

UMA VISÃO CRÍTICA SOBRE O CRITÉRIO DE VALORAÇÃO DO DANO MORAL NO CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A CRITICAL VIEW ON THE CRITERION FOR ASSESSING MORAL DAMAGE ON THE HUMAN DIGNITY PRINCIPLE CONTEXT

Claudio José Amaral Bahia¹

Pós-doutor em Direitos Humanos

Universidade de Coimbra - Coimbra/Portugal

Nívia de Castro Orlandi²

Mestre em Direito

Universidade de Bauru - São Paulo/Brasil

Ciderlei Honório dos Santos³

Mestre em Direito

Universidade de Bauru - São Paulo/Brasil

Resumo: A valoração do dano moral é um tema polêmico em nosso ordenamento jurídico. Para parcela da doutrina, a observância em virtude da condição socioeconômica do ofendido demonstra ser uma opção justa, que

1 - Possui graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1996) e mestrado em Direito Constitucional - Instituição Toledo de Ensino (2002). Atualmente é professor - Instituição Toledo de Ensino de Bauru e da Faculdade Iteana de Botucatu na graduação e na pós-graduação lato e stricto sensu na Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutorando no *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra. e-mail: claudio_amaralbahia@hotmail.com

2 - Mestre em Direito na área de concentração: Sistema Constitucional de Garantias de Direitos do Programa de Pós-Graduação stricto sensu mantida pela Instituição Toledo de Ensino - Ite - Bauru (2017). Possui graduação em Direito - mantida pela Instituição Toledo de Ensino - Ite - Bauru (2003) e Pós Graduação pela Faculdade de Direito mantida pela Instituição Damásio de Jesus em São Paulo/Capital (2004). Advogada Sênior a partir de 2004, com experiência nas áreas direito de família, sucessões, imobiliário, previdenciário, bancário, societário e criminal. Atuou como advogada na equipe do Escritório Mandaliti e JBM no ano de 2009 e na equipe contencioso jurídico do Grupo Nelson Paschoalotto Advogados Associados (2009 a 2015). Advogada atuante no Convênio da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na comarca de Piratininga/SP. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito (CONPEDI) e também da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Fundou o AdLege - Curso Jurídico na cidade de Bauru/SP e nele atua como Coordenadora de Ensino, Professora de Direito Constitucional e Direito Processual Civil. e-mail: niviaoalandi@adv.oabsp.org.br

3 - Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (2003), Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino (2005), Mestre em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru - ITE (2017). Coordenador de Tecnologia do Centro Universitário de Bauru. Coordenador da Comissão de Direito Previdenciário do Instituto dos Advogados do Interior Paulista - IADV. Advogado. Professor de Direito Civil na AdLege Concursos. e-mail: ciderleih@hotmail.com

alcançaria suposto patamar de satisfação em um litígio. Todavia, a intenção deste artigo foi justamente defender uma visão contrária a essa posição, num viés de apresentar certo grau de iniquidade quando a moral pode ser quantificada a depender do direito patrimonial em detrimento da dignidade da pessoa humana. Na qualidade de resultados esperados, verificou-se ser justo aferir o valor da ofensa fundado no grau de reprovabilidade do ato em si, independentemente da classe social da vítima lesionada em sua moral.

Palavras Chaves: Valor, dano moral, dignidade humana.

Abstract: The assessment of moral damage is a controversial issue in our legal system. For part of the doctrine, observance by virtue of the socioeconomic condition of the offended person proves to be a fair option, which would reach supposed level of satisfaction in a litigation. However, the intention of this article was precisely to defend a view contrary to this position, in a bias to present some degree of iniquity when the moral can be quantified to depend on the patrimonial right in detriment to the dignity of the human person. As expected, results, it was found to be fair to assess the value of the offense based on the degree of reprobability of the act itself, regardless of the social class of the victim injured in his morals.

Key Words: Value, moral damage, civil liability.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, a princípio, aborda o tema apontando a responsabilidade civil como consequência de resposta dada pelo Estado àqueles que sofrem um dano por ato de outrem, seja lícito ou ilícito. Buscou-se discorrer sobre os elementos que constituem esse instituto do direito civil, não tendo a presunção de esgotar o assunto, mas demonstrar a relevância para firmar as ideias iniciais sobre a solução fornecida por nosso ordenamento jurídico quando diagnosticada a existência de um dano moral no mundo da vida.

A metodologia escolhida foi a exploratória e o método o hipotético-dedutivo, e para entrelaçar os temas, a sequência dos estudos seguiu o “norte” da violação da dignidade da pessoa humana, com a humilde pretensão de dispor a respeito de sua concepção, a nosso ver, a mais sublime, ou seja, aquela elaborada por Kant que, com elementos da razão, encontrou um método de diferenciar o reino das coisas do reino dos homens.

E assim, com base em farta pesquisa bibliográfica, apresentar respostas à problemática e à possibilidade de auxiliar a quantificar a dor oriunda da violação de um direito da personalidade, com reflexo inquestionável quanto à dignidade humana, a partir da condição socioeconômica do ofendido.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL: DA AÇÃO E OMISSÃO AO DANO MORAL

A responsabilidade jurídica será analisada no presente trabalho com o viés de um instituto criado para amenizar e solucionar os conflitos daqueles que foram prejudicados por atos de outros que não observaram os preceitos necessários a conferir e garantir a dignidade humana em sua excelência.

Neste passo, cumpre-nos esclarecer alguns conceitos iniciais. A responsabilidade jurídica divide-se em responsabilidade criminal e responsabilidade civil. Importa destacar que a responsabilidade criminal *“pressupõe uma turbação social, ou seja, uma lesão aos deveres de cidadãos para com a ordem da sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação da norma penal, exigindo para restabelecer o equilíbrio social investigação da culpabilidade do agente”* (DINIZ, 2016, p. 40).

Já a responsabilidade civil decorre da violação das normas da vida privada no aspecto patrimonial e moral do indivíduo, o que permite à vítima o ressarcimento do dano causado pelo ato praticado em contradição ao ordenamento jurídico, sendo-lhe restaurado o *statu quo ante* ou obtida uma indenização pecuniária.

Portanto, a Responsabilidade civil consiste em arcar com o ônus imputado pela legislação àquele que causou dano a outrem, presente ou ausente a infração de determinada norma jurídica e, consequentemente, tem por objetivo proteger o direito de alguém. Maria Helena Diniz conceitua a responsabilidade civil da seguinte forma (DINIZ, 2016, p. 51):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Diante da generalidade de seu conceito, identificar os pressupostos para a configuração da responsabilidade civil é outro árduo encargo a ser percorrido pela doutrina.

Seguindo a estrutura apresentada por Maria Helena Diniz (2016, p.53) para a concretização da responsabilidade civil, necessário se fazerem presentes os seguintes elementos:

- a. Ação, comissiva ou omissiva, decorrente de ato lícito ou ilícito;

- b. Culpa, no caso de ato ilícito;
- c. Dever de reparar;
- d. Nexo de causalidade entre a ação e o dano;
- e. Dano.

Observe-se que a ocorrência de um dano moral ou patrimonial pode ser oriunda de uma ação do próprio agente, por terceiro, outrem a seu mando, bem como por animal ou coisa vinculada a ele.

O vínculo entre a ação e o dano será o fato gerador da responsabilidade civil, ou seja, o nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano.

Ora, a ação para gerar consequências no mundo jurídico deve estar carregada de requisitos, sendo a vontade o principal deles. Um ato involuntário não acarretaria a necessidade de resposta do ordenamento jurídico, dificilmente existiriam partes prejudicadas. Para gerar a responsabilidade de umas das partes envolvidas, sua ação, omissiva ou comissiva, deve ser gerada por um ato de vontade.

A omissão voluntária surge com mais frequência no direito contratual, quando uma das partes deixa de cumprir com o encargo que a ela compete no contrato.

No tocante à culpa, observe-se que está relacionada diretamente com a obrigação de indenizar quando praticado determinado ato. A ilicitude corresponde à violação de norma jurídica positivada. A atitude ilícita do agente é reprovável quando analisado o caso concreto, fosse possível agir de forma diferente a não cometer/praticar o ilícito/lícito.

Necessário constatar a existência de dois fundamentos do ato ilícito: o primeiro corresponde à contrariedade de norma jurídica; o segundo é o conhecimento por parte do agente dessa ilicitude, o que afigura o dolo na prática de ato incompatível com o ordenamento jurídico vigente.

No sentido amplo, a culpa também contempla a figura do dolo, uma vez que corresponde à violação de uma norma jurídica, por ato voluntário ou omissão do agente por ausência de zelo ou cautela. A culpa, no sentido estrito, está relacionada à imperícia, negligência e imprudência. Enquanto que o ato intencional em transgredir um comando legal configura o dolo.

A imperícia está mais relacionada às profissões que necessitam da observância das regras que lhe são exigidas para o cumprimento de certo ato. Assim, a culpa por imperícia seria a falta de habilidade para a prática do ato. A negligência é a ausência de atitude quando esta era devida em determinada

situação. E a imprudência é a ação de forma equivocada por acontecer antes do esperado ou sem o zelo necessário.

Verifica-se que o conceito de culpa é esparso e apresenta variações conforme a classificação adotada.

Quando a culpa é analisada no tocante à natureza do bem violado, pode-se chamar culpa contratual ou culpa extracontratual, a famosa culpa aquiliana. Ocorre que, quando o descumprimento de um dever por uma das partes decorre da não observância de um contrato previamente firmado por elas, tem-se a culpa contratual. Todavia, quando a violação é projetada para um dever social, consistente numa norma geral de direito, que determina não afrontar pessoas e bens que não lhe pertencem, surge a culpa aquiliana.

Outra modalidade de culpa aquiliana está na concepção de culpa em *stricto sensu*, conforme afirma Carlos Roberto Gonçalves, (2006, p. 490):

O critério para aferição da diligência exigível do agente, e, portanto, para caracterização da culpa, é o da comparação de seu comportamento com o do *homo medius*, do homem ideal, que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo, A culpa *stricto sensu* é também denominada culpa aquiliana.

Temos ainda três outras classificações para culpa. A seguinte está relacionada à sua graduação, sendo grave, leve ou levíssima, dependendo da intensidade do dano acarretado ao bem ou pessoa, vítima do prejuízo ocasionado pela violação do direito. Ainda com base nos estudos de Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 490-491), esse autor aponta que esta distinção entre os graus de culpa é feita por Teixeira de Freitas, citado no trabalho de Washington de Barros Monteiro (Curso, cit., p. 413):

Com relação aos graus, a culpa pode ser grave, leve e levíssima. É grave quando imprópria ao comum dos homens. É a modalidade que mais se avizinha do dolo. Culpa leve é a falta evitável com atenção ordinária. Culpa levíssima é a falta só evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular.

A culpa também pode ser em concreto ou em abstrato. Será culpa em concreto quando o exame está direcionado à imprudência ou negligência do agente, enquanto em abstrato é a culpa vista por uma comparação à atitude do homem médio, ou seja, o que seria possível esperar de qualquer ser humano.

E, por fim, a culpa analisada por seu conteúdo, sendo este positivo, ou seja, por imprudência quando existe uma conduta ativa do agente, tem-se a culpa *in comittendo* ou *in faciendo*; e quando a culpa é por uma omissão, uma conduta negativa do agente, tem-se a culpa *in omittendo*.

O pressuposto seguinte da responsabilidade civil trata-se da imputabilidade, que está relacionada às condições pessoais do agente. Consiste na condição que exige a consciência da ilegalidade do ato por parte daquele que o cometeu, para assim ver-se obrigado a responder pelas consequências que causou a terceiros.

Porém, a imputabilidade comporta certas exceções, que a afastam quando não é possível ao agente agir de outra forma, ou até mesmo identificar o ilícito cometido.

Nesta toada, importa frisar a menoridade, a demência ou estado grave de desequilíbrio mental, anuência da vítima e a legítima defesa.

Não se pretende exaurir o tema imputabilidade no presente trabalho, mas sim destacar a responsabilidade civil como consequência de uma lesão à dignidade da pessoa humana na órbita do dano moral.

Por esse motivo, entendemos por bem deixar o presente tópico de lado, para atentarmos de forma mais eloquente aos assuntos que realmente farão diferença na conclusão do que se pretende expor quando um ato agride a realidade de alguém via ação ou omissão e este tende a se proteger mediante a utilização das normas do ordenamento jurídico que resguardam os direitos da personalidade.

Neste sentido, caberia aqui discutir sobre a qualidade da responsabilidade, seja ela com ou sem culpa, em razão da prática do ato na realidade vivenciada por todos nós.

A responsabilidade passou a ser objetiva, sem a prévia análise da culpa, em virtude da evolução dos meios técnicos em nosso cotidiano que acarretam maior número de acidentes. Tem-se daí a ideia de indenizar sem a necessidade de comprovar a culpa do agente. A indenização é derivada apenas da ocorrência do dano sofrido, sem observar a intenção do agente. Isso é aplicado em certos casos previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

A responsabilidade subjetiva, diferentemente, pressupõe a intenção do agente em dolo ou culpa. Neste passo, ensina Gonçalves (2006, p. 20):

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser

pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

O último pressuposto da responsabilidade é o dano. Não existiria responsabilidade se não houvesse um prejuízo sofrido pelo ato de outrem. É o dano patrimonial ou moral. O dano patrimonial é facilmente identificado em virtude da quantificação a ser analisada em consequência à atitude do agente responsável. Já o dano moral surge em resposta para suprir o sentimento de perda do lesado.

Neste sentido, para nós o pressuposto que possui uma ligação mais tênue com o critério da valoração do dano moral, é nada mais que o próprio dano. E, seguindo a temática apresentada, o dano sofrido quando ocorre uma violação à dignidade da pessoa humana, no qual o direito da personalidade é aquele atingido, sendo a infração direcionada à órbita interna do indivíduo, isto é, a moral.

2 DANO MORAL COMO RESULTADO DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A princípio, interessante dar início ao foco que gera maiores dúvidas conceituais na doutrina, ou seja, o conceito de dignidade de pessoa humana. Trata-se de um elemento essencial ao convívio sadio em sociedade o respeito à dignidade humana do próximo.

A dignidade é um conceito que não nasceu pronto, foi-se construindo ao longo da história e alcançou os tempos atuais como principal direito fundamental estruturado na razão jurídica.

Rizzatto Nunes (2010, p. 62) leciona: “É por isso que se torna necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana”.

A dignidade humana surgiu, inicialmente, vinculada à figura da honra. A honra, em sentido amplo, significava aquilo que as pessoas pensavam sobre o indivíduo em seu ambiente social e em sentido estrito, o sentimento interno do próprio indivíduo.

É em Kant que encontramos o mais aprofundado conceito de dignidade da pessoa humana, não tendo havido até o presente momento nenhuma outra definição que pudesse superar aquela apresentada por ele.

Para Kant, o ser humano dotado de razão não pode dominar outro homem ou fazê-lo como mero meio ou instrumento de sua vontade. O domínio do homem incide apenas sobre si, nunca sobre o outrem. Caso isso aconteça, haverá violação à moral daquele que foi subjugado.

Por outras palavras, a dignidade humana, na visão kantiana, traduz a ideia de que o homem é um fim em si mesmo e dessa forma possui valor absoluto, não podendo em hipótese alguma ser comercializado ou coisificado e, ainda, ser usado como instrumento para algo.

Nesse sentido, pode-se afirmar que tudo que não é humano possui valor e todo indivíduo da espécie humana não pode ser valorado ou quantificado. Para abrilhantar a afirmação acima, convêm trazer à baila os ensinamentos de Kant (2000, p. 68):

Existe como um fim em si mesmo, não só como um meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que dirigem aos outros seres racionais, ele tem que ser considerado simultaneamente como fim.

Continua Kant (2000, p. 77): “quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

Neste sentir, todo e qualquer ato de coisificação e instrumentalização do ser humano deve ser veementemente rechaçado.

Com efeito, Barroso (2010, p.4) apresenta o seguinte conceito:

A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais.

Agasalhando a dignidade humana, a Constituição Federal do Brasil de 1988 elevou seu conceito à condição de fundamento do Estado brasileiro, ao prescrever que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
III - a dignidade da pessoa humana;

Dessa feita, a dignidade humana é valor supremo da nação brasileira e por assim ser, serve como parâmetro para todos os demais direitos esculpidos na Carta da República.

Toda pessoa humana possui personalidade. Quando há violação a qualquer direito da personalidade, em última instância está se violando a dignidade humana, prescrevendo o direito o dever de reparação por esta violação. Isso é corroborado pelo texto constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - 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**; (grifo da autora)

A reparação a direito da personalidade ocorre por meio de indenização por danos morais. Por consequência, o Estado brasileiro na busca de proteger a dignidade humana deve implantar mecanismos para evitar todas as incursões que possam ferir o ânimo da dignidade de cada indivíduo.

Por este motivo, quando há a infringência ao princípio da dignidade da pessoa humana, necessária uma resposta imediata para restaurar o *statu quo ante* e na sua impossibilidade reparar por meio de indenização, aquele que sofreu por ato de outrem.

A indenização por dano moral surge como um desses mecanismos, tendo como origem a responsabilidade civil atribuída àquele que mediante uma ação ou omissão causou prejuízo a outrem com o fim de saciar o senso de justiça que impera no Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana possui *status* de supra direito e qualquer ato que lhe cause o mínimo de degradação deve ser rechaçado do mundo da vida com todas as armas que o Estado possui para tanto.

Vale salientar que a dignidade humana tem igual valor para todos, independentemente de raça, cor, etnia, religião, origem, raça, idade e quaisquer outras formas de discriminação, inclusive condição socioeconômica.

3 DANO MORAL VERSUS VALORAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como já dissemos acima, a ocorrência do dano moral, necessariamente passa pela violação da dignidade da pessoa humana.

Pois bem, tendo a dignidade da pessoa humana sido violada, resultando em um dano moral, o Direito pátrio prevê a imposição de uma responsabilização em decorrência da prática de ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil que assim prescreve:

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

E, como já explanado mais detalhadamente no item anterior, o artigo 927, do mesmo diploma legal prescreve que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Desta forma, a reparação pelo dano moral decorre da Constituição Federal e da lei; no entanto, nenhuma lei brasileira trata do *quantum* a indenizar, ficando, tal *mister*, na incumbência do magistrado quando da análise do caso concreto.

Mas qual o valor dessa indenização? Quais os critérios que o juiz deve observar para a fixação desses danos?

É justamente nesta seara que surgiu o problema da fixação do valor do dano moral.

Tratando do tema, Fábio Alexandre Coelho (2009, p. 44) leciona:

Para combater as formas ou valores que sejam irrisórios ou exorbitantes podem ser utilizados dois artifícios. O primeiro é estabelecer previamente em lei quais os mecanismos e valores que serão considerados quando da fixação da reparação. É possível, inclusive, que seja apontado de forma expressa quais as consequências que podem decorrer de determinados fatos. O segundo procedimento que pode ser utilizado está relacionado ao sistema recursal, que permite que os tribunais façam a revisão das decisões dos juízos inferiores, extirpando eventuais excessos ou insignificâncias.

Para o autor acima, duas são as formas de basilar o valor do dano moral. A lei, que em momento anterior ao dano e de forma abstrata, já prevê quais serão os parâmetros que o juiz deve obedecer no momento da

fixação do *quantum* a indenizar. E, já no caso concreto, os tribunais que, em grau de recurso, corrigirão eventuais distorções no valor fixado que tornou a indenização irrisória ou exorbitante.

Um critério muito utilizado em decisões judiciais para a fixação do valor do dano moral é a capacidade financeira do ofensor e do ofendido. Essa tem sido a principal baliza utilizada pelo Poder Judiciário em muitas decisões.

Se o ofensor tem um poder econômico alto, cria-se a primeira baliza para o *quantum* indenizável, é a primeira peneira, o primeiro bastião. Em um segundo momento, em seu trabalho intelectual, o juiz averigua a capacidade financeira do ofendido e, por fim, analisa a extensão do dano.

Com certa frequência ao aferir que o ofensor é pessoa de posses e, do outro lado, o ofendido é pessoa simples, de poucos recursos e vida humilde, o magistrado tende a fixar o valor dos danos morais em patamar mínimo ou próximo ao mínimo. Isto porque o magistrado utiliza-se do entendimento de que o ofendido é pessoa simples, o que justificaria o valor dos danos morais ser em patamar mais módico, o que seria suficiente para restaurar o mal sofrido pelo ofendido em sua dignidade.

Até que ponto essa metodologia de arbitramento do dano moral privilegia a igualdade dos seres humanos?

Sergio Cavalieri Filho leciona (2003, p.106):

Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

Continua Cavalieri Filho (2003, p.109):

Não há mais nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro lado, não pode tornar-se fonte de lucro indevido.

Não parece restarem dúvidas que todos têm direito à reparação de um dano moral. Por outro lado, entendemos que o valor da indenização deve ser igual para todos, pois todos têm igual dignidade.

Não se pode admitir que a dignidade de seres humanos tenha valores diferentes quando se compara o estado social-cultural.

É sabido que, o asilo inviolável do pobre, morador do morro, não é tão inviolável quanto o do rico, que mora em condomínio de luxo, com absoluto respeito a seu domicílio.

Igual raciocínio pode ser usado para a moral? Cremos que, guardadas as devidas proporções, tal raciocínio acaba norteando algumas decisões judiciais quando da fixação do valor do dano moral.

Nota-se que o artigo 5º do texto constitucional não faz qualquer ressalva quanto à tarifação da indenização levar em conta a capacidade financeira do ofendido.

Cada caso concreto deve ser levado em consideração ao se estabelecer o valor do dano moral; no entanto, a situação econômica do ofendido não pode ser critério para indenização irrisória, como que se “para o pobre qualquer valor está bom”.

A partir do momento em que o Estado-juiz entrega a tutela jurisdicional influenciado pela condição financeira do ofendido, estaremos diante de uma violação constitucional dupla.

Tal circunstância viola a dignidade da pessoa humana. A partir do momento em que se atribui a iguais seres humanos, dor moral maior ou menor partindo do viés “condição financeira-social”, estará praticando uma injustificada desigualdade. Por outras palavras, quando o rico tiver sua dignidade considerada mais valiosa do que a do pobre, por igual ofensa, estaremos diante de um grave problema de desigualdade.

Seguindo a linha acima, fixar indenizações diferentes por igual dano moral a partir do critério “ser rico ou pobre” viola o princípio da igualdade, que está contido no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento explícito da Constituição Federal de 1988 e imprescindível para um Estado Democrático de Direito.

A desigualdade social e econômica não é critério constitucional para fixação do valor da indenização. Se tais circunstâncias assim fossem, o pobre, ao ter o nome negativado, teria direito a maior indenização do que o rico, vez que, diferentemente do rico, o pobre raramente adquire bens de consumo duráveis à vista, comprando, na maioria dos casos, a prazo, fato que exige “nome limpo”.

Já, o rico, não depende do “nome limpo” como o pobre, pois tem o

dinheiro, item que viabiliza acessos e aquisições independentemente de restrições em órgão de proteção ao crédito.

Nesta hipótese, o pobre é o que teve maior dor moral, maior frustração e sofrimento, não o rico, que pôde se ajustar a partir da riqueza que ostenta. Ocorre que é justamente o contrário que ocorre em muitas decisões, que considera que a dor moral do rico é maior do que a dor moral do pobre.

Como fato histórico importante à argumentação dos autores, o Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei 4.117 de 1962, em seu artigo 84, previa que ao fixar a indenização fosse levada em consideração a posição social ou política do ofendido, e a situação econômica do ofensor, dentre outros critérios:

Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. (Revogado pelo Decreto-lei nº 236, de 28.2.1967).

Em momento algum previu que a posição econômica do ofendido deveria ser levada em consideração, sendo esta, uma norma que mantivera a igualdade, exigida na Constituição Federal de 1946, tendo sido revogada posteriormente pelo Decreto-lei nº 236 de 28/02/1967, editado pelo Regime Militar, em época de uma democracia deturpada pela Ditadura, em que o Congresso Nacional permanecia com portas fechadas.

É justificado levar em consideração a posição econômica do ofensor, visto que terá que pagar a indenização e, por tal razão, considerando suas condições a indenização não pode ser baixa a ponto de ser irrelevante ao ofensor e nem exagerada a ponto de inviabilizar o próprio pagamento da indenização e a sobrevivência do ofensor, seja ele pessoa física ou jurídica.

A indenização tem que buscar a compensação pela moral violada e o desestímulo à repetição de tais atos.

Neste diapasão, entendemos que, se a compensação financeira, pela violação moral do pobre, for menor, pelo fato de ser pobre, estaremos diante de uma “precificação” do ser humano, onde a dignidade do pobre é “mais barata” do que a do rico.

Ao tratar do valor da indenização pelo dano moral, o festejado Carlos Roberto Gonçalves apresenta alguns fatores a serem observados no momento da fixação (2003, p. 577):

Pode-se afirmar que os principais fatores a serem considerados são: a) a **condição social, educacional, profissional e econômica do lesado**; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; e f) as peculiaridades e circunstâncias que envolvem o caso, atentando-se para o caráter antissocial da conduta lesiva. (grifo dos autores).

Em que pese todo respeito que merece o autor, não comungamos do entendimento descrito no item “a”, qual seja, *a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado*. À medida que o juiz toma como critério para fixar o valor da indenização essas condições pessoais do ofendido, invariavelmente estará pesando qual dignidade vale mais e, nesta pesagem, o pobre sai perdendo. Em outras palavras, a dignidade humana do pobre valerá menos do que a dignidade do rico.

Qual o sentido de averiguar as condições econômica, social e profissional do ofendido se o que precisa ser observado é se houve ou não abalo moral? Se o dano moral ocorreu está se admitindo, por via de consequência, que houve violação a direitos da personalidade e, em última análise, à dignidade da pessoa humana e esta tem igual valor para todos.

A democracia e a igualdade não comportam tal tarifação à dignidade da pessoa humana. Os critérios para chegar ao *quantum* indenizável devem observar outros critérios, inclusive todos aqueles citados pelo citado autor, mas nunca o fato do ofendido ser rico ou pobre, pedreiro ou médico, analfabeto ou catedrático.

Em defesa da observância das condições econômicas do ofendido para, então, arbitrar o valor da indenização, Gonçalves ainda leciona (2003, p. 577):

É evidente que o sofrimento moral dos afortunados não é mais profundo do que o das demais pessoas. Porém, o critério de se atentar para a situação econômica do lesado, no arbitramento dos danos morais, pode ser utilizado porque, como já ressaltado, a reparação não deve buscar equivalência com a dor, mas ser suficiente para trazer um consolo ao beneficiário, uma compensação pelo mal que lhe causaram.

Novamente, não nos filiamos a tal entendimento.

Para o referido autor a indenização enquanto reparação deve ser

suficiente para trazer consolo ao ofendido pelo mal que lhe fizeram. Ora, se o mal foi feito ao abastado, seu consolo será relaxar em Paris, enquanto que o consolo do pobre, ser humano com igual dignidade, é relaxar em uma praia em Santos ou, talvez, um churrasco na laje? Pensamos que não.

Se assim for, teremos uma dignidade humana virtualmente igualitária, porém, desigual ao ser efetivada com fixação diferente do *quantum*, pelo mesmo dano moral a pobre e rico. Seria o mesmo que dizer que o pobre tem dignidade virtual, enquanto o rico tem dignidade real.

Quando ocorre o dano moral estamos, em última análise, diante da violação da dignidade da pessoa humana e, por assim ser, qualquer critério que valora de maneira diferente igual dignidade fere um dos fundamentos do Estado brasileiro, a saber, a dignidade da pessoa humana.

Ricos e pobres tem a dignidade violada em igual proporção e, por isso, merecem igual indenização quando igualmente violados em moral, cabendo a cada um escolher onde e como buscar refrigério à sua dor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil é um instituto jurídico apropriado para a proteção da personalidade jurídica e a restauração de danos a ela causada. É por meio da responsabilidade civil que se apura a ação, o nexo causal, a culpa e o dano, cominando a indenização devida.

A apuração da indenização perpassa, em última análise, pela dignidade da pessoa humana, visto que os direitos da personalidade estão intimamente ligados à própria essência do ser humano.

Nesse sentido, ao tratar da dignidade da pessoa humana, este trabalho teve como respaldo as lições de Kant, que de maneira até aqui insuperável, apresentou definição única e sublime sobre tal conceito.

Kant ensina que existem o reino das coisas e o reino dos seres, e, a diferença fulcral entre eles está na “precificação”, no sentido de que, as coisas por não serem dotadas de razão possuem preço, ou seja, pode ser valoradas e substituídas, cada qual tendo seu próprio preço. Enquanto que no reino dos seres, o homem dotado de razão não possui preço, mas, sim, dignidade.

Diferentemente das coisas que podem ter preços distintos, o mesmo não se aplica à dignidade humana, que é um valor igual para todos, não sendo possível sua quantificação de acordo com cada indivíduo.

Nesse viés, neste trabalho foi abordado que a violação à moral atinge direitos da personalidade e, invariavelmente, a própria dignidade humana.

Ora, se em análise final é a dignidade humana que foi violada, quando se indeniza pela violação moral, o que está sendo reparado é a própria dignidade humana do ofendido. Neste diapasão, não nos parece ser adequado arbitrar o valor da indenização a partir da análise da condição financeira do ofendido, atribuindo maior valor pecuniário àquele que possuir maiores condições econômicas e uma indenização em valor mais modesto ao ofendido de poucos recursos.

Tal entendimento se justifica pelo fato de todos os seres humanos terem igual dignidade e esta não pode ser valorada diversamente para iguais seres humanos. Para igual violação e “*modus operandi*”, igual indenização pecuniária, pois estão envolvidas iguais dignidades, o que não justifica arbitrar a indenização em valores diferentes calcada na condição econômica do ofendido.

É certo que a condição econômica do ofensor deverá ser levada em consideração, para não inviabilizar o pagamento de indenização exacerbada nem a banalizar e desacreditá-la em razão de seu caráter irrisório.

Dessa feita, o presente trabalho conclui que a indenização em valor equânime a todos os indivíduos, independentemente da situação financeira dos ofendidos é o método que mais se mostra adequada à Norma Fundamental brasileira e ao ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf Acesso em: 07 mai. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Curso de Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 6 ed. 2002.

COELHO, Fábio Alexandre. **Reparação do dano moral: aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

CRETELA NETO, José. **Dicionário de Processo Civil.** 2 ed. Forense: Rio de

Janeiro. 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Volume 1: Teoria geral do Direito Civil - 32 ed. São Paulo: Saraiva.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica do Costume**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte Geral: parte geral**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **A Constituição Simbólica**. 2. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. V III – J-P, Forense: São Paulo / Rio de Janeiro, 1975.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Doutrina e Jurisprudência. 3.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 4 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

VALLE, Christiano Almeida do. **Dano Moral. Doutrina-Modelos-Jurisprudência**. 1^a edição. Rio de Janeiro: AIDE, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. v.1 – 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

Recebido em: 30.06.2018

Revisado em: 20.08.2018

Aprovado em: 12.09.2018