali (2000, p. 18), em pioneirismo astucioso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 1976, decidiu de maneira categórica que “o dano moral é indenizável, tanto quanto o dano patrimonial”.

Destarte, mesmo antes do advento da Constituição Federal (1988), já se entendia indenizável o dano moral. Obviamente que as decisões eram muito isoladas.

Superando quaisquer divergências a respeito da acumulabilidade dos danos material e moral, o Superior Tribunal de Justiça, com respaldo constitucional, consolidou a Súmula 37, segundo a qual “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Os danos morais têm natureza distinta dos danos materiais. Bem observa Minozzi (1917, p. 40-41) a esse respeito:

“la distinzione del danno patrimoniale ed non patrimoniale non si riferisce al danno nella sua origine, ma al danno nei suoi effetti. Quando parleremo di danni non patrimoniali, intendiamo parlare di danni che non ledono il patrimonio della persona. Il contenuto di questi danni non è il danaro, nè una cosa commercialmente riducibile in danaro, ma il dolore, lo spavento, l'emozione, l'onta, lo strazio fisico o morale, in generale una dolorosa sensazione provata dalla persona, attribuendo alla parola dolore il più large significato”.

Nesse sentido, os danos patrimoniais são de fácil percepção, na medida em que representam uma diminuição no patrimônio daquele que sofre uma lesão a um direito. Os danos morais, por sua vez, são de mais difícil compreensão ou apreensão, uma vez que não se identificam por uma simples subtração patrimonial, daí porque também recebem a denominação de danos extrapatrimoniais.

No que tange à quantificação do dano moral, este hoje amplamente requerido judicialmente, não há, até o momento, norma legal que a preceitue. Todavia, a jurisprudência entende que alguns critérios, os quais serão aqui discutidos, devem ser levados em consideração no momento da decisão do magistrado, quais sejam: extensão do dano, condição econômica do ofensor e condição econômica da vítima.

Não é demais comentar, porém, o que reza o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com os princípios gerais de direito”. Assim, o juiz deve atentar, no momento de quantificar o dano moral suportado pela vítima, decidindo o caso de acordo com os princípios gerais de direito, que mais à frente serão analisados.

Segundo o magistério de Maria Helena Diniz (2005, p. 91), dano moral “vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo”.

Como assinala Carlos Bittar (1992, p. 41),

(...) qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).

Modernamente, nos Tribunais, entende-se que a dor moral indenizável é aquela que atinge os Direitos da Personalidade, não sendo indenizável o “mero aborrecimento”, tendo em vista que a lesão sofrida pela vítima não será indenizada se for caracterizada por percalços cotidianos, a que todos estamos sujeitos.

É óbvio que a dor, o vexame e o constrangimento estarão presentes, na medida em que a lesão a um bem personalíssimo terá como conseqüência certa esses sentimentos. Contudo, não são mais considerados pela jurisprudência e pela doutrina como critérios para a qualificação do dano moral. Este vértice do dano moral não será no presente trabalho discutido, já que é complexo e merece ser tratado separadamente.

Nesse diapasão, o dano moral, ensina-nos ainda Maria Helena Diniz, (2005, p. 92) não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a conseqüência do dano.

E explica:

A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis de cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes de privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.

Como se percebe, o dano moral, em contraposição ao dano patrimonial, não é só difícil de identificar, como também é difícil de quantificar. Isso porque o dano moral, por ser extrapatrimonial, não atinge a esfera do patrimônio da pessoa, mas sim os seus valores morais, éticos, psicológicos e sociais.

Destarte, a jurisprudência tem entendido como indenizável a título de dano moral somente a lesão que atinja os direitos personalíssimos do sujeito, tais como direito à integridade física e psíquica – direito à vida, à saúde física e mental, ao corpo, sua utilização e disposição, por exemplo -, à integridade moral – direito à imagem, à vida privada, que é a intimidade da pessoa, à honra subjetiva e objetiva, à crença ou religiosidade e ao nome, por exemplo – e à integridade intelectual – direito autoral, por exemplo. Todos estes direitos personalíssimos são conseqüentes do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal).

Os direitos personalíssimos ou da personalidade são direitos indisponíveis que antecedem a qualquer norma positivada, pois o Estado não precisa reconhecê-los para que existam. Eles existem antes, durante e depois da morte da pessoa. Por isso, também podem ser chamados de imprescritíveis.

1.2. O atual posicionamento jurisprudencial e doutrinário a respeito da quantificação resultante da lesão moral

Contemporaneamente, têm os tribunais e os doutrinadores, majoritariamente, entendido que só acarreta indenização por dano moral a ofensa a direitos personalíssimos, como já se apontou, e a quantificação é dada por intermédio dos seguintes critérios: condição socioeconômica da vítima, condição socioeconômica do ofensor e extensão do dano.

Para Carlos Alberto Bittar (1999, p. 221), o dano moral resulta da violação a um direito da personalidade, como a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, a intimidade etc. Para a reparação do dano moral, dessa maneira, o referido autor entende que é necessário utilizar-se, para a fixação do quantum indenizatório, a efetiva compensação do lesado e o desestímulo ao lesante, estando inseridos nesse contexto fatores subjetivos e objetivos relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do ofensor, de

eventual participação do lesado no evento danoso – culpa concorrente – da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ato ilícito.

É imprescindível comentar que o único critério atualmente utilizado pelos intérpretes previsto em lei é o da extensão do dano, descrito no artigo 944 do Código Civil, in verbis:

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

Depreende-se deste artigo que o quantum indenizatório é variável conforme o grau de lesividade moral que o ato ilícito do ofensor causou ao direito personalíssimo da vítima. Nesse sentido, quanto maior o grau de lesivo maior será a indenização.

Na extensão do dano compreende-se a culpa ou o dolo do autor da ofensa, assim como a gravidade do dano que causara ao ofendido, entendendo esta gravidade como prejuízos subjetivos – psíquicos – e objetivos – reputação social maculada.

O parágrafo único do referido artigo também deve ser anotado e comentado para melhor elucidar o assunto.

“Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

Assim, está adotada a teoria da gradação da culpa do autor da lesão, devendo ser medida para se quantificar a indenização decorrente de dano moral a fim de que haja proporção entre a gravidade da culpa do ofensor e o dano efetivamente suportado pelo lesado, haja vista que de forma diferente privilegiar-se-ia uma das partes injustamente.

Faz-se mister trazer o magistério de Regina Beatriz Tavares da Silva (FIUZA, et. al, 2005, p. 855):

O parágrafo único deste artigo adota a teoria da gradação da culpa, a influenciar o quantum indenizatório, mas somente possibilita sua diminuição diante de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Esse parágrafo é inaplicável nas hipóteses de responsabilidade objetiva, em que não há apuração da culpa e, portanto, descabe a diminuição da indenização consoante o critério aqui estabelecido. Desse modo esse parágrafo é aplicável exclusivamente à responsabilidade civil subjetiva.

Este trabalho não objetiva discorrer sobre as espécies de responsabilidade civil, contudo, pelo trecho citado importa comentar que o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil atual não se aplica à responsabilidade objetiva porque nesta o ofendido tem de provar, tão-somente, o dano sofrido e o nexos de causalidade entre este e a conduta do ofensor. Como o mencionado parágrafo refere-se à gravidade da culpa do ofensor, sendo que indispensavelmente deve ser provada pela vítima para o recebimento da indenização, somente pode ser aplicado à responsabilidade subjetiva.

No caso da responsabilidade objetiva, na qual igualmente é analisada a obrigação de indenizar pelos critérios da condição socioeconômica da vítima, da condição socioeconômica do ofensor e da extensão do dano, o juiz, em vez de verificar a gravidade da culpa, atentar-se para a gravidade do dano ou da lesão perpetrada ao ofendido, que nada mais é do que propriamente a extensão do dano.

Sob a égide do princípio da razoabilidade, que se traduz em proporcionalidade e proibição de excessos, o Superior Tribunal de Justiça chamou para si o controle e fiscalização do valor arbitrado nas indenizações por dano moral, em razão dos manifestos e freqüentes abusos na estipulação das verbas indenizatórias. Ocorre que, como o arbitramento se dá de acordo com os critérios citados, torna-se muito relativa a dor moral, pois o que é para um motivo relevante, para outro pode não ser, ainda mais quando se desvaloriza, pela condição socioeconômica, o direito de personalidade das pessoas comuns e menos favorecidas financeira e socialmente. Entretanto, como não há lei específica para mensurar o valor indenizatório a título de dano moral, o método atual deve ser amoldado pelo bom senso do julgador.

A jurisprudência do referido egrégio Tribunal é no sentido de que o valor da condenação advinda do dano moral deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em punição excessiva à parte que indeniza nem o enriquecimento indevido da parte lesada, no que tange aos indivíduos de posição econômica de baixa renda. Recomenda-se que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa ou gravidade do dano e à capacidade socioeconômica das partes, utilizando-se o juiz da razoabilidade, mormente das regras de experiência, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Não obstante a revisão da indenização por danos morais estar condicionada à análise de elementos fático-probatórios, o que, a princípio, impediria a sua realização em sede de recurso especial – Súmula 7 do STJ –, tem sido permitido o reexame do seu quantum pelo Superior Tribunal de Justiça somente para modificar valores exorbitantes ou irrisórios, com o intuito de se corrigirem as constantes distorções verificadas em sua fixação por tribunais inferiores e magistrados de primeira instância.

Não se poderia deixar de ressaltar casos concretos referentes à aplicação da indenização por dano moral balizada pelos critérios entendidos como corretos pelos tribunais, exaustivamente mencionados.

O primeiro caso – Recurso Especial n. 899869 – que se passará a expor trata-se de indenização por erro médico, inclusa a do dano moral.

A recorrente Mater Clínica Ltda., de Minas Gerais, foi condenada a pagar indenização de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e ao pagamento de uma pensão de um salário mínimo mensal para E. N. B., devido a grave erro médico ocorrido na clínica durante os procedimentos de parto. O valor foi estabelecido pelo ministro Humberto Gomes de Barros, relator do processo, e acatado por unanimidade pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Mater Clínica ficou liberada de pagar plano de saúde para a vítima.

A paciente lesada argumentou que se queixou desde o início dos procedimentos ambulatoriais, pois sentia dores fortíssimas, o que não foi levado em consideração pela enfermeira, a qual alegou que os procedimentos executados eram normais.

A consumidora foi então levada até um médico que teria declarado: "vamos tentar salvar pelo menos a criança". O parto foi feito, mas, segundo ela, não teria havido uma tentativa imediata de reverter os efeitos das queimaduras causadas por formol utilizado indevidamente. A clínica negou essa versão, afirmando que, assim que o erro foi detectado, todas as medidas necessárias foram tomadas. O erro médico, segundo perícia, deixou seqüelas, como incapacidade de controlar a defecação, perda de parte do reto e intestino, perda de controle do esfíncter e prejuízos à vida profissional e sexual.

Em primeira instância, a clínica foi condenada ao pagamento de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) por danos morais e igual quantia por danos materiais, que englobariam danos estéticos. E. N. B. pediu o pagamento das despesas médicas, mas o juiz concedeu o pagamento de plano de saúde. A Mater Clínica Ltda e a vítima apelaram ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que determinou a redução da indenização por danos morais para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e afirmou que os danos estéticos já estariam inclusos nestes. Além disso, o referido Tribunal decidiu que a Clínica Mater não precisaria pagar o plano de saúde, pois isso não estava no rol de pedidos formulados pela paciente E. N. B..

Após tantas vitórias, a Clínica Mater, ainda insatisfeita, resolveu interpor Recurso Especial no qual alegou que o valor das indenizações era excessivo e que não havia prova de que E. N. B. exercia alguma atividade remunerada antes do fatídico atendimento médico, o que afastaria a pensão mensal. Vergonhosamente alegou que o estado de saúde da vítima seria bom, apenas com algumas limitações de esforço, além do que as seqüelas não seriam visíveis, o que descaracterizaria o dano estético. A vítima, E. N. B., também interpôs recurso especial para tentar reverter a prejudicial decisão recebida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Em seu voto, o ministro relator do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, considerou os fatos "impressionantes", ainda que controversos. Destacou que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a análise separada de danos morais e estéticos, ainda que oriundos do mesmo fato. As seqüelas, mesmo não visíveis, causariam sofrimento à vítima, pois ela teria tido prejuízos, inclusive, em sua vida sexual. Ele também considerou que era "óbvia" a redução da capacidade laboral da vítima, o que justificaria a pensão de um salário mínimo.

O insigne ministro considerou adequado o pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelos danos morais causados a E. N. B., quantia que seria a adequada para punir a Clínica Mater. Além disso, considerou que os danos estéticos deveriam também ser levados em conta, apesar das complexidades na jurisprudência do próprio egrégio tribunal. Destacou, em seu voto, que o dano estético causa danos materiais e morais, não tendo previsão própria no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, admitiu que a orientação da Terceira Turma tem sido no sentido de conceder a indenização por danos estéticos, que fixou em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

O magistrado em questão entendeu, ainda, que não seria possível obrigar a clínica ao pagamento de plano de saúde, pois isso não foi pedido por E. N. B. na inicial. Portanto, sua concessão seria considerada como extra petita.

Em relação à pensão mensal, o relator citou precedente relacionado à indenização por acidente de trabalho, esclarecendo que o raciocínio é bastante semelhante. "Não basta supor que a vítima será capaz de exercer algum outro trabalho para impedir o pensionamento", explicou. "Não há elementos nos autos que comprovem o exercício de qualquer trabalho pela autora e, tampouco, seus rendimentos mensais antes do fatídico acontecimento".

Assim sendo, argumentou que o pensionamento deve ser fixado em um salário mínimo mensal a ser pago desde a data do ato ilícito até o falecimento da autora. O relator determinou também que a Clínica Mater Ltda deverá constituir capital para garantir o pagamento da pensão, citando o precedente da Súmula n. 313, a qual determina que "em

ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado”.

Neste primeiro caso resta evidenciado o fato de que é bastante relutante por parte dos juízes conceder indenização por dano moral em quantia que seja realmente caracterizadora de justa e efetiva condenação do ofensor – e, em contrapartida, adequada compensação da vítima – visto que o Tribunal de Justiça reduziu para somente R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a indenização da paciente lesada por erro médico, não se levando em consideração a extensão do dano gravíssimo que sofrera.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do voto do ministro relator dos recursos especiais interpostos pela Clínica Mater Ltda e por E. N. B., componente da Terceira Turma deste egrégio tribunal, a qual julgou, por unanimidade, prejudicado o recurso da primeira, dando parcial provimento ao da segunda, demonstrou que pessoas comuns e de baixo poder financeiro e social, ainda que o dano moral sofrido seja de elevado grau de lesividade, não recebem quantia indenizatória a tal título em consonância com a verdadeira expectativa do ofendido em ser satisfatoriamente compensado – porque na indenização por dano moral não há ressarcimento, vez que praticamente é impossível restaurar o bem lesado – e que denote uma condenação ajustada ao caso, como objetiva a teoria do desestímulo.

Tem-se entendido, como visto, que o dano moral pode ser cumulado com dano estético para fins de indenização. Interessante notar, neste aspecto, que parece ser mais valorizado o dano estético que o dano moral, talvez porque ainda não se consiga estimar a psique ou estrutura psicológica do sujeito totalmente dissociada do seu aspecto biológico ou físico. É provável que o dano estético, por estar diretamente ligado ao corpo da pessoa, tenha mais importância do que o dano puramente moral, o que pode indicar pouco conhecimento sobre a estrutura biopsicossocial e cultural do ser humano por parte de alguns julgadores.

Para demonstrar o disparate entre decisões judiciais a respeito de dano moral causado ao sujeito comum e de baixa renda e ao indivíduo privilegiado sócio-economicamente, passar-

se-á a relatar outro caso, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial n. 695000 – que envolve indenização por dano moral, no qual são partes a recorrente Sport e Lazer IV Centenário S/A e o recorrido Sandro Rogério de Resende Carapiá.

Constatar-se-á, logo após a análise deste caso, que, infelizmente, a tão necessária razoabilidade não está, muitas vezes, presente nos provimentos jurisdicionais, sendo o indivíduo comum e pobre tratado como um mero objeto, em vez de sujeito de direitos. Este caso também fora julgado pela terceira turma do egrégio tribunal, sendo o ministro relator o ilustre Carlos Alberto Menezes Direito.

O publicitário Sandro Rogério de Resende Carapiá, agredido há onze anos por lutadores de jiu-jitsu na casa noturna Resumo da Ópera, no Rio de Janeiro, receberá, pela decisão da terceira turma, por unanimidade, seguindo o voto do relator, indenização que será paga, solidariamente, pelos donos da boate e pelo empresário Ricardo Amaral, proprietário da empresa que fazia a segurança do local.

Ao proferir o voto, o ministro Menezes Direito ressaltou que o caso deve servir de exemplo para que as casas de diversão mantenham seguranças preparados para evitar agressões e brigas. O magistrado diz não ter dúvida de que as casas noturnas enquadram-se no Código de Defesa do Consumidor quando prestam seus serviços, reconhecendo a decisão de mérito da segunda instância. Para ele, a relação de consumo está exatamente na natureza do serviço prestado, incumbindo, portanto, ao estabelecimento oferecer ao cliente condições para que ele possa divertir-se com tranqüilidade e segurança.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça ratificou o entendimento da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quanto à negligência da casa noturna pela existência de superlotação e deficiência do sistema de segurança.

O valor da indenização a título de dano moral foi fixado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro inicialmente em R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), alcançando a cifra milionária de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) devido à atualização e

correções monetárias. Os réus também foram condenados a pagar à vítima pensão mensal no valor de um salário mínimo.

Segundo relato dos fatos, no dia vinte e seis de abril de 1996, Sandro Carapiá reuniu amigos na boate Resumo da Ópera para comemorar seu aniversário de vinte e nove anos. Na pista de dança, sem qualquer motivo, Sandro “foi atacado por um lutador de jiu-jitsu com uma gravata por trás, chamada mata leão pelos esportistas”. Prestes a desmaiar, recebeu um murro de outro lutador que usava soco inglês. Desfalecido, o jovem foi brutalmente chutado por seis integrantes do bando durante vários minutos. Segundo depoimentos, os seguranças da boate só intervieram quando o ataque já havia sido interrompido por outros frequentadores, incluindo os amigos da vítima.

A demora na prestação de socorro, além da violência do ataque, deixou Sandro Carapiá com seqüelas irreversíveis. Um colega ainda tentou retirá-lo da boate, mas não conseguiu porque o gerente alegou que eles ainda não haviam pago as comandas. O rapaz, que à época do ataque inaugurava sua empresa de publicidade, ficou mais de um ano sem conseguir trabalhar, na tentativa de se recuperar de um traumatismo craniano. O laudo médico anexado ao processo comprova presença de lesões definitivas, com redução da capacidade profissional, graves danos psicológicos e neurológicos. Atualmente, Sandro Carapiá tenta administrar a fobia de lugares públicos, a convulsão e a incapacidade para dirigir devido à forte sonolência provocada pelos remédios que passaram a fazer parte do seu dia-a-dia.

Repara-se que o ofendido deste caso é portador de uma condição socioeconômica mais avantajada que a vítima do primeiro, porque estava prestes a abrir seu escritório de publicidade quando foi atacado na casa noturna, devendo-se reiterar que a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça julgou os dois casos ora mencionados.

Vale ressaltar que o julgamento de cada caso ocorreu muito próximo. O primeiro foi julgado em treze de fevereiro de 2007 e o segundo em vinte e três de abril também deste ano.

Justamente pela posição social e econômica das vítimas, sendo que tanto num caso como no outro a lesão moral é de grau de lesividade elevado, bem como os ofensores detêm capacidade financeira capaz de suportar uma condenação por dano moral avantajada, é que se quantificou a indenização, em casos tão parecidos, com valores diferentes, ou seja, à vítima comum e pobre do primeiro caso entendeu-se adequada à sua dor moral R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); ao ofendido do segundo caso, jovem de status privilegiado, atribuiu-se-lhe R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) de indenização pelos danos morais sofridos.

O ministro relator do segundo caso, Menezes Direito, alegou, ao arbitrar o quantum indenizatório decorrente do dano moral, que o julgamento serve de exemplo para que as casas de diversão mantenham seguranças preparados para evitar agressões e brigas, incumbindo, portanto, a tais estabelecimentos – que mantêm relação consumerista com os clientes – oferecerem ao cliente condições para que possa divertir-se com tranquilidade e segurança.

Diante disto, algumas indagações poderiam ser feitas, tendo em vista que a mesma Turma do Superior Tribunal de Justiça, em datas de julgamento tão próximas, decidiu os dois casos supra mencionados quantificando a indenização por dano moral de cada vítima em patamar financeiro bastante diferente: os hospitais, clínicas ambulatoriais e médicos em geral não precisam receber condenação adequada para servirem de exemplo e manterem a qualidade esperada a fim de que a vida – que é o bem supremo, pois dela decorrem os demais direitos – e tudo a ela ínsito sejam devidamente respeitados? E o consumidor dos serviços médico-hospitalares, não necessita ser adequadamente atendido para, em vez de piorar, ter sua saúde melhorada ou sua dor minimizada? Ou será que uma mulher perfeitamente saudável prestes a dar à luz, ao buscar ajuda médica especializada, em vez de receber seu filho nos braços, momento tão sublime a uma mulher, e aproveitar cada segundo desse momento em paz, recebe, de quem esperava cuidados, seqüelas incuráveis e profundamente humilhantes e atormentadoras, como não mais controlar o esfíncter por ter perdido parte do reto e do intestino, além de ter sido prejudicada na sua vida social, profissional, sexual, afetiva, psicológica, enfim, não precisa ser atendida com respeito,

tranqüilidade e segurança como bem acentuou o ministro Menezes Direito quando o cliente busca se divertir em casas noturnas? Será que a negligência da casa noturna causou lesão mais grave que a negligência, imprudência e imperícia dos profissionais da Clínica Mater Ltda?

As decisões do Superior Tribunal de Justiça, demonstradas por intermédio destes dois casos, deixa nítido que se a causa de pedir, a extensão do dano e o ofensor forem semelhantes, considerando-se este como de condição econômica privilegiada, e sofrerem a ofensa moral um sujeito economicamente pobre e comum e outro rico ou famoso, este receberá – justamente por sua condição socioeconômica – uma indenização maior que a daquele, pela justificativa da não admissibilidade do enriquecimento sem causa, indevido ou ilícito.

Essa argumentação existe por conta de se acreditar que um pobre e desconhecido publicamente não pode, ainda que seu ofensor possa suportar financeiramente uma indenização adequada para coibir novas ofensas, identificando-se nesse sentido a função da teoria do desestímulo da condenação que não é irrisória, “enriquecer” com uma indenização decorrente da dor moral e psicológica que lhe fora impingida, sendo que contrariamente entende-se no que respeita à quantificação da indenização a título de dano moral devida por pessoas ricas e famosas, que exatamente por essa razão, podem receber valores pecuniários compatíveis com sua condição social e financeira.

Dessa maneira, a fundamentação da não aceitação do enriquecimento sem causa, argumento que se utiliza para não se condenar um sujeito que ofende moralmente outro que seja integrante de uma classe social de baixa renda de forma diferenciada em comparação a outro que seja participante de uma classe socioeconômica privilegiada, parece injusta e preconceituosa.

Assim, um pobre e desconhecido não merece, por essa argumentação, receber uma indenização adequada financeiramente para não “enriquecer”, já que a sua dor moral não é encarada como suficiente e causa legítima para o recebimento de valores pecuniários mais

significativos, sendo que, se o sujeito ofendido for rico economicamente ou famoso, aí sim se permite uma indenização por dano moral avantajada.

Depreende-se desse entendimento que a condição socioeconômica é motivo determinante para se diferenciar e discriminar pessoas que são lesadas moralmente.

Destarte, pode-se perceber, pelas decisões embasadas e fundamentadas com esse argumento, ser mais economicamente valorada a dor moral de uns em detrimento de outros, isto é, os direitos personalíssimos dos endinheirados e publicamente conhecidos são considerados de forma privilegiada em relação aos indivíduos comuns.

O contemporâneo método de valoração da indenização por dano moral, pelo que se verá, é desconexo com a justiça e a igualdade jurídico-constitucional garantida a todos, elevando a dor moral dos detentores da riqueza e da notoriedade social e diminuindo vergonhosamente a dor moral daqueles que são sujeitos comuns, desconhecidos e inferiorizados social e financeiramente.

1.3. A Teoria do Desestímulo

Não se pode deixar de comentar sobre a Teoria do desestímulo, que engloba na indenização resultante de dano moral os danos punitivos – punitive damages –, que nada mais são do que o caráter punitivo do dano moral.

São estabelecidos como uma verba complementar ao dano moral reparatório, visando a desestimular condutas danosas e prevenir a realização de outros danos.

Com diferentes justificativas, alguns juízes têm estabelecido essa verba, principalmente em responsabilidade civil nas relações consumeristas, como forma de desestimular, prevenir e evitar a reiteração de condutas.

A adoção deste critério funciona na jurisprudência brasileira como uma pena ou punição ao ofensor, causador do dano, pela conduta reiterada ou perigosa que realiza.

Apesar de inúmeras críticas à adoção da Teoria do desestímulo, caracterizando também como punitiva a indenização decorrente do dano moral a fim de inibir a prática lesiva aos direitos da personalidade, não só a jurisprudência como nossos legisladores têm apontado para a adoção definitiva desse critério.

Prova disso é o Projeto de Lei n. 6.960/02, de iniciativa do Deputado Ricardo Fiúza, que estabelece a proposta de modificação do artigo 944 do Código Civil para adicionar um segundo parágrafo, com a seguinte redação:

“§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Seria importante para a segurança jurídica que esse projeto de lei fosse aprovado. Só assim, ficaria mais complicado para o juiz determinar uma indenização pífia ou irrisória, ainda que a parte lesada seja pobre ou desconhecida publicamente.

É imprescindível enfatizar o ensinamento de Regina Beatriz Tavares da Silva (FIUZA, et. al, 2005, p. 856),

A indenização pelo dano moral deve ter caráter punitivo, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades negociais, com atenção às peculiaridades (STJ, REsp n. 173.366-SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 3-12-1998) ‘Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição socioeconômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a

desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis’ (STJ, REsp 355.392-RJ, 3º T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26-3-2002); ‘A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza’’. (STJ, REsp 332.589-MS, 3º T., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 8-10-12001).

E a autora continua a esclarecer sobre a necessidade da observância da Teoria do Desestímulo ao se quantificar a indenização por dano moral:

(...) o arbitramento da indenização deve ocorrer ‘proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato (STJ, REsp 246.258-SP, 4º T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18-4-2000). Na indenização por violação a direito autoral cumpre ‘desestimular o comportamento reprovável de quem se apropria indevidamente da obra alheia’ (STJ, REsp 150.467-RJ, 3º T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 24-8-1998) (grifado).

O critério da fixação do quantum indenizatório, portanto, deve obedecer à teoria do desestímulo, que servirá como prevenção na prática de atos lesivos aos direitos da personalidade ou personalíssimos.

O valor arbitrado a título de dano moral deve ser desestimulante tanto para o ofensor quanto para a sociedade, nos casos em que o ofendido seja pobre e comum ou rico ou publicamente conhecido, porque a regra deve servir de exemplo para quaisquer casos, uma vez que, se aplicada apenas ao detentor de classe social de média e alta renda, a ofensa moral ao menos favorecido financeiramente estaria indiretamente aceita e permitida, ou pelo menos mais facilitada.

Nesse aspecto, a indenização deve ter caráter compensatório e satisfatório para a vítima, independentemente do status socioeconômico, e desestimulante para o autor da lesão moral, que sairá perdedor da causa com a real noção de que foi condenado, pois não há sentido na indenização a esse título se não cumprir a função de inibir comportamentos anti-sociais. A quantificação da indenização deve representar um montante que denote advertência ao lesante e à sociedade, demonstrando o Poder Judiciário que não aceita o comportamento assumido ou o evento lesivo. Porquanto, indenizações irrisórias em nada compensam o ofendido e só servem de estímulo ao agressor.

1.4. Do enriquecimento ilícito ou sem causa

Deve-se comentar a respeito do “enriquecimento ilícito” ou “sem causa” no intuito de melhor esclarecer o presente estudo, haja vista que o motivo de se diferenciar o valor pecuniário determinado pelo juiz a título de indenização pelo dano moral sofrido é pelo critério da condição econômica e social da vítima. Assim, se for pobre a pessoa que sofrera lesão em qualquer direito personalíssimo seu, como acima explicitado, ainda que o ofensor tenha capacidade e condição financeiras suficientes para concretizar a teoria do desestímulo, podendo arcar com uma indenização que satisfaça o princípio da efetividade processual por meio da tutela jurisdicional, receberá uma quantia que se entenda não ser capaz de ensejar o “enriquecimento sem causa”.

O “enriquecimento sem causa” está inserido nos artigos 884 a 886 do Código Civil (2002), instituto que foi inovado por este novel.

Segundo o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, diz-se do enriquecimento ilícito ser "o acréscimo de bens que, em detrimento de outrem, se verificou no patrimônio de alguém, sem que para isso tenha havido fundamento jurídico". Entende, também, que enriquecimento ilícito, enriquecimento injusto e enriquecimento sem causa são sinônimos.

Na clássica definição de Orlando Gomes, citado por Carlos Alberto Dabus Maluf (FIUZA, et al, 2005, p. 798),

Há enriquecimento ilícito quando alguém, a expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem causa, isto é, sem que a tal vantagem se funde em dispositivo de lei, ou em negócio jurídico anterior. São necessários os seguintes elementos: a) o enriquecimento de alguém; b) o empobrecimento de outrem; c) o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; e d) a falta de causa justa (Obrigações, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1972, p. 289).

Conforme se notará, o argumento utilizado pelos juízes de “enriquecimento sem causa”, ao considerarem o critério discriminatório da condição econômica da vítima aplicando uma condenação pecuniária a título de dano moral pequena ou menor ao pobre ou desconhecido publicamente se comparada a um rico ou famoso, não deve prosperar, haja vista ser infundado e descabido. O menos favorecido social e economicamente, se ofendido moralmente e dependendo das condições econômicas do ofensor e da extensão do dano – estes sim são critérios justos juntamente com a aplicação da teoria do desestímulo – tem “causa” para receber uma indenização compatível com a ofensa que lhe fora impingida. Caso contrário, a única “causa” que motive os tribunais a condenarem o ofensor em quantia mais vultosa do que o comum é justamente o critério que não deve ser considerado, ou seja, o que é discriminatório, qual seja, a condição sócio-econômica da vítima, sendo esta desfavorecida também juridicamente, o que não pode ser concebível.

Assim, deve-se vislumbrar que o que ocorre com a utilização do atual critério da condição sócio-econômica da vítima, caso seja pobre e desconhecida, é a forma de enriquecer indevidamente o ofensor, que se vê de certa forma premiado por ter ofendido e lesado uma pessoa desprivilegiada pelo ordenamento jurídico. Isso sim é contemplar o “enriquecimento sem causa” e não o fato de se igualar a dor moral do pobre à do rico no momento de arbitrar a indenização advinda da ofensa sofrida.

2. POSSÍVEIS CAUSAS HISTÓRICAS DA QUANTIFICAÇÃO DADA À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COMO HOJE É CONSIDERADA NA JUSTIÇA CÍVEL COMUM

Não se poderia deixar de analisar as possíveis causas histórico-sociais que determinam o entendimento atual sobre o quantum da indenização aplicada ao lesado em quaisquer direitos da personalidade, como anteriormente explicitado.

Passar-se-á a comentar alguns dados históricos do Brasil e do mundo que demonstram o quanto a classe econômico-social desprivilegiada pertencente a qualquer Estado sofre preconceitos e discriminações em virtude de sua condição, visto que sempre fora considerada inferior e somente necessária para a sustentação da riqueza de quem a detém. Com isso, denota-se que no mundo quem determina o que o desfavorecido financeiramente pode receber e usufruir materialmente é o poder econômico, apesar de na maioria dos países do ocidente ter-se disponíveis leis igualitárias, mas que infelizmente muitas vezes não são postas em prática quando invocadas pela parte lesada, sob o argumento de inúmeros pretextos, como ocorre com entendimento dos nossos juízes, que sob o manto do “bom senso jurídico”, diferenciam pobres e ricos ou famosos para não permitirem a ocorrência do “enriquecimento sem causa”.

As literaturas acadêmica e jornalística, produzidas nas últimas décadas, vêm, de maneira geral, enfatizando a polarização que parece dominar as sociedades modernas, o que se deve em grande parte pela globalização. A forte imagem de ilhas privilegiadas nas cidades, destacando-se de vastas regiões empobrecidas tanto econômica quanto intelectualmente, acaba por instituir como verdade uma situação de dualidade radical no tecido urbano, onde as gradações parecem não ter mais lugar.

Enquanto a pobreza é um desdobramento das relações históricas e estruturais de oposição entre os interesses de classes, portanto, um fenômeno econômico que se configura na questão social derivada das relações capital x trabalho, a "exclusão social" se caracteriza

por um conjunto de fenômenos que se configuram no campo alargado das relações sociais contemporâneas: o desemprego estrutural, a precarização do trabalho, a desqualificação social, a desagregação identitária, a desumanização do outro, a população de rua, a fome, a violência, a falta de acesso a bens e serviços – inclusive ao Judiciário –, à segurança, à justiça e à cidadania, entre outras.

Fala-se de exclusão e há uma autorização praticamente consensual para que esteja inserida, de forma amalgamada, sob todas as formas possíveis. Nessa linha de raciocínio, os habitantes pobres constituem-se, a priori, como indivíduos marcados por essas exclusões, sendo identificados como “os de fora”.

Conforme ensina o doutor em Ciências Sociais, José Rogério Lopes (2007),

De fato, a concepção de ‘exclusão social’ costuma ser relacionada a um plano de causalidade complexo e multidimensional, diferenciando-se da concepção de pobreza, sobretudo porque aquela é uma condição produzida na emergência do neoliberalismo, caracterizada pela estratégia de sobredeterminação constante dos termos que fundam e reproduzem os jogos contemporâneos entre mercado, trabalho, Estados, poder e desejos.

A Justiça existe para fazer preponderar não os desejos ou vontades pessoais daqueles que aplicam a lei, mas para que, por meio de suas decisões, possam ser resguardados os princípios norteadores de todo o ordenamento jurídico pátrio e a própria lei, tendo em vista que, somente assim, a exclusão sócio-econômica não será corroborada também pelo Poder Judiciário e refletida em outros ramos e contextos sociais.

As condições que configuram a pobreza confirmam a dimensão de sujeito do pobre na razão do controle de sua participação na economia, uma vez que a gênese do capitalismo pôs em evidência a produção de uma pobreza em massa, de forma mais homogênea do que a pobreza que se produziu no desenvolvimento do capitalismo, em finais do século XIX até meados do século XX. Dessa forma, pode-se afirmar que a pobreza foi um elemento importante para a acumulação primitiva do capital e para a manutenção dos níveis de

exploração do salário, no início do capitalismo: a fase da superexploração do trabalho, descrita por diversos autores, de Marx (1984) a Dobb (1983). Entretanto, o desenvolvimento das relações produtivas, no capitalismo, envolveu essa massa de pobres em uma estrutura dinâmica de condições e fatores diversos, que impôs aos sujeitos a criação e efetivação de estratégias de sobrevivência distintas, que começaram a se diferenciar na medida em que "esses fatores afetam os indivíduos de formas diferentes de acordo com sua inserção na sociedade; seu efeito dependerá da posição de cada indivíduo em termos de relações de produção" (Dupas, 1999, p. 28); e que a consciência de classe definiu orientações distintas de agregação ou articulação em torno de organizações de defesa de seus interesses ou de reivindicação pela satisfação de suas necessidades.

Leo Huberman (1986) no seu livro História da riqueza do homem brilhantemente descreve o triste fato dos pobres e desvalidos serem ao longo de toda a história, menosprezados e discriminados pelos que detêm o poder estatal e econômico. Dessa maneira, nunca houve na história até hoje uma real e efetiva preocupação com os direitos dos menos favorecidos financeira e socialmente, exceto na letra fria da lei. Isso pode ser notado pelo grande número de pobres e negros – em regra, se for mulher, homossexual ou debilitada física ou mentalmente a pessoa, então, a situação é ainda mais dramática - à margem da sociedade, que só valoriza e respeita pessoas que são consideradas “dignas” de obterem cargos e funções de maior notoriedade e importância, mesmo porque não conseguem destaque sócio-econômico pela insuficiência de recursos necessários para tal, destacando-se, infelizmente, muitas vezes em noticiários policiais.

A valorização do Homem pelo próprio Homem ocorre notadamente pelo fato de ser pertencente a uma classe sócio-econômica privilegiada, independentemente de ser negro, mulher, homossexual ou debilitado física ou mentalmente o indivíduo. Assim, a questão primordial, em regra, para que uma pessoa seja respeitada em todos os aspectos – jurídico, social, cultural etc. – em regra, é o fato de ser rica e/ou publicamente conhecida.

De acordo com o magistério de Leo Huberman (1986, p. 144-145) o governo francês no século XVIII não cobrava impostos dos ricos.

O clero e a nobreza da época julgavam que seria o fim do país se, como a gente comum, tivessem de pagar impostos. Quando o governo da França estava em má situação financeira, com as despesas se acumulando rapidamente e deixando muito longe a receita, ocorreu a alguns franceses que a única saída dessa dificuldade era cobrar impostos dos privilegiados. Turgot, ministro das Finanças em 1776, tentou pôr em prática algumas reformas – muito necessárias – do sistema fiscal. Mas os privilegiados não queriam saber disso. Cerraram fileiras em torno do Parlamento de Paris, que assim definiu, claramente, sua posição: ‘A primeira regra da justiça é preservar a alguém o que lhe pertence: essa regra consiste não apenas na preservação dos direitos de propriedade, mas ainda mais na preservação dos direitos da pessoa, oriundos de prerrogativas de nascimento e posição.....Dessa regra de lei e equidade segue-se que todo sistema que, sob a aparência de humanitário e beneficente, tenda a estabelecer igualdade de deveres e destruir as distinções necessárias, levará dentro em pouco à desordem (resultado inevitável da igualdade) e provocará a derrubada da sociedade civil. A monarquia francesa, pela sua constituição, é formada de vários Estados distintos. O serviço pessoal do clero é atender às funções relacionadas com a instrução e o culto. Os nobres consagram seu sangue à defesa do Estado e ajudam o soberano com seus conselhos. A classe mais baixa da nação, que não pode prestar ao rei serviços tão destacados, contribui com seus tributos, sua indústria e seu serviço corporal. Abolir essas distinções é derrubar toda a constituição francesa’. (grifado)

(...)

O clero e a nobreza eram as classes privilegiadas. Chamavam-se de Primeiro Estado e Segundo Estado, respectivamente.

(...)

A classe sem privilégios era o povo, a gente comum, que tinha o nome de Terceiro Estado. Da população de 25 milhões de habitantes da França, representavam mais de 95%.

Percebe-se pelo relato histórico acima destacado o fundamento do posicionamento jurídico-social de algumas pessoas detentoras ou não do poder político-econômico na nossa sociedade, o que pode explicar a maneira de se quantificar a indenização por dano moral – diferentemente entre pobres e desconhecidos publicamente e ricos – resultante de uma ação judicial na Justiça Comum proposta pelo sujeito lesado em quaisquer direitos personalíssimos, constitucionalmente previstos, tais como à vida – direito ao corpo, integridade e saúde física e psíquica –, à honra – subjetiva e objetiva – à imagem, à vida privada – intimidade –, à escolha e livre exercício da religiosidade ou crença, à obra intelectual.

Note-se que o menos favorecido sócio-financeiramente, desde os primórdios da civilização, não detém qualquer importância na sociedade, salvo para servir aos ricos e poderosos, sustentando-os com seus trabalhos corporais – escravos ou injustos e desumanos.

No que concerne ao posicionamento atual da aplicação do quantum indenizatório merecido à vítima de ofensa por dano moral, caso seja pobre e socialmente comum, ainda que o ofensor seja rico e famoso, a discriminação é nítida, pois os julgadores, em sua maioria, entendem pela não admissibilidade de “enriquecimento sem causa” advindo da indenização recebida para o que fora atacado no seu direito personalíssimo, determinando-lhe um valor “compatível com a sua posição e função sócio-econômica”, isto é, merece receber apenas uma quantia capaz de não lhe enriquecer, visto que sua moral não tem a mesma importância da de um rico ou famoso ou detentor de um status social, cultural, profissional que valha uma quantia pecuniária satisfatória e adequada à lesão moral, haja vista que, nesse caso, mesmo que se considere uma indenização cujo valor seja alto, não se estará permitindo a ocorrência do “enriquecimento sem causa”. Dessa forma, sob a alegação da não permissão do “enriquecimento sem causa” ou “enriquecimento indevido” não se equipara – o que

naturalmente não pode ser diferenciado – a dor moral do rico e famoso à do pobre e indivíduo social comum.

Para melhor elucidar o presente estudo, destacar-se-á mais um fato histórico que o autor Leo Huberman traz em sua obra, pelo qual também se nota a desvalorização jurídica, além da social, cultural e econômica, dos menos privilegiados.

Consoante o ensinamento do referido autor (1986, p. 175-194), na Inglaterra, em virtude da Revolução Industrial, é berrante a falta de direitos dos pobres e desfavorecidos, o que consciente e até inconscientemente demonstra a hipocrisia adotada por alguns posicionamentos jurídico-sociais, como ocorre com a quantificação da indenização por dano moral como hoje é entendida, pois atualmente as leis primam pela igualdade ou isonomia, mas na prática ainda, infelizmente, ocorrem julgamentos discordantes com o anseio, natureza e modo de vida do ser humano. Por isso, o pobre, justamente pela sua posição socioeconômica, é humilhado, desrespeitado, discriminado, não só quando pleiteia JUSTIÇA ao ser ferido na sua moral, mas em tantas outras situações que bem se sabe.

De acordo com o que bem anota Leo Huberman (1986, p. 176-177), sobre a história inglesa decorrente da Revolução Industrial, “tudo parecia um paraíso”; mas para a maioria a realidade foi dura e cruel.

Em termos de felicidade e bem-estar dos trabalhadores, aquelas estatísticas róseas diziam mentiras horríveis. Um autor isso num livro publicado em 1936: ‘Mais de um milhão de seres humanos estão realmente morrendo de fome, e esse número aumenta constantemente.... É uma nova era na história que um comércio ativo e próspero seja índice não de melhoramento da situação das classes trabalhadoras, mas sim de sua pobreza e degradação: é a era que chegou a Grã-Bretanha’.

E acrescenta:

Se um marciano tivesse caído naquela ocupada ilha da Inglaterra teria considerado loucos todos os habitantes da Terra. Pois teria visto de um lado a grande massa do povo trabalhando duramente, voltando à noite para os miseráveis e doentios buracos onde moravam, que não serviam nem para porcos; de outro lado, algumas pessoas que nunca sujaram as mãos com o trabalho, mas não obstante faziam as leis que governavam as massas, e viviam como reis, cada qual num palácio individual.

Havia, na realidade, duas Inglaterras. Disraeli acentuou isso em sua Sybil: ‘Duas nações, entre as quais não há intercâmbio nem simpatia, que ignoram os hábitos, idéias e sentimentos uma da outra, como se habitassem zonas diferentes, são alimentadas com comida diferente, têm maneiras diferentes, e não são governadas pelas mesmas leis’.

‘O senhor fala de, disse Egremont, hesitante’.

‘DOS RICOS E POBRES’.

Essa divisão não era nova. Mas com a chegada das máquinas e do sistema fabril, a linha divisória se tornou mais acentuada ainda. Os ricos ficaram mais ricos e os pobres, desligados dos meios de produção, mais pobres. (grifado).

Não se pode aceitar que uma mesma lei seja aplicada aos ricos e pobres de forma diferenciada somente pela classe social do sujeito, tampouco ser considerada a moral do mais privilegiado sócio-economicamente de maneira mais favorável, em comparação ao indivíduo pobre e comum, nas decisões judiciais.

É cediço que somos seres únicos e diferentes em muitos aspectos físicos – cor, sexo, estatura –, psíquicos – personalidade, temperamento, inteligência, comportamento, sentimento, caráter –, e culturais – religião, artes, gastronomia, música –, mas isso não significa que se pode valorar a moral e a honra de alguém de forma a denotar que tem mais ou menos importância na sociedade. Parece ser este entendimento preconceituoso e contrário à JUSTIÇA.

A razão de se comparar alguns fatos e fatores históricos com o atual posicionamento diferenciado e discriminatório utilizado pela maioria dos juízes e Tribunais para a quantificação da indenização advinda do dano moral entre os menos ou nada favorecidos sócio-economicamente e os privilegiados, é demonstrar que ainda no século XXI adotam-se, no nosso Poder Judiciário, métodos decisórios que já não poderiam existir, visto que é entristecedor a existência de discriminação jurídico-processual de pessoas pela posição e função sócio-econômica.

Interessante salientar que na época da Revolução Industrial na Inglaterra não se achava injusta a forma como eram tratadas as crianças e as demais pessoas utilizadas no mercado de trabalho para a sustentação da riqueza dos ricos e poderosos. Assim entendem, atualmente, os juízes e Tribunais que a maneira de se quantificar a indenização de pobres e pessoas comuns de um jeito e ricos e famosos de outro é a correta. Todavia, tal posicionamento parece ser injusto e discriminatório, e, quem sabe, daqui a algum tempo seja encarado como mais um fato histórico e jurídico a ser superado pela verdadeira noção de igualdade entre as pessoas.

Veja mais um relato histórico ensinado por Leo Huberman (1986, p. 182-183) que se coaduna com a disparidade de tratamento entre pobres e ricos na Revolução Industrial:

Algumas das coisas que hoje achamos horríveis pareciam aos ricos de então perfeitamente justas. Era mau para as crianças não irem à escola, trabalharem 14 horas por dia? Despropósito!, exclamava o Sr. G. A. Lee, dono de uma tecelagem de algodão na qual o horário das crianças era das 6 da manhã às 8 da noite. 'Nada mais favorável para a moral do que o hábito, desde cedo, da subordinação, da indústria e regularidade'.

O sr. Lee se preocupava com a moral dos pobres. Também o presidente da Royal Society, Sr. Giddy, que foi contra a proposta de se criarem escolas primárias para as crianças das classes trabalhadoras. Foi este o argumento do Sr. Giddy: 'Dar educação às classes trabalhadoras pobres..... seria na realidade prejudicial à sua moral e felicidade;

aprenderiam a desprezar sua sorte na vida ao invés de fazer deles bons servos na agricultura e outros empregos laboriosos, a que sua posição na sociedade os destina.....Permitir-lhes-ia ler folhetos sediciosos e os tornaria insolentes para com seus superiores’.

E completa:

Muito antes que o Dr. Ure começasse a entoar loas ao sistema fabril, um homem da Igreja dava consolo e ajuda aos pobres miseráveis. Não era um sacerdote qualquer – mas sim o próprio arqui-diácono Paley. Para os membros descontentes da classe trabalhadora que se consideravam em má situação, ao passo que os ricos viviam bem, esse ilustre clérigo teve palavras de otimismo. ‘Algumas das necessidades que a pobreza impõe não constituem durezas, mas prazeres. A frugalidade em si é um prazer. É um exercício de atenção e controle que produz contentamento. Este se perde em meio à abundância. Não há prazer em sacar de recursos imensos. Uma vantagem ainda maior que possuem as pessoas em situação inferior é a facilidade com que sustentam seus filhos. Tudo o que o filho de um pobre necessita está encerrado em duas palavras, indústria e inocência’.

Percebe-se que ao longo da história os Poderes Estatal e Econômico sempre concederam vantagens aos sujeitos integrantes da classe social privilegiada em detrimento dos menos favorecidos. Entretanto, nota-se que, pela evolução dos valores ético-morais da sociedade contemporânea, não mais se admite discriminar uma pessoa por ser pobre e comum. Não é plausível se conceber que, nos dias de hoje, uma pessoa que sofre uma lesão moral, e merece, portanto, ser indenizada, possa ser tratada pela ordem jurídica de forma mais benéfica que outra somente porque é detentora de um status social mais elevado ou por ser abastada.

A pessoa pobre sempre existiu para a sustentação da riqueza na posse do rico, conforme demonstram os fatos históricos ora narrados. Assim, sempre plantou para o rico colher, sem qualquer possibilidade de equiparação jurídica em relação à elite socioeconômica. Muito pelo contrário. A única vontade que lhe permitiam ter era a de permanecer servindo com resignação e total obediência aos cultos, ricos e poderosos.

Resta mais do que nítida a diferença existente na Revolução Industrial entre os RICOS e os POBRES. Contudo, foi chegada a oportunidade dos pobres se rebelarem contra todo o desrespeito e descaso com que lhes tratavam os endinheirados.

Como ensina Leo Huberman (1986, p. 184-185),

Lutaram, por exemplo, por um dia de trabalho mais curto. E a eles se uniram alguns dos ricos bastante humanos para concordar que uma jornada de 14 ou 16 horas era demasiado longa. Levaram a luta para o Parlamento. Fizeram discursos a favor da limitação do dia de trabalho a 10 horas. Convenceram alguns de seus colegas a aprovar com eles uma lei nesse sentido. Descontentaram muita gente, inclusive o Dr. Ure. Este sentiu-se ofendido – por uma razão interessante: “Constituirá realmente uma surpresa para todos os espíritos desapaixonados que 93 membros da Câmara dos Comuns pudessem ser capazes de determinar que nenhuma classe de artesãos adultos trabalhe mais de 10 horas por dia – uma interferência na liberdade dos súditos, que nenhuma outra legislação na cristandade teria tolerado por um momento. Os industriais de Gloucester caracterizaram, com justiça, essa proposta como digna da pior Idade Média’ . (grifado)

(...)

Ess

*Acadêmica da Faculdade de Direito FAPAN/SP e aluna da FGV/RJ na área de Responsabilidade Civil

elis.arias@bol.com.br São Paulo

Disponível em:

<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1157&idAreaSel=2&seeArt=yes>. Acesso em: 13 mar. 2008.