

QUANTIFICAÇÃO NOS ARBITRAMENTOS DAS AÇÕES POR DANOS MORAIS*

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

O convite a um advogado, que há 37 anos dedica-se mais à área do direito tributário, constitucional, econômico e administrativo para falar sobre matéria civil é, no mínimo, uma ousadia que me deixa surpreso e, certamente, curiosos aqueles que me vão ouvir.

É bem verdade que a intenção é menos questionar os próprios fundamentos e a evolução histórica do direito à imagem e à honra, assim como o ressarcimento aos danos morais e mais encontrar uma metodologia que permita justificar a indenização pecuniária devida a tais lesões. Mais do que isto pretendo de forma pouco civilista — certamente o Min. Moreira Alves aqui presente diria pouco civilizada — cuidar exclusivamente da quantificação pecuniária de danos morais sem deter-me na quantificação dos danos patrimoniais que podem decorrer de uma lesão à honra ou imagem de qualquer pessoa, inclusive jurídica, embora possa em relação a esta ser a quantificação dos danos pecuniários decorrentes da desfiguração da imagem mais facilmente identificável do que no que concerne aos danos morais, que entendo de difícil configuração pelo perfil destas entidades criadas pelo Direito.

Não sem razão Walter Moraes sobre a imagem, refere-se exclusivamente à

pessoa física ao dizer: “A regra de aquisição da imagem é regra de conteúdo negativo porque a própria imagem é para o sujeito um bem inato, como inato é o direito a ela. A pessoa surge no mundo do direito já revestida de uma figura que lhe compõe naturalmente a personalidade. Como a idéia de personalidade é necessariamente anterior à da aquisição (que pressupõe aquela), o direito à imagem não se adquire; ele surge com a personalidade” (RT 444/11, out./72).

De início, a tese de que a dor tem um preço, causa-me espécie. A teoria do *pretium doloris* soa-me mais como uma teoria de vendeta siciliana ou aplicação, quase 40 séculos depois, da lei de Talião do que forma moderna de se lavar a honra.

Lembro-me do episódio, um pouco irreverente, do milionário que convidou, durante uma viagem de navio, determinada senhorita a passar a noite com ele e que, rejeitada a proposta, ofereceu-lhe, para começar, 100 mil dólares, tendo-a convencido, quando chegou a um milhão. Aparecendo a rapariga em seu quarto na noite marcada, disse-lhe o milionário que mudara de idéia e pretendia pagar apenas os 100 mil dólares da proposta inicial, ao que indignada a moçoila lhe disse: “Quem pensa o Senhor que eu sou?”. Surpresa, recebeu a resposta: “O que você é eu já sei, agora é apenas uma questão de negociar o preço”.

Para mim, a honra não tem preço, razão pela qual quantificar o valor da

dor que alguém está sentindo, não é fácil, principalmente quando a pessoa vai a juízo, não a quantifica e pede ao magistrado que diga quanto está ela sofrendo e quanto vale a sua dor.

Não desconheço não ser esta a tradição do direito pátrio escrito e jurisprudencial. Mesmo assim Álvaro Villaça de Azevedo lembra que: “Problema, de difícil solução, que têm enfrentado nossos Tribunais, é o da quantificação, da avaliação ou da apuração desse dano, fundado em reprimir a sensação dolorosa, sentida pela vítima do dano moral. Essa dificuldade, entretanto, jamais foi ou poderá ser levada a que não se indenize o dano moral. Nosso Código, por seu art. 1.553, apresenta solução genérica, para que não reste irreparado qualquer dano, quando alude a que, nos casos não previstos em lei, no tocante à liquidação de danos resultantes de atos ilícitos, a indenização dar-se-á por arbitramento” (*Teoria Geral das Obrigações*, Ed. RT, p. 226).

Em outras palavras, a dificuldade transcende a lógica matemática dos puristas do Direito, razão pela qual me permito tais digressões.

Como se percebe, não sou eu o melhor conferencista para quantificar pecuniariamente danos morais, principalmente quando verifico o crescimento de ações conformadas como de dano moral, em que para se evitar a sucumbência, em caso de derrota, não se quantifica o valor da “dor” que deve ser ressarcida e se pede a liquidação da sentença por arbitramento e não por artigos.

É bem verdade que houve uma grande evolução na doutrina sobre o direito à imagem, à honra e à identidade, só não tecendo maiores comentários a respeito em face da brilhante palestra de Carlos Alberto Bittar. De qualquer forma não se pode deixar de lembrar a obra de Gottrama Gonzalez publicada na *Nova Enciclopédia Jurídica* (t. XI, pp. 301 e ss., Ed. Barcelona, 1962), em que se

refere a sete teorias sobre o direito à imagem: 1) negativista; 2) vinculada à honra; 3) expressão do corpo; 4) direito à identidade; 5) direito à intimidade; 6) direito à liberdade e 7) patrimônio moral.

É reconhecida a evolução de um direito à honra para um direito à imagem e finalmente à identidade do ser humano com suas circunstâncias e meio em que vive, que conformam o denominado direito à personalidade. A doutrina evoluiu para mostrar que o direito à honra, não compõe por inteiro a personalidade, nem a própria imagem, ou mesmo a identidade, sendo esta o complexo de atributos internos, externos e naturais que esculpem a pessoa humana.

Fábio de Matia historia: “Os especialistas alemães, na segunda metade do séc. XIX, cognominaram os direitos da personalidade como “Individualitätsrechte” e “Personlichkeitsrechte”. Outras denominações usadas são: “Direitos essenciais ou fundamentais da pessoa, Direitos da própria pessoa, Direitos de Estado, Direitos personalíssimos”.

Uma denominação bem antiga é a de direitos inatos utilizada pela Escola do Direito Natural. Arturo Valencia Zea os chamou de “derechos de personalidad o humanos”.

A expressão consagrada é a “direitos da personalidade” ou então “direitos privados da personalidade”. Simón Carrejo afirma que a expressão direitos da personalidade é aceita na doutrina da atualidade por “ser más comprehensiva” (*Estudios de Derecho Civil*, Ed. RT, p. 102).

Sendo, pois, o direito à personalidade um bem material, sempre que tal bem seja atingido, há de se compreender uma justa reação do cidadão, que, todavia, não pode, a meu ver, ter uma reação de quem quer aproveitar a lesão definida para a partir dela fazer um bom negócio, risco de sua moral ou sua honra ou sua imagem não valer muito mais do que aquela da estória da rapariga cuja honra tinha um preço. O *pretium doloris*,

* Palestra pronunciada no II Ciclo de Estudos sobre Direito Econômico da Escola Nacional da Magistratura, Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto Brasileiro de Ciência Bancária.

109

como se a dor fosse redutível a um bom punhado de dólares — ou reais — é reduzir, a meu ver, o maior dos bens de uma pessoa à sua expressão mais vil, embora extremamente útil para que se possa usufruir a vida mais confortavelmente a partir do ressarcimento patrimonial de um dano moral.

À evidência, o dano moral que implique uma perda patrimonial deve ser ressarcido pela lesão patrimonial, mas o dano moral que implique uma desfiguração de personalidade, no entender do desfigurado, só pode e deve ser ressarcido após ter o “sofedor” quantificado o volume financeiro da sua dor e ser este justo, na opinião do julgador, depois de ter ponderado todos os aspectos que determinaram o valor pecuniário demandado pela dor moral.

É interessante verificar que sempre que a dor é realmente moral não se procura tal ressarcimento na justiça, como nos casos de adultério em que o cônjuge atingido pode pedir a separação, mas raramente ingressa com a ação pertinente por dano moral.

Poder-se-ia dizer que a cópia de uma obra artística, o plágio de um livro, a reprodução sem autorização de trabalho intelectual impliquem dano moral, mas o ressarcimento aí se justifica não pelo dano moral mas pelo crime material e pelo benefício pecuniário resultante da reprodução, devendo o intelectual furtado em suas idéias, obras ou exteriorizações materiais ser mais indenizado pela perda dos direitos por terceiros explorados do que pelo próprio dano moral. Parece-me típico caso de ressarcimento pecuniário por dano moral com implicações patrimoniais.

É de se lembrar que, para alguns dos direitos da personalidade violentados, há proteção tarifária com cálculos atuariais de lei que facilitam ao julgador sua aplicação. Mas tais cálculos atuariais dizem mais respeito àqueles direitos da personalidade cuja violência acarrete

conseqüências de natureza patrimonial. E o dano moral puro não é de fácil quantificação em tabelas atuariais.

Limongi França enumera o seguinte rol de direitos privados da personalidade:

“1. *Direito à Integridade Física*: 1.1 Direito à Vida e aos Alimentos; 1.2 Direito sobre o Próprio Corpo, Vivo; 1.3 Direito sobre o Próprio Corpo, Morto; 1.4 Direito sobre o Corpo Alheio, Vivo; 1.5 Direito sobre o Corpo Alheio, Morto; 1.6 Direito sobre Partes Separadas do Corpo, Vivo; 1.7 Direito sobre Partes Separadas do Corpo, Morto. 2. *Direito à Integridade Intelectual*: 2.1 Direito à Liberdade de Pensamento; 2.2 Direito Pessoal de Autor Científico; 2.3 Direito Pessoal de Autor Artístico; 2.4 Direito Pessoal de Inventor. 3. *Direito à Integridade Moral*: 3.1 Direito à Liberdade Civil, Política e Religiosa; 3.2 Direito à Honra; 3.3 Direito à Honorificência; 3.4 Direito ao Recato; 3.5 Direito ao Segredo Pessoal, Doméstico e Profissional; 3.6 Direito à Imagem; 3.7 Direito à Identidade Pessoal, Familiar e Social”. (*Revista do Advogado*, p. 5).

Recentemente, a TV Globo foi obrigada a ler manifesto do Governador Brizola no Jornal Nacional, por imposição da Justiça, em que o dano moral foi ressarcido por uma satisfação também de ordem moral, para o Governador valendo muito mais do que se embolsasse algumas dezenas de milhares de reais em decorrência de sua ação.

Tal tipo de ressarcimento moral a um dano exclusivamente moral parece-me o único caminho que não nivela o supremo valor da personalidade ao útil benefício do pagamento em espécie, que pode, a meu ver, ensejar pressões e busca de acordos, quando não a “chantagem” negocial para acelerar acordos.

Reconheço que os abusos devem ser coibidos e que o *pretium doloris* é uma realidade até de natureza constitucional.

Reza o art. 5.º, inc. X que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada,

a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Como se verifica, a Constituição Federal torna claro que a lesão da honra e da imagem deve ter uma exteriorização pecuniária e que sua fixação objetiva: “menos remunerar a dor de quem sofre e mais desestimular a ação de quem a pratica para o futuro”. Ao definir a inviolabilidade do direito à imagem e à honra, o constituinte impôs o ressarcimento pecuniário mais para desestimular a ação do que para indenizar a inviolabilidade perdida.

À evidência, o Poder Público e a imprensa são os que mais podem atingir a imagem, a honra a dignidade das pessoas, apenas depois vindo as pessoas físicas ou jurídicas privadas, não vinculadas aos meios de comunicação.

Pode-se dizer que o inc. XII do mesmo artigo alarga o aspecto da inviolabilidade da personalidade, estando assim redigido: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal”.

Celso Bastos vincula os dois incisos, ao dizer: “O inciso oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. Esta proteção encontra, como visto, desdobramentos em outros direitos constitucionais que também se preocupam com a preservação das coisas íntimas e privadas, como,

por exemplo, direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o sigilo profissional e o das cartas confidenciais e demais papéis pessoais” (*Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2/63, 1989).

Para concluir estas rápidas considerações antes de entrar a falar sobre a quantificação nos arbitramentos sobre dano moral, quero deixar claro que para mim a moral não é uma mercadoria e por isto se não é difícil definir o ressarcimento da conseqüência pecuniária do dano causado (plágio, reprodução de obras etc.), não me parece fácil quantificar o preço da dor, de um lado, e o benefício pecuniário decorrente do fator desestimulante que a pena pecuniária implica, de outro, até porque revertendo o desestímulo patrimonial a favor daquele que sofre a lesão. Não é fácil, pois, distinguir o que é “vingança da honra” e o que é *ambitio pecuniae* do lesado moralmente.

Por isto, o primeiro grande aspecto a ser definido em qualquer ação por dano moral é de que quem deseja ressarcimento pecuniário apenas por este dano — a conseqüência patrimonial não é de difícil quantificação, visto que objetivamente deve-se apurar os danos reais e os lucros cessantes — tem que saber o que deseja receber. Quanto vale a sua honra, qual é a representação pecuniária de sua imagem, qual o valor da sua moral atingida.

Nada me soa com mais sabor de um “negócio honrado entre desonrados” do que o cidadão que teve um dano exclusivamente moral pedir em juízo o ressarcimento pecuniário de sua dor moral, dizendo que por não saber quanto vale o seu sofrimento deseja que o magistrado o avalie.

A meu ver, o primeiro aspecto para que o dano moral represente um dano, a ser, dignamente, ressarcido, é de que o pretendente a seu ressarcimento o quantifique na inicial, com o que não dará a dolorosa impressão de que quer

fazer uma ação sem riscos e que se a ação “não pegar”, livrou-se da sucumbência e “se pegar” a parte contrária terá que suportar elevados honorários de derrotado.

A meu ver, tal comportamento já é suficientemente suspeito para justificar a existência de uma honra maculada, de uma imagem ferida, de uma personalidade atingida, de uma moral desfigurada. Quem não distingue a sua honra de um negócio, transforma a sua honra em negócio.

Recentes casos em que autêntica “indústria” foi montada a partir da utilização da mesma máquina de datilografia para a petição e para a sentença confirmada por magistrados aparentados do juiz que se utilizou da máquina de advogado para proferir a sentença e a qual passou a servir de “parâmetro” na região para tais tipos de ações, devem merecer reflexão. A multiplicação de tais processos demonstra que, se não examinada com cuidado essa preliminar (prévia quantificação da dor a ser pecuniariamente ressarcida), pouco controle terá o Poder Judiciário sobre o uso abusivo de tal remédio, mormente levando-se em consideração a dificuldade de quantificação de um bem imaterial (personalidade) em face de um bem material (dinheiro).

Marcelo de Carvalho Bottallo não desconhece a dificuldade, de resto, mundial, ao dizer: “Num primeiro aspecto, a explicação de tal fato, deve-se à evolução histórica dos direitos da personalidade na própria Alemanha e na Itália.

Nestes países ficou evidente a “extrema dificuldade de uma adequada tutela jurisdicional da personalidade humana sem a introdução, no Direito legislado, de uma cláusula geral apta a, através da concreção, fornecer base de uma jurisprudência coerente, mas suficientemente sensível para a solução das mais variadas hipóteses de lesão aos direitos da personalidade”.

É por isso que Nipperdey afirma existir um “derecho general de la personalidad” (*allgemeine Personenlichkeitesrecht*) que se encaminha para a conservação e inviolabilidade, dignidade e livre desenvolvimento da individualidade, doutrina esta criada, a partir de 1954, pelo Tribunal Federal Alemão (BGH) quando rompeu com a jurisprudência até então predominante” (*Revista do Advogado*, p. 45).

Quem quer ser ressarcido por sua imagem desfigurada, honra maculada ou personalidade ferida no que diz respeito exclusivamente aos danos morais deve dizer ao magistrado quanto vale a sua dor (*pretium doloris*) e porque está pedindo ressarcimento.

Por outro lado, a liquidação de sentença não deve ser feita por arbitramento, mas por artigos, com o que se poderá discutir critérios na apuração do valor real do ressarcimento ou na quantificação pecuniária da lei, quando da execução.

Com os dois requisitos para a ação (quantificação precisa do ressarcimento pretendido e liquidação por artigos), estou convencido que se poderá fazer justiça sem estimular a “indústria” de ações irresponsáveis e sem riscos.

Por outro lado, na quantificação do valor para uma ação exclusivamente de natureza moral deve-se levar em consideração quatro aspectos relevantes, a saber: 1) extensão do dano; 2) situação patrimonial e imagem do lesado; 3) situação patrimonial do que lesou; 4) intenção do autor do dano.

Antonio Chaves rememora: “Pode-se portanto concluir, com Adriano de Cupis, *I Diritti della Personalità*, Giuffrè, Milão, 1959, p. 258, que o direito à própria imagem: “É o direito à reserva no que diz respeito à própria imagem, do próprio aspecto físico, assim como é perceptível visivelmente. A reserva pessoal, também pelo que diz respeito ao aspecto físico — que, de resto reflete também a personalidade moral do indivíduo —

satisfaz uma exigência espiritual de isolamento, uma necessidade eminentemente moral” (RT 620/7, jun./87).

A extensão do dano deve ser pormenorizadamente examinada à luz dos efeitos que a imagem da pessoa sofreu. Um político que venha a perder as eleições por falsa informação colocada na imprensa é muito mais atingido do que aquele cidadão que teve um cheque devolvido por falta de fundos, apesar de os ter, cujo fato não é conhecido senão de um círculo limitado de pessoas, quando não, só do Banco, da própria pessoa e do terceiro que recebeu o cheque. É enorme a lesão no primeiro caso e inexpressiva do segundo, principalmente se a própria instituição financeira desculpar-se e se se colocar à disposição para tantas declarações quantas desejar o lesado.

Como decorrência deste aspecto, há de se considerar a situação patrimonial e a imagem do lesado. No primeiro caso, a situação patrimonial é irrelevante, visto que a imagem do lesado é que deve ser realçada. A derrota poderá implicar, principalmente se tiver havido prévias em que o político estaria em condições de vencer a eleição e veio a perdê-la pela falsa notícia, o direito a uma indenização pecuniária (ressarcimento dos gastos com a campanha e mais os vencimentos que viria a receber no curso da campanha) além de um valor adicional pelo dano moral a ser determinado em juízo, em face da importância do pleito e mais da situação do órgão que provocou o fato e da intenção em provocá-lo.

No segundo caso, a situação patrimonial releva mais do que a situação pessoal, na medida em que a devolução de um cheque atingirá mais a imagem do cidadão, se se tornar pública. Se não for do conhecimento de terceiros, além do círculo fechado (Banco e, eventualmente, o recebedor do cheque), creio que o parâmetro poderá ser tirado a partir de

sua declaração de bens e de rendas e se, por acaso, o seu padrão de vida for superior ao que apresentou ao fisco, nem sua honra é tão grande quanto parece, nem a indenização deverá se elevada. O mau contribuinte, a meu ver, reduz o direito a uma imagem impoluta.

A situação patrimonial do lesante é também fator imprescindível na quantificação, mas não pode vir dissociada da intenção de lesar.

No primeiro caso, pode o órgão de imprensa ter tido o intuito de prejudicar o candidato com a falsa informação e, independente de sua situação patrimonial, a dolosa intenção deve justificar um ressarcimento punitivo e desestimulador, que previamente já deveria ter sido estipulado na inicial. No segundo caso, se o erro resultou de culpa — e não de dolo — não tendo criado sequer prejuízos de natureza patrimonial, o ressarcimento pecuniário não deve ser elevado. Tem-se falado em 3 vezes o valor do cheque ou do valor em discussão, outros admitindo em que se faça até 100 vezes. A meu ver, neste caso, cabe ao magistrado determinar a liquidação por artigos para se verificar se a pretensão inicial do autor exteriorizado na inicial e sopesada na decisão, foi correta e justa. Para este aspecto a falta de intenção de lesar é fator relevante e redutor da indenização.

Por fim, da mesma forma que se tem hoje cálculos atuariais para as mais variadas lesões à pessoa humana de natureza patrimonial (acidente de trabalho, p. ex.), não me parece desavisado que se procurasse quantificar para os danos exclusivamente morais uma lei com cálculos atuariais, em que seriam referenciados para uma “quantificação base” os quatro elementos atrás enunciados, como ocorre nos Estados Unidos.

E termino por aqui a breve palestra sobre matéria de especialidade dos civilistas e tão bem examinada, em seus fundamentos jurídicos por Carlos Alberto

Bittar, razão pela qual não fui obrigado a reproduzir muitas citações para mostrar-lhes que examinei o assunto antes de ofertar a minha pessoal opinião de um curioso publicista.

Reconheço que para a teoria clássica do direito à personalidade e dos danos morais, minhas palestra foge à tranqüilidade de um ramo jurídico, que tem mais de 2.000 anos de estabilidade. Como, todavia, a área em que atuo vive apenas da instabilidade, com alterações tão rápidas quanto surpreendentes, quis

trazer um pouco desta instabilidade preocupante dos publicistas à olímpica estabilidade dos privatistas. E, com isto, pretendi espicaçar a inteligência de doutrinadores e magistrados aqui presentes, buscando a quantificação dos danos morais que permita, no justo ressarcimento, desestimular a geração de lesões sem estimular a "indústria" das ações de ressarcimento.

E estou, agora, à disposição do plenário para suportar a justa ira dos civilistas.