

A necessidade de coibir de forma eficaz a prática ou a reiteração de atos que gerem o dano moral

Fernando César Borges Peixoto*

1. Introdução

O legislador originário, ao alçar a reparação de danos morais ao patamar constitucional, deu destaque ao instituto, pretendendo acabar com as dúvidas do antigo sistema e com os abusos cometidos contra os (até então) carentes de justiça. Com o passar do tempo, contudo, montou-se uma verdadeira "indústria do dano moral", que há muito tempo vem sendo motivo de debate no sentido de aplacar a volúpia de quem, sem o menor pudor, vislumbra conseguir uma "indenização" mediante a ocorrência de fatos corriqueiros, o que levou a jurisprudência a bater firme na questão da inviabilidade do enriquecimento indevido.

Ocorre, porém, que na maioria das condenações restam fixados valores que não satisfazem suas finalidades precípuas, como o caráter punitivo/educativo para com o ofensor e o reconforto ao vitimado, sem contar as inúmeras ocasiões em que a execução da condenação acaba frustrada pela inexistência (dolosa ou não) de bens em nome do condenado.

Para acabar com esse quadro de inefetividade e de insatisfação, e coibir o desrespeito aos direitos do jurisdicionado, o julgador deve buscar novos caminhos. É o que se apresenta a seguir. Antes, porém, serão feitas algumas ponderações sobre questões periféricas que incidirão diretamente nas propostas apresentadas.

2. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Sob a ótica constitucional, vários direitos e garantias (e seus consectários) do indivíduo são potencialmente violáveis. Entre eles: a cidadania, a liberdade, o devido processo legal, a prestação jurisdicional efetiva, o direito à existência digna, os direitos de personalidade, a solidariedade e, em especial, a dignidade da pessoa humana. E esses direitos fundamentais também gozam de proteção no âmbito privado porque, da mesma forma que o Estado, um particular pode ameaçar e violar os direitos e as garantias do outro. É que, ultrapassada a suposta presunção de igualdade inicial, verifica-se que as relações havidas entre particulares estão sujeitas às posições de poder e de sujeição, onde as partes mais fracas indubitavelmente têm prejudicado o exercício de sua autonomia privada¹.

Por esse motivo, em nosso ordenamento jurídico, os direitos fundamentais são aplicados diretamente nas relações privadas, sendo desnecessário editar lei regulamentar – é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais –, pois não aceitar a incidência direta da CRFB/1988 aos casos concretos que envolvem o Direito

Privado é reverter completamente o sistema de hierarquia das leis idealizado por HANS Kelsen. Logo, cabe à CRFB/1988 conformar as leis que regulam as relações privadas, e não a elas se amoldar, até porque em seu bojo estão estabelecidas normas que tratam de relações privadas.

3. Princípio da Dignidade da pessoa humana²

Princípios, regras, direitos e garantias constitucionais devem ser interpretados à luz da dignidade humana – que é o atual paradigma, o princípio-base de nosso ordenamento jurídico:

"(...) O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, CF), e que costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, 'representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado'"³.

Segundo FARIAS e ROSENVALD⁴:

"A dignidade da pessoa humana, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida humana, dela defluindo como consectários naturais: i) o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; ii) a admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver; e iii) o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade".

Aliam-se a esses consectários: i) a solidariedade; e ii) a necessidade do Estado cumprir e cobrar o cumprimento das leis e de dar efetividade às suas decisões, para melhor administrar as liberdades a ele entregues pelos indivíduos que concederam parte de sua liberdade para conviverem em sociedade, através do pacto social.

Sob essa nova perspectiva, o Direito Privado contemporâneo passou a focar a pessoa humana e os seus valores existenciais, e no caso de haver ruptura no equilíbrio das relações entre os particulares, é possível que surja o dever de reparação dos danos morais, pois invariavelmente uma das facetas da dignidade restará violada com a prática do ilícito.

3.1. Princípio da Solidariedade

Embora o individualismo não seja incompatível com a solidariedade, pode ser superado em prol da socialização do Direito Privado, pois nosso ordenamento jurídico:

"concebe a pessoa como um ser social, titular de direitos, mas também vinculado por deveres perante seus semelhantes, pois, como destacou Fachin, com a personalização,

‘(...) a solidariedade adquire valor jurídico (...). A pessoa tem o dever social de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade’. A socialização, nesse sentido, relaciona-se com a crescente infiltração de valores solidarísticos no Direito Privado, bem como com o reconhecimento da desigualdade de fato entre os sujeitos de direito, e a conseqüente preocupação com a proteção da parte mais fraca nas relações intersubjetivas (o advento do Direito do Consumidor constitui exemplo claro deste processo). Não desaparece a preocupação com a liberdade, mas ela se modula e enriquece com a atenção dada à igualdade material e à solidariedade”⁵.

O princípio da solidariedade, alçado ao "status" de objetivo fundamental no artigo 3º, inciso I, da CRFB/1988 deve ser estendido a todos os membros da coletividade e por eles observado, conforme MORAES destacou⁶:

"(...) a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’. Esta regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que ‘cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro’”.

Nesse sentido, não apenas os Poderes Públicos são responsáveis pelo bem-estar dos indivíduos, mas também a coletividade em geral e, isoladamente, cada um dos que a compõe, pois cumpre a todos observar os direitos e as garantias inerentes aos demais atores privados.

3.2. Princípio da Liberdade x Princípio da Solidariedade

A garantia da liberdade confere ao indivíduo o direito inalienável de exercer suas preferências. Contudo, nas relações entre particulares, a utilização de prerrogativas encontra um óbice quando ultrapassados os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, em respeito aos valores conferidos em favor dos demais membros da coletividade.

Não se trata especificamente de uma mitigação da liberdade. Porém, a solidariedade, estabelecida na CRFB/1988, confere ao indivíduo o direito de não ter sua esfera jurídica invadida, e ocorrendo colisão entre o princípio da solidariedade e a autonomia privada (liberdade), deve-se recorrer à ponderação para adequá-los a uma convivência pacífica.

3.2.1. Abuso do direito

Ainda que encoberto por um aparente manto de boa-fé, o titular não pode reclamar o exercício dos seus direitos subjetivos se não atende a interesses existenciais relevantes e ofender a dignidade da pessoa humana. Aliás, é o que define o artigo 187 do CC/20027. Assim, o excesso não pode ser protegido, pois, no mínimo, viola a solidariedade.

CARDOSO⁸ assevera que o particular está adstrito à boa-fé objetiva, que é determinada na CRFB/1988 como consectária da dignidade da pessoa humana, porque

o indivíduo que age com má-fé viola o princípio da solidariedade. Com isso, o exercício descabido dos direitos subjetivos por seu titular poderá gerar a nulidade do ato ou o dever de compensar àquele que restou prejudicado.

3.3. Direitos da personalidade

Para FARIAS e ROSENVALD⁹, os direitos da personalidade são direitos subjetivos que englobam aspectos de ordem física, psíquica e intelectual do seu titular, e reconhecem a ele uma miríade de faculdades jurídicas essenciais ao seu desenvolvimento, tornando-o um ser individualizado, passível de receber a tutela jurídica¹⁰.

Havia acirrada discussão doutrinária acerca de qual concepção teria sido adotada pelo ordenamento jurídico, se a "pluralista", segundo a qual diversos direitos de personalidade estão estabelecidos num rol exaustivo; ou se a concepção "monista", que admite a existência de um único direito geral da personalidade, abrangente a ponto de amparar bens jurídicos que não gozam de proteção expressa na lei. A dúvida foi dissipada com a edição do Enunciado nº 274 do Conselho de Justiça Federal (CJF)¹¹. Ademais, é desnecessária a previsão na lei infraconstitucional o preveja porque a própria CRFB/1988 consagrou o direito da personalidade geral, aplicável às relações entre particulares. Ressalte-se que o artigo 186 do CC/2002, que estabelece a cláusula geral de responsabilidade subjetiva pelo dano moral, torna a tese mais robusta¹².

Mas, para SARMENTO¹³, mesmo o direito geral da personalidade não abrange todas as possibilidades de tutela à dignidade da pessoa humana, e, recorrendo à lição de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, alerta que a personalidade humana se

realiza através de uma complexidade de situações que podem envolver: ônus; estado; interesse legítimo; faculdade; direito potestativo; poder jurídico; ou qualquer outra circunstância juridicamente relevante¹⁴.

Como o ser humano possui a característica de ser uno, deve gozar de proteção integral, sendo temerário querer que os bens que integram a personalidade jurídica das pessoas, e que merecem ser tutelados, estejam expressos numa lista "numerus clausus". E é nesse sentido que a dignidade da pessoa humana, fonte dos direitos e das garantias fundamentais estatuídos na CRFB/1988, dá sustentação à proteção e à preservação de direitos não expressos.

3.4. Efetividade da prestação jurisdicional

Não faz muito tempo, a CRFB/1988 foi alterada para alçar o princípio da efetividade ao "status" de garantia constitucional¹⁵. A efetividade busca aproximar os fins do processo aos reclamos da sociedade, aliando a duração da tramitação ao cumprimento do que determina o "decisum" através de medidas eficazes (resultado). Será efetivo o processo que no menor lapso de tempo conferir solução adequada ao conflito e permitir a execução plena da sentença.

Claramente se percebe que o ordenamento jurídico atual privilegia o princípio da efetividade quando busca meios que deem satisfatividade às decisões judiciais num prazo razoável, para evitar frustrar os anseios de quem sai vitorioso na demanda. E como a efetividade é garantia fundamental, o condenado a reparar os prejuízos causados na esfera física, psíquica ou intelectual de outrem deve satisfazer à decisão de forma exemplar e "in integrum", sob pena de, atrapalhando seu cumprimento, violar

a dignidade do indivíduo, haja vista que os princípios constitucionais processuais são tidos como direitos fundamentais¹⁶.

Logo, aquele quem, por meio de práticas ilícitas: não apresenta bens ou some com eles para descumprir o teor da condenação, viola garantia constitucional da vítima porque concorre para a inefetividade do processo ao atrapalhar a satisfação do comando judicial. Já o ofensor que descumpra a determinação judicial, ou agrava ou retarda seu cumprimento utilizando recursos jurídicos apenas com o intuito de estender a duração do processo, promove a inefetividade do processo através do abuso de direito, e viola o princípio da cooperação.

3.4.1. Inefetividade e devido processo legal

A frustração da execução torna ineficaz o comando judicial e viola o devido processo legal, princípio constitucional voltado à pacificação social, como destacou CASTRO¹⁷:

"Sabido que a cláusula do devido processo legal não logrou ser reduzida a nenhuma fórmula precisa e acabada nos sistemas constitucionais que a adotam, seja de maneira explícita ou implícita, essa garantia acabou se transformando num postulado genérico de legalidade a exigir que os atos do Poder Público se compatibilizem com a noção de um direito justo, isto é, consentâneo com o conjunto de valores incorporados à ordem jurídica democrática segundo a evolução do sentimento constitucional quanto à organização do convívio social".

O devido processo legal trata da legalidade, e por isso atinge apenas reflexamente a CRFB/1988. Contudo, ainda que se considere estar no plano infraconstitucional, não deixa de haver a violação ao direito do indivíduo (jurisdicionado) se não observado o processo devido.

4. O papel do julgador

Tecidos esses breves comentários, para dar um basta na insatisfação e na inefetividade correntes nas ações que têm por objeto a reparação de danos morais, deve o julgador compelir o infrator a restaurar o "status quo ante" ou reparar o prejuízo causado através da forma o mais efetiva possível.

Segundo MARIA BERENICE DIAS¹⁸, a CRFB/1988 enfatizou a dignidade da pessoa humana e consagrou vasto rol de princípios, garantias e direitos, e é vital que a legislação infraconstitucional ofereça as ferramentas necessárias para dar efetividade a esses comandos. Por outro lado, na ausência de instrumentos, compete ao magistrado privilegiando o acesso à justiça, preencher os vazios da legislação e conferir a tutela, exercendo plenamente seu ofício, porque o ato de julgar não significa apenas dar respostas às partes, mas, sobretudo, ajudar a construir a jurisprudência, que, consolidada, pressiona o legislador a editar leis e a suprir as carências do ordenamento, contribuindo para sedimentar a democracia. Assim, continua a autora, com base nos princípios constitucionais, ao reconhecer direitos não previstos na lei, o julgador

garante o exercício da cidadania, pois forja mudanças; estabelece novos paradigmas que influenciam na conduta da coletividade; e acaba provocando avanços de ordem cultural. Ao assegurar que a Constituição seja eficaz, o Judiciário ajuda no avanço da sociedade.

Nesse diapasão, o desrespeito ao indivíduo pode ser coibido através da analogia, dos princípios gerais do direito¹⁹; da equidade; do livre convencimento; do diálogo das fontes; do ativismo; ou de qualquer outro meio possível. Com isso, após ponderar sobre os valores envolvidos, o julgador deve remover qualquer obstáculo que impeça a efetivação de um direito fundamental. E, desta forma, será possível aplicar os meios de proteção inerentes à defesa dos direitos da coletividade ao indivíduo atingido isoladamente, até porque essas violações ocorrem tão constantemente que aos poucos afetam a sociedade como um todo.

Por fim, a fim de prestigiar o princípio constitucional da inafastabilidade, que proíbe ao magistrado a apresentação de escusas para não prestar a jurisdição, compete-lhe aplicar mecanismos de integração das normas jurídicas em suas decisões para proteger os valores da sociedade e os direitos fundamentais do ser humano.

4.1. A "occasio legis" e a CRFB/1988

Cuida-se do método histórico de interpretação, já que a doutrina moderna não mais apresenta distinção. Porém, ficou a ideia de que cabe ao aplicador da lei se situar no contexto histórico em que ela foi criada e capturar o que o legislador pretendeu e qual a influência dessa lei na sociedade. MAXIMILIANO²⁰ define a "occasio legis" como um:

"(...) complexo de circunstâncias específicas atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanção do texto; causas mediatas e imediatas, razão política e jurídica, fundamento dos dispositivos, necessidades que levaram a promulgá-los; fatos contemporâneos da elaboração; momento histórico, ambiente social, condições culturais e psicológicas sob as quais a lei surgiu e que diretamente contribuíram para a promulgação; conjunto de motivos ocasionais que serviram de justificação ou pretexto para regular a hipótese; enfim o mal que se pretendeu corrigir e o modo pelo qual se projetou remediá-lo, ou, melhor, as relações de fato que o legislador quis organizar juridicamente".

É imperioso lembrar que o legislador não arregaça condições de prever todas as situações que envolverão o futuro, mormente se considerado o eterno processo de evolução da coletividade, oriundo da multiplicidade de ideias e da complexidade da vida, o qual imprime dinamismo às relações jurídicas, que a cada momento da história apresentam novo formato.

Assim, retornando à época da formação da Assembleia Constituinte de 1988, por um lado a atmosfera era de alívio pelo fim da ditadura militar, mas, por outro, havia o receio de retomada ao "status quo ante". Por isso o legislador originário foi metuculoso ao tratar dos direitos fundamentais e da sua preservação – tanto que foram considerados cláusulas pétreas. Desta forma, como o dever de reparação dos danos morais foi inserido no capítulo que trata de direitos e de garantias fundamentais, o julgador deve olhar a questão com carinho e ter sensibilidade para perceber as constantes (e naturais) mudanças de paradigma.

5. Critérios utilizados para quantificação da reparação pelo dano moral causado

Não esquecendo que a quantia fixada para compensar danos morais não pretende fazer a dor desaparecer, vale ressaltar que os seguintes critérios vêm sendo considerados para o seu arbitramento: i) extensão do dano; ii) nível sócio-econômico das partes envolvidas; iii) grau de culpa dos envolvidos; iv) número de vítimas; v) caráter compensatório e punitivo, para desestimular a reiteração do ilícito pelo ofensor; vi) valor do negócio envolvido (se houver); e vii) tempo de propositura da demanda.

Quanto à extensão do dano, será considerada a gravidade da ofensa e sua repercussão, bem como em determinadas circunstâncias, a concorrência do ofendido²¹. Já com relação à culpa, no caso de responsabilidade objetiva, ela só será considerada para quantificar o valor reparatório, mas não para caracterizar a existência ou não do dano²². Os demais critérios são auto-explicativos, merecendo destaque o tempo percorrido entre o ato ilícito e a procura da reparação junto ao Judiciário, considerado para "medir" a intensidade do sofrimento da vítima quando violado seu bem jurídico, porque ao se verificar um "largo tempo percorrido entre o evento danoso e o ajuizamento da ação (...) se presume mitigada a lesão moral"²³.

6. Enriquecimento indevido x quantias ínfimas = reiteração dos atos ilícitos

Nos termos do artigo 927 do CC/2002, quem comete ato ilícito²⁴ deve reparar o dano causado ao terceiro, e doutrina e jurisprudência, ao tratarem do duplo caráter dessa reparação, defendem a fixação de valor que reconforte a vítima e, paralelamente, conduza o causador do dano à não-reincidência²⁵. Regra geral, porém, o julgador frustra a finalidade da condenação ao fixar quantias ínfimas sob o argumento de que a lei veda o enriquecimento sem causa.

Primeiramente, ressalta-se a crítica de CAVALIERI FILHO²⁶:

"Recordo-me dos primeiros julgados concedendo reparação pelo dano moral. Falavam em uma compensação pela dor, pelo sofrimento, algo que pudesse substituir a tristeza pela alegria, como uma televisão, um aparelho de som (entre as classes mais humildes), uma viagem de férias (para pessoas mais abastadas). Hoje tenho me surpreendido com sentenças que concedem quantias astronômicas, às vezes milhares de salários mínimos, a título de dano moral, sem qualquer critério científico, nem jurídico".

Atualmente, porém, constitui grave contrassenso estabelecer valores que permitam a compra de televisores, de fogões ou de geladeiras para dar alegria aos "menos abastados", pois, considerando o crédito fácil que perdurou durante anos em nossa economia, a quantidade de lares brasileiros que não possuem esses bens é mínima. No mesmo sentido as viagens pagas parceladamente. Essa alegria, os ofendidos não gozarão.

Além disso, milionários ou empresas de grande porte não se sentem coagidos quando condenados ao pagamento de reparação fixada em patamares módicos²⁷. Então, qual o sentido pedagógico da aplicação de uma punição simbólica?

É verdade que a lei preconiza a vedação ao enriquecimento ilícito. Entretanto, sendo o Direito um conjunto coordenado de normas, não há que se interpretar a norma isoladamente, mas inserida num contexto maior, em observância à unidade do sistema jurídico. Lembre-se, ainda, do artigo 5º do Decreto-Lei nº 4.657/2942 (LICC), segundo o qual "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", pois é dever do Judiciário empreender esforços no sentido de construir uma sociedade mais justa.

Ora, se por um lado o enriquecimento indevido do ofendido deve ser evitado, por outro lado não se pode permitir que o ofensor, em razão de valor irrisório a despende, reitere repetidas vezes sua conduta covarde e nociva, prejudicando, ao final, a coletividade. Nesse diapasão, aquele que ofende deve indenizar o dano material ou moral por ele causado. E, mais, essa indenização deve ser proporcional ao mal efetivamente perpetrado. Ainda: o infrator deve ser coagido a não repetir o mal causado, seja contra quem quer que seja.

7. Sistema tarifado de indenização. Fixação de valores de forma padronizada pela jurisprudência: retorno ao instituto considerado inconstitucional?

A CRFB/1988 estabeleceu que a reparação dos danos morais deve ser ampla e irrestrita, não obedecendo a limites²⁸. Logo, pode-se dizer que é inconstitucional a indenização tarifada, ou seja, o padrão pecuniário estabelecido "a priori", com vistas a compensar determinada espécie de ofensa sem análise das circunstâncias que cercam os fatos discutidos. E não importa se a padronização advém da jurisprudência ou se prevista na lei.

Observa-se, todavia, um movimento velado da jurisprudência no sentido de estabelecer nova tarifação de valores reparatórios de danos morais em um padrão mínimo e máximo para cada espécie de violação. A medida não é nada salutar, por ser evidentemente inconstitucional, mas o STJ reitera, reforma ou fixa ("uniformizando") em vários julgados o pagamento ao ofendido de valores próximos a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e.g., no caso de danos morais causados por instituições financeiras aos seus clientes²⁹, independentemente das circunstâncias envolvidas no caso concreto, o que corrobora a preocupação aqui exposta³⁰.

7.1. Teto máximo fixado pelo Superior Tribunal de Justiça

Com o objetivo de evitar o enriquecimento sem causa, o STJ estabeleceu como teto máximo para compensar danos morais quantia referente a trezentos salários mínimos vigentes, valor esse raramente aplicado. Contudo, cumpre consignar que, combinados os artigos 953, parágrafo único, e 954 do CC/2002³¹, com o artigo 49 do CP/1940³²,

é permitida, inclusive, a fixação de indenização em valor superior a três mil e seiscentos salários mínimos, que era o limite estabelecido no CC/1916.

Não se repetiu o comando do artigo 1.547, parágrafo único, do CC/191633 (atual 953, parágrafo único), que indicava como teto o "dobro" dos mil e oitocentos salários mínimos previstos no artigo 49, caput e § 1º, do CP/1940. Ademais, não foi feita a mesma ressalva de "redução" por meio de equidade constante no artigo 944, parágrafo único, do CC/200234, mas determinada a aplicação da equidade "conforme as circunstâncias que envolvem o caso concreto". Assim, se o legislador firmou tais alterações e fez constar o dever de reparar os danos causados, é pertinente entender nesse sentido, o que justifica a ilegalidade do teto.

8. Formas alternativas de compensação voltadas ao caráter pedagógico da pena

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO³⁵ conceituam dano moral como a:

"(...) lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente".

Não existe critério científico ou jurídico a nortear o arbitramento da compensação dos danos morais, sendo, por isso, de livre apreciação do magistrado³⁶. Contudo, é importante que: o infrator seja coibido a não reiterar seus atos; e o valor deve reconfortar a vítima.

Percebe-se, porém, que no momento da fixação do valor reparatório há relutância da jurisprudência, muito em função de oportunistas que vez por outra procuram o Judiciário sem qualquer respaldo jurídico na tentativa de obter vantagem pecuniária, e também pelo fato de que há na doutrina quem não aceite que o dano punitivo possa favorecer à vítima porque vedado o enriquecimento sem causa. Todavia, esse sentimento precisa mudar.

Para Bobbio (apud KANT)³⁷, o progresso moral da humanidade não é necessário, mas possível, e como os detentores do poder não creem que a moral possa mover o mundo, não tomam medidas que assegurem uma melhora progressiva nesse sentido. E finaliza:

"Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder".

Segundo MAXIMILIANO³⁸, se por um lado o intérprete deve evitar o apego à letra da lei, por outro lado não deve forçar para inserir no texto legal ideias que existem apenas no seu íntimo – não deve se mover por entusiasmos e por preconceitos. Nesse

diapásão, ao tratar da reparação por danos morais, o julgador deve se despir de todos seus "pré-conceitos" e estar atento às circunstâncias que permeiam o caso concreto.

Se a ofensa é causada a "uma pessoa pobre" por instituição de grande porte financeiro ou por "pessoa de muitas posses", na falta de alternativas é melhor que "quem possui mais recursos" sinta o peso da condenação, independentemente dos valores fixados estarem acima dos padrões do ofendido. Afinal, deve ser punido quem cometeu o ilícito, fazendo prevalecer o brocardo "neminem laedere" – a ninguém é dado o direito de causar mal a outrem.

Da mesma forma, "quem possui poucos recursos financeiros" e prejudica alguém, que pode ser "rico" ou "pobre", deve sentir o peso da condenação e também ser compelido a cumpri-la, para não voltar a ofender. Não é esse o papel da solidariedade e da boa-fé objetiva, ao determinarem atuação responsável e respeitável do indivíduo em suas relações jurídicas?

É oportuna a lição de SARLET³⁹:

"(...) parece razoável admitir (...) que qualquer pessoa, ao cometer uma ofensa à dignidade alheia, acaba por colocar, a si mesma, numa condição de desigualdade na sua relação com os seus semelhantes (...) a própria dignidade individual acaba, ao menos de acordo com o que admite parte da doutrina constitucional contemporânea, por admitir certa relativização, desde que justificada pela necessidade de proteção de terceiros, especialmente quando se trata de resguardar a dignidade de todos os integrantes de uma determinada comunidade".

O dano impingido ao indivíduo certamente irá resvalar na coletividade, seja do ponto de vista físico ou psíquico, seja na ordem patrimonial, pois o homem não vive isolado. É o fenômeno a que JOSÉ AGUIAR DIAS denominou "repercussão social", e segundo ele⁴⁰:

"É do conhecimento vulgar a comoção que experimenta a coletividade ao saber de um dano a um seu membro, tanto que cogita logo de saber quem o restituirá à situação anterior: 'o direito é social' – diz o egrégio PONTES DE MIRANDA – 'o maior interessado na manutenção das situações é a sociedade e não o indivíduo'.

Para efeito da punição ou da reparação, isto é, para aplicar uma ou outra forma de restauração da ordem social, é que se distingue: a sociedade toma à sua conta aquilo que a atinge diretamente, deixando ao particular a ação para restabelecer-se, à custa do ofensor, no statu quo anterior à ofensa. Deixa, não porque se não impressione com ele, mas porque o Estado ainda mantém um regime político que explica a sua não intervenção. Restabelecida a vítima na situação anterior, está desfeito o desequilíbrio experimentado".

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO lembram que, para o Direito Civil, o dano não é aquele que atinge apenas os interesses individuais; e as repercussões sociais do dano causado ao indivíduo não são aquelas oriundas de ilícitos penais. Assim, interessa à coletividade mesmo o dano causado por um ilícito civil dirigido a um só homem, tendo em vista que "vivemos em sociedade, e a violação do patrimônio – moral ou material – do meu semelhante repercute, também, na minha esfera pessoal"⁴¹.

Os direitos da vítima não podem ser preteridos se opostos aos direitos do ofensor, sob pena de favorecimento ilícito. Nas relações havidas entre particulares, o Estado não pode se omitir a ponto de proteger quem viola direitos e garantias de outrem. E não importa a situação financeira das partes e como a decisão será cumprida: o ofensor deve ser disciplinado.

Conforme CAVALIERI FILHO⁴²:

"Toda sociedade tem um fim a realizar: a paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade – enfim, o bem comum. E o Direito é o instrumento de organização social para atingir essa finalidade. Todo direito subjetivo está, pois, condicionado ao fim que a sociedade se propôs".

Há que se punir as pessoas extremamente individualistas que tomam cada vez maior espaço na sociedade, e que desculpam sua falta de educação, de solidariedade e de honestidade com o argumento de estarem sendo competitivas e cuidando de si próprias, porque ninguém o faria por elas – isso vale também para as empresas e suas "metas" usurárias e "carnívoras". O Judiciário, ao seu turno, não pode ser conivente, pois acima dos direitos do infrator estão os da coletividade. Ademais, o corpo social necessita conviver pacificamente e o Estado deve dar essa garantia.

8.1. Destinação de quantias fixadas na condenação para órgãos ou fundos voltados ao atendimento de vítimas de violações de mesma natureza

Para que o instituto da vedação ao enriquecimento sem causa não sirva de supedâneo à impunidade e à reiteração de práticas ilícitas em razão da fixação de valores ínfimos nas condenações por dano moral, surgiu o entendimento de que, concomitantemente ao valor razoável destinado à reparação do dano moral sofrido pelo ofendido, deve ser arbitrada determinada quantia em favor de uma instituição de caridade local. Ou seja, defende-se solução análoga àquela prevista no artigo 883, parágrafo único, do CC/2002⁴³, com vistas a fazer prevalecer o caráter punitivo da condenação⁴⁴.

Proposta similar apontada por Venturi visa a destinar valores em favor de fundos públicos, a exemplo do artigo 84 do Estatuto do Idoso, que destina valores arrecadados com infrações à lei ao Fundo de Valorização do Idoso, o que seria uma ideia mais palatável à nossa cultura jurídica em razão da resistência à função punitiva da responsabilidade civil⁴⁵. E, assim, a autora cita Maria Celina Bodin de MORAES, para quem essa figura similar ao dano punitivo deve ser utilizada quando necessário responder à sociedade, pois pune de forma exemplar: as condutas particularmente ultrajantes; ou que insultam a consciência coletiva; ou, ainda, as reiteradas práticas danosas. Nesse caso, o instituto não se equipara ao dano punitivo porque o maior valor pago na reparação do dano moral não será destinado ao ofendido, mas a um número maior de pessoas, através do depósito em fundos especificados⁴⁶.

Também possui mesmo objetivo o artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública, que reverte a quantia fixada na condenação em prol do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), destinado a reconstituir os bens lesados. A Lei nº 9.008/1995 criou esse fundo e o seu conselho gestor, e no artigo 1º, § 3º, determinou o direcionamento dos valores arrecadados, inclusive para promover a modernização administrativa dos órgãos responsáveis pela execução de políticas voltadas ao combate e à prevenção de violações de mesma natureza. Outros fundos foram criados por lei: o Fundo Nacional do Meio Ambiente (artigo 1º da Lei nº 7.797/1989); o Fundo Naval (Decreto nº 20.923/1932); os Fundos Estaduais ou Municipais de Meio Ambiente⁴⁷ (artigo 73 da

Lei nº 9.605/1998); os Fundos Nacional, Estaduais ou Municipais para a Criança e o Adolescente (artigo 88, inciso IV do ECA); e o Fundo Penitenciário (artigo 49 do CP/1940)⁴⁸.

Seguindo adiante, com vistas a reparar danos no plano individual, apresenta-se sugestão para que o valor seja fixado em favor de uma entidade já existente ou a ser criada, voltada para proteger, assessorar e/ou atender àquele que sofreu violação da mesma natureza da ofensa que gerou a condenação original. Nesse raciocínio, causados danos morais individualmente a alguém, o dinheiro da condenação seria destinado diretamente a um fundo criado com base nos §§ 1º e 2º, inciso VII, do artigo 1º da Lei nº 9.008/1995 e poderiam ser beneficiários a Defensoria Pública ou o próprio Procon. Contudo, qualquer que seja a entidade beneficiária dos valores arrecadados, seus administradores deverão, entre outras atribuições: i) promover campanhas de conscientização das potenciais vítimas; ii) produzir estudos; iii) dar auxílio técnico às outras vítimas; e iv) cobrar atuação do MP em nível local, estadual ou nacional, buscando que as empresas ajustem sua conduta.

Pessoas qualificadas e recicladas, interessadas em dar suporte às vítimas, tratariam dessas políticas e amenizariam a desinformação e a hipossuficiência dos jurisdicionados⁴⁹. Assim, e.g., seriam desenvolvidas planilhas auto-explicativas contendo cálculos de débitos ou memória de cálculo para instruir o Juízo na fase executória, independentemente do exequente, beneficiário na reparação de danos morais, ser assistido por advogado, pela Defensoria Pública ou não ser assistido (caso dos Juizados Especiais). Ademais, as petições seriam melhor fundamentadas e instruídas, possibilitando maior qualidade na prestação jurisdicional.

Entidades voltadas para causas ambientais confeccionariam apostilas e instruiriam pessoas que morassem perto de empresas poluentes (incluída a poluição sonora) ou em locais onde grandes projetos imobiliários foram aprovados, para estarem cientes de possíveis ofensas aos seus direitos e da forma de combater essas ofensas.

Nas relações de consumo, com o tempo, os próprios fornecedores de mercadorias ou prestadores de serviços seriam beneficiados, pois, reduzidas as diferenças entre as partes, decisões absurdas como a inversão do ônus da prova na sentença tenderiam a desaparecer.

Adotadas essas medidas, é também provável a diminuição dos abusos praticados pelas empresas, que na perspectiva de sofrerem punições severas, respeitariam mais os indivíduos. Muitas pessoas atendidas nos órgãos seriam avisadas que meros aborrecimentos não lhes dão o direito de ação contra empresas ou indivíduos, evitando demandas infrutíferas. A seu turno, empresas não precisariam movimentar seus departamentos jurídicos e nem designar prepostos para atuarem em lides inócuas, desfalcando os quadros de funcionários para o comparecimento nas audiências ou em razão de diligências. Todos se beneficiariam.

Como se vê, sugere-se a aplicação por analogia do microsistema jurídico processual formado pelas leis que tratam dos sistemas difusos e coletivos⁵⁰. O objetivo é destinar a fundos com a mesma característica dos ali previstos, senão a eles próprios, quantias oriundas de demandas individuais onde são discutidas violações que não podem ser tuteladas por impulso dos legitimados extraordinários, mas que de tão reiteradas envolvem número considerável de pessoas e atingem, ao final, a coletividade.

8.2. Bens considerados "populares" não são suntuosidades

Se a ideia da condenação é conferir um conforto ao ofendido, concedendo-lhe o direito de adquirir um bem para amenizar os males sofridos, num ambiente onde já exista aparelho de som, televisor, geladeira, fogão, e mesmo freezer, nada mais justo do que propiciar a aquisição de um bem "popular" que o lesado ainda não possua.

Antes, entretanto, há que se afirmar que "pessoas de baixa renda", munidas de volumosos carnês, adquiriram automóveis (carros e motos) durante os últimos anos a ponto de aquecer o mercado, conforme amplamente noticiaram o governo e os canais de informação ao tratarem do crescimento no consumo desses bens. O resultado, inclusive, se vê nas ruas.

Desta forma, não configura exagero elevar o patamar dos valores hoje aplicados para compensar os danos morais sofridos pelo "pobre", para permitir que ele, e.g., adquira um carro popular, cujo valor se situa entre R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Produto popular, o próprio nome diz, é "popular", e no entender médio significa o produto voltado para consumo dos "menos abastados". Então, é um contrassenso considerar que a fixação, na condenação, de valores que permitam adquirir bens dessa linha promova o enriquecimento indevido. Ao contrário, confere caráter pedagógico à decisão.

8.3. Efetividade x execução da condenação

Outra questão polêmica envolve a execução da indenização. Nesse aspecto, é mais fácil apenar os "mais abastados" e obrigá-los a cumprir a decisão que os "menos abastados", embora às vezes aqueles possam fraudar a execução ocultando bens através de "laranjas" etc.

Surgem, então, dúvidas: a condenação será inócua se o ofensor se encontra em situação financeira delicada? Falhará a efetividade, elevada ao patamar constitucional? Não, embora a tese ora defendida fatalmente vá gerar inúmeras críticas. Todavia, não é porque a pessoa não possui muitos recursos, ou se trata de empresa de pequeno porte ou de microempresa, que a medida reparatória não pode ser efetivada. Basta lembrar algumas mitigações aos direitos subjetivos autorizadas pela lei e pela jurisprudência.

8.3.1. Penhora de faturamento de empresa

Independentemente do porte, a empresa pode ter seu faturamento diário penhorado para pagar dívidas, como permite o artigo 678 do CPC51, embora ali estejam embutidos os salários dos empregados e o "pro labore" do sócio-administrador. Isso, logicamente, será feito de forma razoável, para não violar o exercício de atividade econômica garantido no texto constitucional ou colocar a empresa em situação muito delicada⁵².

8.3.2. Pagamento de pensão alimentícia

A CRFB/1988, o CC/2002 e as leis específicas se empenharam em dar cumprimento ao pagamento de pensão alimentícia⁵³, no que permitiram a apropriação de verba alimentar do devedor até por desconto em folha, sendo a jurisprudência unânime em autorizar a retenção de até trinta por cento dos salários do alimentante, conforme o caso concreto.

8.3.3. Concessão de empréstimos a aposentados e a pensionistas

A Instrução Normativa nº 121/2005 do INSS/DC, que regula os convênios celebrados entre o INSS e as instituições financeiras, autoriza a concessão de empréstimos a aposentados e a pensionistas nas modalidades de retenção e de consignação⁵⁴. Novamente a lei permite a apropriação de valores de natureza alimentar, mas aqui para saldar dívida bancária.

8.3.4. Transação penal

Permite a Lei dos Juizados Especiais que, restando infrutífera a composição civil entre ofensor e ofendido, e se presentes alguns requisitos legais, seja oferecida proposta de transação penal, ocasião em que o ofensor, além da possibilidade de se comprometer ao pagamento de cestas básicas, poderá prestar serviços comunitários e se livrar da condenação penal. E isso não é considerado pena desumana.

8.3.5. Propostas

Cumprе destacar que foi amplamente debatida a questão da necessidade de ofuscar o individual em favor do social para acabar com a violação aos direitos do próximo e promover a harmonia do convívio coletivo (em busca da pacificação social e enlevando a solidariedade). Viu-se que foram criados alguns focos de mitigação de direitos subjetivos do indivíduo.

Foram vistas também algumas hipóteses de penhorabilidade de valores referentes à verba alimentar, e que, em todas elas, o desconto de um percentual do ganho mensal ou do faturamento da empresa não relega seus titulares à penúria. Logo, é plenamente pertinente autorizar, e.g., o desconto de dez por cento do faturamento de empresa ou do que percebe por mês o infrator que alega não possuir outras fontes de renda, até quitar a quantia estabelecida pelo julgador como justa para compensar o dano moral causado, dando efetividade à decisão que pune quem impôs transtornos a outrem. E não é possível que a determinação do desconto desse percentual viole tantos direitos e garantias do ofensor a ponto de sacrificar os do ofendido, mormente se consideradas ofensas aos direitos da personalidade ou, de forma mais genérica, à garantia da dignidade da pessoa humana. Tal assertiva é de extrema razoabilidade⁵⁵.

Além disso, se a lei mitiga a impenhorabilidade de verbas alimentares para permitir que uma instituição financeira promova a quitação de parcelas de empréstimos (que não possuem natureza alimentar), com muito mais razão pode permitir a flexibilização para dar efetividade à decisão que pune quem perturba a paz social ou viola direitos fundamentais de terceiros.

Por fim, caso se demonstre plenamente inviável separar pequeno quinhão dos salários ou do faturamento da empresa; ou se o ofensor não possui rendimentos por estar desempregado; ou se a empresa está à beira da falência, há que buscar no próprio ordenamento jurídico formas alternativas de aplicar a pena, como a prestação de serviços compulsórios pelo ofensor ou pelo sócio da empresa, seja à comunidade, seja

aos entes públicos (como cozinhar, pintar ou varrer uma caserna militar), nos moldes da Lei dos Juizados Especiais, conforme determinar o julgador, mediante rigorosa fiscalização.

9. Conclusão

É tarefa para além de complicada fixar um valor para compensar danos morais que satisfaça às partes envolvidas e ainda configure a realização da justiça perante a sociedade. Isso porque, é claro, envolve uma carga de subjetividade muito grande, o que permite interpretações à luz de posicionamentos os mais extremados possíveis. Na realidade, porém, em regra, a quantia fixada está muito aquém dos valores desejados, sendo insuficiente para confortar quem teve o direito violado e para coibir a reiteração do ilícito, já que penas modestas não se prestam a educar o infrator, conforme se verifica pelo volume excessivo de processos que tramitam nos tribunais envolvendo a matéria.

Ademais, outro critério utilizado para quantificar a reparação do dano moral não permite que a punição confira verdadeiro caráter pedagógico à condenação. Trata-se do nível sócio-econômico das partes, pois na absoluta maioria das vezes há um hiato muito grande entre a capacidade financeira das partes. Em regra, as vítimas são oriundas de "classes menos privilegiadas" e os infratores são empresas.

Diante desse quadro, o julgador, no afã de não permitir o enriquecimento sem causa, dispara valores módicos na condenação, e a decisão, assim, não atinge sua função social, pois o valor que enriquece a um é ínfimo para o outro. Entretanto, já passou do tempo do Judiciário dar a cada um o que é seu, fazendo valer os institutos jurídicos e realçando os direitos e os deveres dos jurisdicionados, mormente os previstos na CRFB/1988, sistematicamente violados, pois, se o direito individual é reiteradamente desrespeitado, e se a reparação não traz efetivo conforto à vítima, o cidadão correto é prejudicado duas vezes: quando é vítima e quando vê frustrada a reparação. Cabe, então, ao julgador avaliar rigorosamente o caso concreto para, se for o caso, fixar, sem peias, valores consideráveis na reparação de danos morais, e fazer com que o infrator aprenda definitivamente que deve contribuir para o bem comum.

O problema também se apresenta em relação "aos que possuem poucos recursos financeiros", pois se valem da condescendência dos magistrados e da falta de mecanismos jurídicos eficazes para saírem impunes, invariavelmente não suportando o caráter pedagógico da condenação. Mas, pouco importa se o condenado é "pobre" ou assalariado, ou o porte menos arrojado da empresa: a determinação judicial deve ser cumprida em intensidade equivalente, sob pena de também se permitir, sobre esse ponto de vista, a impunidade, a inefetividade e o desrespeito à solidariedade. Logo, devem ser buscadas novas vias.

As prerrogativas não podem servir de escudo para que, ciente da proteção ao seu patrimônio e à sua liberdade, o indivíduo, "pobre" ou "rico", lance mão de toda espécie de irregularidades contra as vítimas que porventura encontrar.

Não se preconiza a invasão ao patrimônio alheio de forma desmesurada ou que se viole a integridade física do devedor com a defesa da prestação de serviços comunitários. Apenas se espera ver efetivamente reparado o dano causado, principalmente para dar satisfação à sociedade, pois somente a partir do momento em que "sentirem" no bolso ou na "pele" (com a prestação de serviços sociais) a mão pesada do Estado é que haverá mudanças na postura das pessoas (físicas ou jurídicas) e as violações e as atitudes mesquinhas passarão a não mais fazer parte do cotidiano. O caráter educativo poderá, inclusive, ultrapassar a pessoa do ofensor e atingir o subconsciente dos demais atores da coletividade, que, sabedores das pesadas condenações, evitarão incorrer na mesma conduta. Consequentemente, as ações que visam à reparação de danos morais já não serão tão presentes em nossos tribunais.

Ao menos sob esse prisma, restará observada a sonhada pacificação social.

notas

O grau de desigualdade entre os particulares irá indicar se prevalece a proteção ao direito fundamental ou a tutela à autonomia privada;

2 Para SARLET, é tarefa complexa extrair o conceito de dignidade da pessoa humana pela dificuldade existente em delimitar o âmbito de proteção dessa norma jurídica fundamental, já que, impregnada de conceitos vagos e imprecisos, possui vários

significados que decorrem, inclusive, do pluralismo e da diversidade de valores hoje contemplados, de sorte que seu conceito se encontra em permanente processo de construção, de desenvolvimento e de aprimoramento. Porém, ao final, o autor propõe o seguinte conceito jurídico: "(...) [É] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos". SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40/42 e 62;

3 SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 85/86;

4 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil – Teoria Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 98;

5 SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 93;

6 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45/47;

7 "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes";

8 "Também no princípio da dignidade da pessoa humana situa-se a fundamentação constitucional da boa-fé objetiva, de modo a subordinar o direito à autonomia privada ao dever de solidariedade. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana aparece como princípio unificante, decorrente da exigência de justiça social, imposta pelo art. 170 da Constituição da República". CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva Civil-Constitucional. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 94;

9 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ob. cit., p. 108/109;

10 Assim dispõem os artigos 11 e 12, caput e parágrafo único, do CC/2002: "Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária"; "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau";

11 Enunciado nº 274 do CJF – "Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação". Disponível em: <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em: 09.fev.2009;

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

13 SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 97/101;

14 Segundo BOBBIO, os direitos do homem se desenvolveram em direção à universalização e à multiplicação, e a multiplicação dos direitos do homem teria se dado das seguintes formas: a) aumentou a quantidade de bens a serem tutelados (além das liberdades negativas, de religião e de imprensa, passou a considerar os direitos políticos e sociais); b) estendeu a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem (família, minorias étnicas e religiosas, incluindo também: o direito de sobrevivência aos animais e, no campo da ecologia, o direito da natureza não ser explorada); e c) o homem deixa de ser visto em abstrato e passa a ser considerado sob diversas nuances (consumidor, criança, idoso, mulher etc). (BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 68/69);

15 Artigo 5º, inciso LXXVIII, incluído pela EC nº 45/2004: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação";

16 Segundo DIDIER JR., os princípios constitucionais processuais devem ser interpretados como direitos fundamentais processuais, sendo que os mesmos possuem dupla dimensão: subjetiva e objetiva, e, vistos sob a dimensão objetiva, consistem em valores que devem nortear a interpretação e a aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico. Por fim, a combinação de ambos, ou seja, a visão dos "direitos fundamentais processuais" sob a ótica da dimensão objetiva, gera como consequência: i) o dever do magistrado em dar o máximo de eficácia a esses direitos fundamentais; e ii) o dever de considerar eventuais restrições que lhe sejam impostas em razão da incidência de outro direito fundamental (conflito de normas). (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 26);

17 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141;

18 DIAS, Maria Berenice. Além de cega, muda! Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38240>>. Acesso em 09.fev.2009;

19 "Os princípios gerais de direito, como o próprio nome indica, são os postulados extraídos da cultura jurídica, fundando o próprio sistema da ciência jurídica. São ideais ligados ao senso de justiça. Emanam do Direito Romano, sintetizados em três axiomas: não lesar a ninguém ('neminem laedere'), dar a cada um o que é seu ('suum cuique

tribuere') e viver honestamente ('honeste vivere')". FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ob. cit., p. 51;

20 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 121/122;

21 O STJ, ao julgar o REsp 751.809/RS, o REsp 858.479/SP e o REsp 437.234/PB, verificando que os ofendidos eram devedores confessos, determinou que essa circunstância deve contribuir para o abrandamento da punição a título de compensação por danos morais. Ou seja, o dano não causou muita repercussão porque existiam outras negativas em nome dos ofendidos. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 04.fev.2009. Vale lembrar também o artigo 945 do CC/2002, segundo o qual, havendo participação da vítima na ocorrência do evento danoso, a fixação do valor da compensação irá considerar em conjunto a culpa do ofensor e do ofendido, independentemente de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva;

22 Na responsabilidade subjetiva, a culpa irá caracterizar se o agente deve ou não indenizar;

23 REsp 786.609/DF; Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR; DJe de 28/10/2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 04.fev.2009;

24 "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Dispõe o artigo 186 do CC/2002 que o ato ilícito poderá ser exclusivamente moral;

25 "Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo' para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida". Pereira, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 55;

26 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 90;

27 Nesse sentido: "Como dispunha o art. 948, do Código Civil de 1916, cuja essência ainda se aplica atualmente, nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado, ou seja, o valor adequado da indenização será aquele capaz de reduzir, na medida do possível, o impacto suportado pelo ofendido em razão da conduta gravosa de outrem, objetivo este que não será alcançado se a indenização for fixada em valores módicos". TJMG; Ap. Cível 1.0024.97.124652-5/001(1); Rel. Des. PEDRO BERNARDES; Publicação 01/12/2008. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 19.mar.2009, p. 190;

28 a tarifação do "quantum" indenizatório foi "revogada" (no dizer do Supremo Tribunal Federal): "Antes da Constituição de 1988 vários dispositivos legais estabeleciam critérios para a quantificação do dano moral (...) Após a Constituição de

88, entretanto, não mais prevalece nenhum limite legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo Juiz". CAVALIERI FILHO, Sérgio. Ob. cit., p. 88/89;

29 Nesse sentido: REsp 917.674/RJ; REsp 712.591/RS; REsp 808.388/ES; REsp 786.609/DF; REsp 1.039.985/SP; REsp 1.028.187/AL; REsp 677.825/MS; e AgReg no Ag 1.040.621/MG. Disponíveis em <www.stj.jus.br>. Acesso em 04.fev.2009;

30 Veja-se a decisão exarada no REsp 751.809/RS, onde o nome de um devedor contumaz foi inscrito num órgão de proteção ao crédito sem haver prévia comunicação. Considerou-se a jurisprudência pacífica da Corte, segundo a qual, outros débitos registrados no rol de inadimplentes à mesma época não afasta o dano moral, mas o "quantum" compensatório deve ser fixado com temperamentos. Nesse caso, foi reduzido para R\$ 3.000,00 (três mil reais). Já no REsp 858.479/SP, o ofendido teve seu nome negativado mesmo após quitar o débito, e apesar da existência de outros registros no cadastro público, considerou-se desnecessária a prova do prejuízo, sendo mantida a condenação de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de danos morais. Não foi a mesma sorte do ofendido no REsp 712.591/RS, que teve cheque furtado e protestado indevidamente e fez jus à quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), e no REsp 808.388/ES, onde falsários utilizaram os números dos documentos e o nome da vítima para abrir conta-corrente em instituição financeira que posteriormente a inscreveu em cadastro de inadimplentes. O STJ, considerando que não foram demonstrados maiores embaraços a estenderem o dano, reduziu o "quantum" compensatório de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 3.000,00 (três mil reais). Como se vê, situações distintas geraram condenações próximas ou idênticas. Porém, é lógico que no REsp 808.388/ES não foi aplicada a mesma justiça que no REsp 751.809/RS, até porque enquanto para o devedor contumaz houve dispensa da prova do prejuízo, para quem não possui máculas foi considerada necessária, e, o pior é que nesse caso, o valor da compensação ainda foi reduzido. Disponíveis em <www.stj.jus.br>. Acesso em 04.fev.2009;

31 "Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso"; "Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente";

32 Nos termos do caput do artigo 49 do CP/1940, os valores arrecadados com a pena de multa serão destinados ao fundo penitenciário, e ao fixá-la o juiz estabelecerá entre dez e trezentos e sessenta dias-multa. O dia-multa será fixado entre um trigésimo e cinco vezes o salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato. Logo, pelo que depreende da combinação desses dispositivos, a multa será fixada entre um décimo do salário mínimo (dez dias-multa x um trigésimo do salário mínimo) e mil e oitocentos salários mínimos (cinco salários mínimos x trezentos e sessenta dias-multa);

33 "Art. 1.547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550)";

34 "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização";

35 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Vol. III. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55;

36 "(...) o objeto da liquidação da reparação pecuniária do dano moral é uma importância que compensa a lesão extrapatrimonial sofrida. Não há como evitar a idéia de que, efetivamente, a natureza do objeto da liquidação exige o arbitramento, uma vez que os simples cálculos ou os artigos são inviáveis, na espécie". GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Ob. cit., p. 353;

37 BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 64;

38 "Toda inclinação, simpática ou antipática, enfraquece a capacidade do intelecto para reconhecer a verdade, torna-o parcialmente cego. A ausência de paixão constitui um pré-requisito de todo pensamento científico". MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 84/85;

39 SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 135;

40 DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954, p. 14/15;

41 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (apud FACHIN) ainda acrescentam que "A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a

mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se apreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial". GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Ob. cit., p. 38;

42 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Ob. cit., p. 150;

43 "Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz";

44 Venturi (apud CARVAL) lembra que o magistrado pode fixar na condenação uma espécie de doação em favor de instituições beneficentes já que o ordenamento jurídico brasileiro possui norma nesse sentido – no caso o artigo 883 do CC/2002. VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro. 2006, p. 188/189. Dissertação (Mestrado em Direito).

Universidade Federal do Paraná. Paraná. Disponível em <<http://hdl.handle.net/1884/3767>>. Acesso em 09.fev.2009;

45 Não se justifica a resistência ao caráter punitivo da condenação ao pagamento de indenização. O CJF, inclusive, editou o Enunciado nº 379, segundo o qual: "O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva

ou pedagógica da responsabilidade civil". Disponível em: <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em: 09.fev.2009;

46 Segundo VENTURI, no mesmo sentido caminham Judith MARTINS-COSTA e Mariana Souza PARGENDLER. VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. Ob. cit., p. 190;

47 Exemplos para destinar quantia ao fundo de meio ambiente seriam os casos de construções inacabadas (poluição visual), de obstrução da vista ou do loteamento à beira-mar que impede o acesso à praia pela população;

48 MAZZILLI, ao tratar da questão dos valores recebidos nas ações coletivas, afirmou que a criação desses fundos foi a solução mais razoável, pois havendo condenação e não sendo possível aplicar o dinheiro na reparação direta do bem lesado, ele será destinado a finalidade compatível com a origem da lesão. (MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 456);

49 Na grande maioria, procuram esses serviços os "humildes", que não possuem um poder de argumentação apurado a ponto de tornar claras suas dúvidas, e por isso muitas vezes são mal-tratadas. E, apesar do teor utópico desse pensamento, é de vital importância uma fiscalização rigorosa sobre os funcionários que venham a prestar esses serviços, devendo ser evitada a indicação de apadrinhados políticos, a fim de preservar o grande interesse social dessa empreitada, inclusive com a aplicação de penas severas para quem desatender esse objetivo;

50 O microssistema processual coletivo é dotado de normas de reenvio (como o CDC, o EI e a LACP), as quais determinam a aplicação da tutela mais adequada ao pedido na ação coletiva, independentemente de em qual lei estiver prevista, tão-só pelo fato de comporem um todo único e uniforme, como se se tratassem de uma única lei;

51 "Art. 678. A penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores";

52 O TJRJ, ao verificar que uma empresa executada passava por dificuldades financeiras, mas defendendo que a execução deve atender aos interesses do credor, fixou a penhora de renda em 5% para não prejudicar a devedora e nem impedir a satisfação do crédito: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE RENDA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO VERBETE 100 DA SÚMULA DO TJRJ. REDUÇÃO DA PENHORA. EMPRESA COM DIFICULDADE FINANCEIRA. 1. É certo que a execução deve observar o princípio da menor onerosidade (art. 620, CPC), mas não se pode olvidar que a execução é conduzida para atender o interesse do credor. 2. Portanto, correta a decisão que defere a penhora da renda diária de uma empresa quando não é possível o adimplemento da obrigação por outro meio. 3. Contudo, a penhora do faturamento não pode afetar o regular funcionamento da empresa. 4. Para tanto, deve-se atentar para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 5. Embora seja pequeno o valor da dívida executada, a pessoa jurídica devedora enfrenta dificuldades financeiras que impedem suportar a restrição imposta. 6. Sendo assim, nos termos do verbeta 100 da súmula do TJRJ, reduz-se o percentual da penhora para 5% sobre o faturamento diário bruto da pessoa jurídica devedora. 7. Recurso a que se dá provimento, nos termos do artigo 557, parágrafo 1º-A, do CPC". Ag. Inst. 2009.002.01272; Rel. Des. ELTON

LEME; 17ª Câm. Cível; Julg. em 28/01/2009. Disponível em <<http://www.tjrj.gov.br>>. Acesso em 04.fev.2009;

53 A proteção é tamanha que, caso posteriormente se verifique que os alimentos provisórios foram fixados em favor de quem não é credor do alimentante, os valores então desembolsados não serão ressarcidos, pois os alimentos são irrepetíveis;

54 Na modalidade de retenção, o valor do benefício é depositado integralmente na conta-benefício, cabendo à instituição financeira fazer o desconto da parcela de pagamento do empréstimo. Na modalidade de consignação, o INSS repassa o benefício com o valor da prestação já descontado e o destina a outra instituição financeira;

55 "É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar". BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992;

CARDOSO, Vladimir Mucury. *O abuso do direito na perspectiva Civil-Constitucional*. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007;

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954;

DIAS, Maria Berenice. *Além de cega, muda!* Disponível em:
<<http://jusvi.com/artigos/38240>>;

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. Salvador: JusPodivm, 2007;

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil – Teoria Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Vol. III. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2006;

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

Pereira, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999;

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro. 2006, p. 188/189. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Paraná. Disponível em <<http://hdl.handle.net/1884/3767>>.

*Advogado. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória-ES. Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade de Direito de Vila Velha.

Disponível [http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12972](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12972)

Acesso em: 15 de junho 2009.